Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

ANNUAIRE

Volume XXXII: 2001

Nations Unies

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

ANNUAIRE

Volume XXXII: 2001

NATIONS UNIES
New York, 2006

NOTE

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

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

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

A/CN.9/SER.A/2001

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente: F.04.V.4
ISBN 92-1-233392-3
ISSN 0251-4257

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 2

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

TRENTE-QUATRIÈME SESSION (2001) 1

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-quatrième session (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001) (A/56/17) . . 1

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED): extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur sa quarante-huitième session [TD/B/48/18 (Vol. I)] 65

C. Assemblée générale: rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-quatrième session: rapport de la Sixième Commission (A/56/588) 65

D. Résolutions 56/79, 56/80 et 56/81 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001 68

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

I. FINANCEMENT PAR CESSION DE CRÉANCES 75

A. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-troisième session (Vienne, 11-22 décembre 2000) (A/CN.9/486) 75

B. Commentaire analytique sur le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international: note du secrétariat (A/CN.9/489 et Add.1) 111

C. Projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales (A/CN.9/490 et Add.1 à 5) 161

D. Projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international: commentaires sur les questions en suspens et d'autres points: note du secrétariat (A/CN.9/491 et Add.1) 182

II. COMMERCE ÉLECTRONIQUE 195

A. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 18-29 septembre 2000) (A/CN.9/483) 195

B. Document de travail présenté au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-septième session: projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne des Règles uniformes de la CNUDCI sur les signatures électroniques: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.86 et Add.1) 221

C. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-huitième session (New York, 12-13 mars 2001) (A/CN.9/484) 245

D. Document de travail présenté au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session: projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.88) 265

E. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session: aspects juridiques du commerce électronique: les obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les textes internationaux relatifs au commerce international: moyens d'y remédier: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.89) 292

F. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session: travaux futurs envisageables sur le commerce électronique: transfer de droits sur les biens corporels et autres droits: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.90) 300

Pages

G. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session: aspects juridiques du commerce électronique: travaux futurs envisageables dans le domaine des contrats électroniques: analyse de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente interntionale de marchandises: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.91) 318

H. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session: aspects juridiques du commerce électronique: proposition de la France: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.93) 327

I. Projet de Loi type sur les signatures électroniques: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales (A/CN.9/492 et Add.1 à 3) . . 328

J. Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques: note du secrétariat (A/CN.9/493) 339

III. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL 369

A. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-troisième session (Vienne, 20 novembre-1er décembre 2000) (A/CN.9/485) 369

B. Document soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-troisième session: règlement des litiges commerciaux: règles uniformes éventuelles sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux: forme écrite de la convention d'arbitrage, mesures provisoires ou conservatoires, conciliation: rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.II/WP.110) 392

C. Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-troisième session: travaux futurs envisageables: mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les juridictions étatiques pour appuyer l'arbitrage, portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par les tribunaux arbitraux, validité de la convention d'arbitrage: rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.II/WP.111) 412

D. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-quatrième session: (New York, 21 mai-1er juin 2001) (A/CN.9/487) 419

E. Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-quatrième session: Règlement des litiges commerciaux: élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation: Rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.II/WP.113 et Add.1) 442

IV. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ 455

Rapport du colloque sur l'insolvabilité internatioanle organisé par la CNUDCI, INSOL International et l'Association internationale du barreau (Vienne, 4-6 décembre 2000) (A/CN.9/495) 455

V. TRAVAUX FUTURS ÉVENTUELS 461

A. Travaux futurs éventuels dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé: note du secrétariat (A/CN.9/488) 461

B. Les sûretés: note du secrétariat (A/CN.9/496) 464

C. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports: rapport du Secrétaire général (A/CN.9/497) 487

VI. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX TEXTES DE LA CNUDCI 495

Interprétation uniforme des textes de la CNUDCI: spécimen de recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) note du secrétariat (A/CN.9/498) 495

VII. ÉTAT DES TEXTES DE LA CNUDCI 501

État des conventions et des lois types (A/CN.9/501) 501

VIII. FORMATION ET ASSISTANCE 503

Formation et assistance technique: note du secrétariat (A/CN.9/494) 503

Pages

IX. STRUCTURE ET MÉTHODES DE TRAVAIL DE LA COMMISSION 509

A. Élargissement de la composition de la Commission: note du secrétariat (A/CN.9/500) . . 509

B. Méthodes de travail de la Commission: note du secrétariat (A/CN.9/499) 512

Troisième partie. Annexes

I. PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL 521

II. LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES (2001) 533

III. 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 ET DU PROJET DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES 537

IV. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI 621

V. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI 633

VI. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'*ANNUAIRE* 637

INTRODUCTION

Le présent volume est le trente-deuxième 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-quatrième session, tenue à New York du 25 juin au 13 juillet 2001, 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-quatrième 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 projet de convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et les comptes rendus analytiques correspondants, 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-quatrième 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 suivants 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
XXXI	2000	F.02.V.3

Première partie

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

TRENTE-QUATRIÈME SESSION (2001)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-quatrième session

(Vienne, 25 juin-13 juillet 2001) (A/56/17) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Pages*
INTRODUCTION		1-2	2
I.	ORGANISATION DE LA SESSION	3-12	2
	A. Ouverture de la session	3	2
	B. Composition et participation	4-8	2
	C. Élection du Bureau	9	3
	D. Ordre du jour	10	3
	E. Constitution de deux comités pléniers	11	4
	F. Adoption du rapport	12	4
II.	PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL	13-200	4
	A. Introduction	13-15	4
	B. Examen des projets d'articles	16-194	4
	C. Rapport du groupe de rédaction	195-197	31
	D. Procédure d'adoption du projet de convention	198-199	31
	E. Décision de la Commission et recommandation à l'Assemblée générale	200	32
III.	PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES ET PROJET DE GUIDE POUR SON INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE	201-284	32
	A. Introduction	201-203	32
	B. Examen des commentaires des gouvernements et des organisations internationales	204-237	33
	C. Examen des projets d'articles restants	238-273	38
	D. Examen du projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques	274-283	42
	E. Adoption de la Loi type	284	43
IV.	TRAVAUX FUTURS POSSIBLES DANS LE DOMAINE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE	285-295	44
V.	DROIT DE L'INSOLVABILITÉ	296-308	46
VI.	RÈGLEMENT DES LITIGES COMMERCIAUX	309-315	47
VII.	SUIVI DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION DE NEW YORK DE 1958	316-318	49
VIII.	TRAVAUX FUTURS POSSIBLES DANS LE DOMAINE DU DROIT DES TRANSPORTS	319-345	49

		Paragraphes	*Pages*
IX.	TRAVAUX FUTURS POSSIBLES DANS LE DOMAINE DES SÛRETÉS	346-359	53
X.	TRAVAUX FUTURS ÉVENTUELS DANS LE DOMAINE DES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ	360-369	55
XI.	ÉLARGISSEMENT DE LA COMPOSITION DE LA COMMISSION	370-375	56
XII.	MÉTHODES DE TRAVAIL DE LA COMMISSION	376-383	58
XIII.	JURISPRUDENCE RELATIVE AUX TEXTES DE LA CNUDCI	384-385	59
XIV.	RECUEIL ANALYTIQUE DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES VENTES: INTERPRÉTATION DES TEXTES	386-395	59
XV.	FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE	396-403	61
XVI.	ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES DE LA CNUDCI	404-407	62
XVII.	RÉSOLUTION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE SUR LES TRAVAUX DE LA COMMISSION	408-417	62
XVIII.	COORDINATION ET COOPÉRATION	418-420	63
	A. Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique	418	63
	B. Cour permanente d'arbitrage	419	64
	C. Initiative de coopération pour l'Europe du Sud-Est	420	64
XIX.	QUESTIONS DIVERSES	421-423	64
	A. Bibliographie	421	64
	B. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis	422-423	64
XX.	DATE ET LIEU DES RÉUNIONS À VENIR	424-425	64
	A. Trente-cinquième session de la Commission	424	64
	B. Sessions des groupes de travail	425	65

ANNEXES

I.	Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)	65
II.	Projet de Convention sur la cession de créances dans le commerce international	65
III.	Liste des documents dont était saisie la Commission à sa trente-quatrième session	65

INTRODUCTION

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) porte sur les travaux de sa trente-quatrième session, tenue à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001.

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 (CNUCED).

I. ORGANISATION DE LA SESSION

A. Ouverture de la session

3. La Commission a commencé sa trente-quatrième session le 25 juin 2001. La session a été ouverte par Jeffrey Chan Wah Teck (Singapour), Président sortant de la Commission.

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 24 novembre 1997 et le 16 octobre 2000, sont les États ci-après, dont le mandat expire la veille de l'ouverture de la session annuelle de la Commission pour l'année indiquée[1]: Allemagne (2007), Autriche (2004), Bénin (2007), Brésil (2007), Burkina Faso (2004), Cameroun (2007), Canada (2007), Chine (2007), Colombie (2004), Espagne (2004), États-Unis d'Amérique (2004), ex-République yougoslave de Macédoine (2007), Fédération de Russie (2007), Fidji (2004), France (2007), Honduras (2004), Hongrie (2004), Inde (2004), Iran (République islamique d') (2004), Italie (2004), Japon (2007), Kenya (2004), Lituanie (2004), Mexique (2007), Maroc (2007), Ouganda (2004), Paraguay (2004), Roumanie (2004), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2007), Rwanda (2007), Sierra Leone (2007), Singapour (2007), Soudan (2004), Suède (2007), Thaïlande (2004) et Uruguay (2004, en alternance annuelle avec l'Argentine).

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

6. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Arabie saoudite, Argentine, Australie, Azerbaïdjan, Belgique, Bulgarie, Croatie, Cuba, Chypre, Équateur, Égypte, Finlande, Grèce, Guatemala, Indonésie, Iraq, Irlande, Koweït, Liban, Jamahiriya arabe libyenne, Luxembourg, Malawi, Malaisie, Nigéria, Panama, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, Qatar, République de Corée, République populaire démocratique de Corée, République tchèque, Slovaquie, Slovénie, Suisse, Turquie, Ukraine, Venezuela, Viet Nam, Yougoslavie et Zimbabwe.

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

a) *Système des Nations Unies*: Conférence des Nations Unies sur le commerce international; Fonds monétaire international.

b) *Organisations intergouvernementales*: Banque européenne pour la reconstruction et le développement; Centre européen pour la paix et le développement; Cour permanente d'arbitrage; Initiative de coopération pour l'Europe du Sud-Est; Institut international pour l'unification du droit privé; Organisation consultative juridique afro-asiatique; Organisation de coopération et de développement économiques; Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires.

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission*: Association de droit international; Association du barreau de la ville de New York; Association européenne des étudiants en droit; Association internationale des jeunes avocats; Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international; Chambre de commerce internationale; Chartered Institute of Arbitrators; Comité maritime international; Commercial Finance Association; Factors Chain International; Fédération bancaire de l'Union européenne; Fédération européenne des associations de sociétés d'affacturage; Institute for International Legal Information; International Swaps and Derivatives Association; Moot Alumni Association; Union des avocats européens; Université des Indes occidentales.

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 de ses textes 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. Alejandro Ogarrio RAMIREZ-ESPAÑA (Mexique)
Vice-Présidents:	M. Louis-Paul ENOUGA (Cameroun)
	M. Xiaoyan ZHOU (Chine)
	M. David MORÁN BOVIO (Espagne)
Rapporteur:	Mme Victoria GAVRILESCU (Roumanie)

D. Ordre du jour

10. L'ordre du jour de la session, tel qu'adopté par la Commission à sa 711e séance, le 25 juin 2001, 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 dans le commerce international.
5. Projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et projet de guide pour son incorporation.

[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, 19 ont été élus par l'Assemblée générale à sa cinquante-deuxième session, le 24 novembre 1997 (décision 52/314) et 17 à sa cinquante-cinquième session, le 16 octobre 2000. Conformément à la résolution 31/99 du 15 décembre 1976, le mandat des membres élus par l'Assemblée à sa cinquante-deuxième session expirera la veille de l'ouverture de la trente-septième session de la Commission, en 2004, tandis que celui des membres élus à la cinquante-cinquième session expirera la veille de l'ouverture de la quarantième session de la Commission, en 2007.

[2]Conformément à une décision qu'elle avait prise à sa première session, la Commission a trois vice-présidents, de sorte qu'avec le Président et le Rapporteur chacun des cinq groupes d'États mentionnés au paragraphe 1 de la section II de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale soit représenté dans le Bureau de la Commission [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, chap. Ier, sect. A)].

6. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique.
7. Droit de l'insolvabilité.
8. Règlement des litiges commerciaux.
9. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958.
10. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports.
11. Travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés.
12. Travaux futurs possibles dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé.
13. Élargissement de la composition de la Commission.
14. Méthodes de travail de la Commission.
15. Jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI.
16. Recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes: interprétation des textes.
17. Formation et assistance technique.
18. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
19. Résolutions de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission.
20. Coordination et coopération.
21. Questions diverses.
22. Date et lieu des réunions futures.
23. Adoption du rapport de la Commission.

E. Constitution de deux comités pléniers

11. La Commission a constitué deux comités pléniers (le Comité I et le Comité II) chargés d'examiner les points 4 et 5 de l'ordre du jour respectivement. Elle a élu Leonel Perez-Nieto Castro (Mexique) président du Comité I et José María Abascal Zamora (Mexique) président du Comité II. Le Comité I s'est réuni du 25 juin au 2 juillet et a tenu 12 séances; le Comité II s'est réuni du 3 au 6 juillet et a tenu 8 séances. Le 2 juillet, David Morán Bovio (Vice-Président de la Commission) a remplacé le Président du Comité I.

F. Adoption du rapport

12. À ses 722e, 730e, 737e et 738e séances, les 2, 6 et 13 juillet 2001, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

II. PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL

A. Introduction

13. Conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt-huitième session, en 1995[3], le Groupe de travail a consacré ses vingt-quatrième à trente et unième sessions à l'élaboration d'une loi uniforme sur la cession de créances (pour les rapports sur les travaux de ces sessions, voir les documents 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). Pour ses travaux, le Groupe de travail s'est appuyé sur des documents d'information établis par le secrétariat.

14. À sa trente et unième session, le Groupe de travail a achevé ses travaux et soumis à la Commission, à sa trente-troisième session, un projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international (pour le rapport du Groupe de travail, voir le document A/CN.9/466). À cette session, la Commission a adopté les articles 1 à 17 du projet de convention et renvoyé les articles restants au Groupe de travail[4]. La Commission était saisie:

a) Du texte du projet de convention tel qu'adopté par le Groupe de travail (A/CN.9/466, annexe I);

b) D'un commentaire analytique sur le projet de convention établi par le secrétariat (A/CN.9/470);

c) Des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales (A/CN.9/472 et Add.1 à 5).

Le Groupe de travail s'est réuni en décembre 2000 et a achevé les travaux dont la Commission l'avait chargé (pour le rapport du Groupe de travail, voir le document A/CN.9/486).

15. À la présente session, la Commission était saisie:

a) De la version du projet de convention telle qu'adoptée par le Groupe de travail (A/CN.9/486, annexe I);

b) D'une version révisée du commentaire analytique sur le projet de convention établie par le secrétariat (A/CN.9/489 et Add. 1);

c) Des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales (A/CN.9/490 et Add.1 à 5);

d) D'un rapport sur les questions en suspens et d'autres points établi par le secrétariat (A/CN.9/491).

Ayant examiné et adopté les projets d'articles 1 à 17 à sa trente-troisième session, la Commission a décidé de commencer ses travaux par le projet d'article 18.

B. Examen des projets d'articles

Article 18. *Notification de la cession au débiteur*

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

"1. Une notification de la cession ou 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.

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément nº 17* (A/50/17), par. 374 à 381.

[4] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément nº 17* (A/55/17), par. 186 à 192.

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."

17. Selon un avis, la notification de la cession devait être formulée exclusivement dans la langue du contrat initial. De nombreuses délégations ont toutefois jugé préférable le libellé plus souple du paragraphe 1, qui permettait d'adresser une notification dans une langue dont il était "raisonnable de penser" qu'elle serait comprise par le débiteur. À l'issue du débat, la Commission a approuvé quant au fond l'article 18 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 19. *Paiement libératoire du débiteur*

18. Le texte du projet d'article 19 tel qu'examiné par la Commission 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 uniquement en faveur du cessionnaire ou, si d'autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions.

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 de plusieurs cessions des mêmes créances effectuées par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue.

5. S'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes.

6. S'il reçoit notification de la cession d'une fraction d'une ou plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément au présent article comme s'il n'avait pas reçu de notification. S'il paie conformément à la notification, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé.

7. S'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément au présent article comme s'il n'avait pas reçu de notification. 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.

8. Le présent article n'a d'incidence 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."

19. S'agissant du paragraphe 2, on s'est demandé si le débiteur devrait déterminer, avant de payer, si une cession avait effectivement eu lieu et si celle-ci était valable. En réponse, il a été signalé que le Groupe de travail avait approuvé le paragraphe 2 étant entendu que cette question ne se posait pas dans la pratique et ne devait donc pas être traitée dans le projet de convention (voir A/CN.9/456, par. 192, et A/CN.9/466, par. 128 et 131). Il a en outre été déclaré qu'une personne ayant suffisamment connaissance d'une opération pour adresser une notification au débiteur serait dans la plupart des cas le véritable cessionnaire. Enfin, on a fait observer que le principe consistant à reporter sur le débiteur le risque de la non-validité d'une cession était approprié et conforme aux législations nationales en vigueur.

20. Concernant le paragraphe 6, on a craint que celui-ci n'entrave les pratiques impliquant la cession de fractions de créances. En réponse à cette préoccupation, il a été proposé de supprimer ce paragraphe. On a fait valoir, à l'encontre de cette proposition, que le paragraphe 6 n'invalidait pas ce type de cessions, mais prévoyait simplement que, si le débiteur ne tenait pas compte de la notification d'une cession de fractions de créances, le cessionnaire devrait recourir à d'autres moyens pour obtenir paiement (par exemple, en structurant l'opération de financement conformément au paragraphe 2 du projet d'article 26). Il a été souligné également que, si le paragraphe 6 devait être supprimé, on devrait régler le problème des frais supplémentaires qu'impliquerait pour le débiteur la nécessité de payer plusieurs cessionnaires en lui octroyant le droit de demander une compensation. À cet égard, il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné cette solution et décidé de ne pas l'adopter. Il avait en revanche adopté le paragraphe 6 afin de protéger le débiteur de façon suffisante mais avec souplesse, sans créer d'obligations et sans prescrire, sous forme de règles, ce que le cédant, le cessionnaire ou le débiteur devaient faire (voir A/CN.9/491, par. 19).

21. Pour ce qui est du paragraphe 7, plusieurs craintes ont été exprimées. Tout d'abord, le paragraphe 7 ne couvrait pas suffisamment les cas dans lesquels des cessions subséquentes étaient combinées à des cessions doubles (lorsque, par exemple, A cédait ses créances à B qui les cédait à D, et que A cédait également ses créances à C qui les cédait à E). De l'avis général, toutefois, le paragraphe 7, rapproché des paragraphes 4 et 5, était suffisant. D'autre part, le paragraphe 7 ne précisait pas si l'obligation de paiement était suspendue ou si le débiteur était défaillant et tenu de verser des intérêts dans le cas où le paiement devenait exigible alors que le débiteur attendait de recevoir la preuve appro-

priée demandée. En réponse, il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé de ne pas aborder explicitement cette question dans le projet de convention, car le fait d'énoncer expressément que l'obligation de paiement était suspendue risquait d'encourager les pratiques abusives et, en tout état de cause, les questions relatives aux intérêts ne se prêtaient pas à une unification (voir A/CN.9/466, par. 126 à 128 et A/CN.9/456, par. 189). On a par ailleurs fait observer que si le paiement devenait exigible avant que le débiteur ait reçu les informations demandées et ait eu le temps d'agir en conséquence et si le débiteur ne pouvait effectuer un paiement libératoire en toute sécurité, il était implicite au paragraphe 7 que l'obligation de paiement serait suspendue. De plus, on a souligné que le paragraphe 7 partait du principe que, dans un tel cas, le débiteur pourrait, en vertu du paragraphe 8, s'acquitter de ses obligations de différentes manières (par exemple, en effectuant un paiement en faveur d'un tribunal ou d'un organisme de consignation). Il a été convenu que ce point pourrait être utilement précisé dans le commentaire sur le projet de convention.

22. On a également constaté avec inquiétude que le paragraphe 7 ne protégeait pas le débiteur en cas d'appréciation erronée de la preuve fournie par le cessionnaire. Si certaines délégations ont été sensibles à cette préoccupation, il a été admis qu'on ne pouvait régler ce problème qu'en exigeant que la notification soit adressée par le cédant ou par le cessionnaire avec le consentement du cédant, ce qui constituerait un changement radical et inacceptable dans le projet de convention, puisque le droit du cessionnaire de notifier la cession au débiteur indépendamment du cédant était une des caractéristiques essentielles du projet. À l'issue du débat, la Commission a approuvé quant au fond l'article 19 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 20. *Exceptions et droits à compensation du débiteur*

23. Le texte du projet d'article 20 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur une demande de paiement des créances cédées, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions et 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, en vertu de 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."

24. Il a été noté que, dans la législation de certains pays, si la cession avait effet, le débiteur pouvait perdre tout droit à compensation. Afin d'éviter cela, il a été convenu d'ajouter, à la fin du paragraphe 1, les mots "comme si la cession n'avait jamais eu lieu".

25. Il a été proposé d'insérer le contenu du projet d'article 30 dans le projet d'article 20 afin que les États ne puissent en exclure l'application. On a fait valoir, à l'appui de cette proposition, qu'il était essentiel pour les bailleurs de fonds de savoir quels étaient leurs droits ainsi que les droits à compensation des débiteurs ou, du moins, à quelle loi se reporter pour déterminer ces droits. On a fait observer, à l'encontre de cette proposition, que la règle énoncée dans le projet d'article 30 devait rester soumise à une clause d'option négative, car elle n'avait pas sa place dans un texte de droit matériel. En outre, le fait d'insérer, dans le projet d'article 20, une disposition semblable à l'article 30 compliquerait inutilement ce projet d'article, car les exceptions liées à l'ordre public et à la loi impérative prévues dans les projets d'articles 32 et 33 devraient également être reproduites dans le projet d'article 20.

26. Selon un avis, on devrait aligner le paragraphe 2 sur le paragraphe 6 du projet d'article 19, afin de laisser au débiteur le soin de déterminer si la notification d'une cession de fractions de créances a effet ou non à toutes fins utiles. Rappelant la décision du Groupe de travail sur ce point (voir A/CN.9/486, par. 19), la Commission a estimé que cette approche perturberait inutilement les pratiques existantes. Il a été indiqué que la règle énoncée au paragraphe 6 du projet d'article 19 se justifiait par la nécessité de protéger le débiteur contre le risque de dépenses supplémentaires, nécessité qui ne se posait pas dans le paragraphe 2 du projet d'article 20.

27. Il a également été proposé de se référer, dans le paragraphe 3, au projet d'article 12, qui reproduisait la règle énoncée au paragraphe 1 du projet d'article 11. Sous réserve de cette modification et du changement indiqué au paragraphe 24 ci-dessus, la Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 20 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 21. *Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation*

28. Le texte du projet d'article 21 tel qu'examiné par la Commission était 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 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; ou

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."

29. La Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 21 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction (pour un changement décidé à un stade ultérieur du débat, voir par. 186).

Article 22. *Modification du contrat initial*

30. Le texte du projet d'article 22 tel qu'examiné par la Commission 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, sauf:

a) Si celui-ci y consent; ou

b) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat.

3. Les paragraphes 1 et 2 du présent article sont sans incidence sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux."

31. La Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 22 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 23. *Recouvrement des paiements*

32. Le texte du projet d'article 23 tel qu'examiné par la Commission 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 personnelles, familiales ou domestiques, la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée au cédant ou au cessionnaire."

33. La Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 23 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction (pour un changement décidé à un stade ultérieur du débat, voir par. 186).

Section III. Autres parties

Article 24. *Loi applicable aux droits concurrents*

34. Le texte du projet d'article 24 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention et sous réserve des articles 25 et 26:

a) Par rapport au droit d'un réclamant concurrent, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit:

i) La nature et la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée; et

ii) La nature et la priorité du droit du cessionnaire sur un produit qui est une créance dont la cession est régie par la présente Convention[;

b) Par rapport au droit d'un réclamant concurrent, la nature et la priorité du droit du cessionnaire sur un produit visé ci-dessous sont régies:

i) Dans le cas d'une somme d'argent ou d'un effet de commerce non détenus sur un compte bancaire ou par un intermédiaire en valeurs mobilières, par la loi de l'État dans lequel cette somme d'argent ou cet effet sont situés;

ii) Dans le cas de valeurs mobilières détenues par un intermédiaire en valeurs mobilières, par la loi de l'État dans lequel cet intermédiaire est situé;

iii) Dans le cas de dépôts bancaires, par la loi de l'État dans lequel la banque est située[; et

iv) Dans le cas de créances dont la cession est régie par la présente Convention, par la loi de l'État dans lequel le cédant est situé];

[*c)* L'existence et la nature du droit d'un réclamant concurrent sur le produit visé à l'alinéa *b* du paragraphe 1 du présent article sont régies par la loi indiquée dans ce paragraphe]].

2. Aux fins du présent article et de l'article 31, la nature d'un droit se réfère:

a) Au caractère personnel ou réel du droit; et

b) À la question de savoir si le droit a ou non été créé à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation."

35. Il a été noté que les alinéas *b* et *c* du paragraphe 1 soulevaient à la fois un problème de fond et un problème de procédure. Le premier était lié à l'absence de solution universellement acceptable quant à la loi applicable aux questions de priorité dans le cas des comptes de dépôt. Il tenait également à la difficulté de parvenir à un consensus sur le lieu de situation d'une banque (ou d'un compte). Concernant le second, il s'agissait de veiller à ce que le projet d'article 24 cadre avec la démarche suivie dans le projet de convention sur la loi applicable aux actes de disposition de titres, actuellement élaborée par la Conférence de La Haye de droit international privé. À cet égard,

il a été noté que l'approche du lieu de l'intermédiaire pertinent (PRIMA) semblait, au vu des travaux de la Conférence de La Haye, être considérée comme une solution généralement acceptable, mais qu'il serait très difficile pour la Commission de s'entendre sur un texte susceptible de cadrer avec celui de la Conférence de La Haye, qui n'avait pas encore été finalisé. Il a été également constaté que, aussi importants que puissent être les alinéas *b* et *c*, leur mise au point prendrait du temps et risquait de retarder sensiblement l'adoption du projet de convention par la Commission. Les financiers devraient donc s'en remettre au projet d'article 26 pour faire valoir une priorité à l'égard du produit. Quant à la règle de priorité concernant les produits se présentant sous la forme d'effets de commerce, il a été convenu que, même si l'on pouvait parvenir à un accord sur une règle s'inspirant du libellé de l'alinéa *b* i du paragraphe 1, celui-ci ne serait pas suffisant pour prendre en compte les produits les plus courants issus des créances, en l'absence de règle concernant la loi applicable aux questions de priorité dans le cas des comptes de dépôt et des valeurs mobilières. Après un échange de vues, il a été convenu de supprimer les alinéas *b* et *c* du paragraphe 1.

36. L'alinéa *a* ii du paragraphe 1 a fait l'objet d'opinions divergentes. Selon un des avis exprimés, le sous-alinéa ii pouvait être supprimé vu que, en tout état de cause, il n'englobait pas les produits les plus courants issus des créances, à savoir les comptes de dépôt, les effets de commerce et les valeurs mobilières. Selon un autre point de vue, ce sous-alinéa restait utile et devait être conservé. À l'issue d'un débat, la Commission a estimé que l'alinéa *a* ii du paragraphe 1 pouvait être retiré du projet d'article 24, étant entendu que la question de son insertion dans le projet d'article 26 serait examinée ultérieurement (voir par. 45).

37. Concernant le paragraphe 2, on a craint que, du fait de son libellé, des questions indépendantes de celle de la priorité ne soient indûment renvoyées à la loi du lieu de situation du cédant. En réponse à cette préoccupation, il a été proposé de supprimer le paragraphe 2, ce à quoi on a objecté que les questions faisant l'objet de ce paragraphe pouvaient se poser et s'avérer très pertinentes dans le cas d'un conflit de priorité. Pour que ce point soit suffisamment clair, il a été suggéré de reprendre l'idée maîtresse du paragraphe 2 à l'alinéa *g* de l'article 5 (définition de la "priorité"). Un appui suffisant a été apporté à cette suggestion, étant entendu qu'il faudrait clairement préciser que les questions traitées au paragraphe 2 seraient renvoyées à la loi du lieu de situation du cédant uniquement dans la mesure où elles s'avéraient pertinentes pour déterminer la priorité à appliquer. Après un échange de vues, et sous réserve de la suppression des paragraphes 1 *a* ii, *b* et *c* et 2, de l'examen de la possibilité d'insérer le paragraphe 1 *a* ii dans le projet d'article 26 et de la prise en considération de la teneur du paragraphe 2 dans le projet d'article 5 *g*, la Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 24 et a renvoyé celui-ci ainsi que le projet d'article 5 *g* au groupe de rédaction (pour les modifications au projet d'article 5 *g* décidées ultérieurement, voir par. 149 et 162).

Article 25. *Ordre public et droits préférentiels*

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

"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."

39. On a exprimé la crainte que le mot "manifestement" employé au paragraphe 1 ne réduise indûment la possibilité pour un tribunal ou une autre autorité compétente de refuser l'application d'une disposition de la loi applicable qui est contraire à l'ordre public de l'État du for. Pour apaiser cette crainte, il a été proposé de le supprimer. Un grand nombre de délégations s'est toutefois opposé à cette suppression, estimant que ce mot était nécessaire pour garantir que les exceptions d'ordre public soient interprétées de façon restrictive et que le paragraphe 1 soit invoqué uniquement dans des cas exceptionnels concernant des questions d'importance fondamentale pour l'État du for. On a aussi fait observer que l'expression "manifestement contraire" était aujourd'hui couramment employée dans les textes internationaux tels que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (voir article 6).

40. Il a aussi été proposé de faire clairement ressortir dans le paragraphe 1 que c'était l'application d'une disposition de la loi applicable et non la disposition elle-même qui devait être manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for. Il a en outre été proposé d'expliciter au paragraphe 2 ce qui était implicite, à savoir qu'à l'exception des règles mentionnées dans ce paragraphe les règles de droit impératives de l'État du for ou d'un autre État qui étaient applicables quelle que soit la loi applicable par ailleurs ne pouvaient supplanter les règles de priorité de la loi du lieu de situation du cédant (voir A/CN.9/489/Add.1, par. 40). Sous réserve de ces modifications, la Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 25 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 26. *Règles spéciales relatives au produit*

41. Le texte du projet d'article 26 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. Si le produit de la créance cédée est reçu par le cessionnaire, ce dernier a le droit de le conserver dans la mesure où son droit sur la créance cédée avait la priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la même créance.

2. Si le produit de la créance cédée est reçu par le cédant, le droit du cessionnaire sur ce produit a la priorité sur le droit d'un réclamant concurrent, de la même manière que le droit du cessionnaire avait la priorité sur le droit dudit réclamant 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."

42. On a exprimé la crainte que le projet d'article 26 n'empiète indûment sur le droit national existant qui traitait différemment les paiements en espèces et les paiements par d'autres moyens et dans lequel la notion de produit ou de localisation des actifs n'était pas courante. En vertu de ce droit, les paiements au cédant feraient partie des actifs de ce dernier et le cessionnaire ne pourrait revendiquer sur eux un droit de propriété. Il a été proposé, à titre de solution, que le projet d'article 26 fasse l'objet d'une réserve. De nombreuses délégations ont fait valoir, à l'encontre de cette proposition, que le projet d'article 26 introduisait une règle spéciale applicable uniquement lorsque les parties choisissaient de structurer d'une certaine façon leurs opérations de manière à tirer parti de la protection qu'offrait ce texte. Il a été déclaré qu'une telle règle, qui n'était pas très différente des lois nationales spéciales, pourrait profiter aux parties à des opérations de titrisation ou d'escompte de factures sans divulgation, qui étaient des pratiques courantes dans le monde entier et qui permettaient aux parties d'obtenir un crédit plus important à un coût plus abordable. On a fait également observer qu'en élaborant une règle de manière à traiter les espèces différemment d'autres produits on présupposait qu'il était possible d'établir une distinction claire entre les espèces à proprement parler et, par exemple, les espèces sur un compte de dépôt ou de valeurs mobilières et les instruments négociables ou valeurs mobilières, ce qui n'était pas aisé dans l'économie actuelle.

43. Il a été noté que, dans le cas d'un conflit de priorité entre un intermédiaire en valeurs mobilières ayant un droit sur ces valeurs en tant que garantie initiale et un cessionnaire dans le cadre du projet de convention ayant un droit sur les valeurs en tant que produit, on pourrait arriver à des résultats différents selon que l'on appliquait le projet d'article 26 ou l'approche du lieu de l'intermédiaire pertinent (PRIMA). On a fait observer par ailleurs que le même problème pourrait se poser dans le cas d'un conflit de priorité entre un établissement de dépôt ayant une sûreté ou un droit de compensation sur un compte de dépôt en tant que garantie initiale et un cessionnaire ayant un droit sur le compte de dépôt en tant que produit; ainsi que dans le cas du cessionnaire d'un compte de dépôt ou de valeurs mobilières en tant que garantie initiale et d'un cessionnaire ayant un droit sur un tel compte en tant que produit d'une créance cédée. Pour régler ce problème, il a été proposé d'ajouter au paragraphe 3 du projet d'article 26 un libellé tel que:

"Rien au paragraphe 2 du présent article n'a d'incidences sur la priorité d'un droit, ne découlant pas d'une créance, d'une personne détenant un droit conventionnel ou d'une personne détenant un droit à compensation."

44. Cette suggestion a bénéficié d'un appui suffisant. On a également proposé, comme alternative, le libellé ci-après:

"Rien au paragraphe 2 n'a d'incidences sur la priorité par rapport au cessionnaire, en vertu de la loi en dehors de la présente Convention, d'un droit, ne découlant pas d'une créance, i) d'une personne détenant une sûreté consensuelle sur le produit, ii) d'un bénéficiaire consensuel du produit à titre onéreux, ou iii) d'une personne détenant un droit à compensation sur le produit."

45. En réponse à une question concernant la différence entre les deux propositions, il a été indiqué qu'elles étaient, quant au fond, identiques, mais que la seconde était plus précise. S'agissant de la forme, il a été également proposé d'inclure à l'alinéa *b* du paragraphe 2 une référence aux valeurs mobilières et aux comptes de valeurs mobilières. Sous réserve de cette modification et de l'inclusion au projet d'article 26 d'un nouveau paragraphe allant dans le sens des propositions susmentionnées, la Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 26 et l'a renvoyé au groupe de rédaction (la Commission n'a toutefois pas examiné la possibilité d'inclure, dans le projet d'article 26, un libellé similaire au paragraphe 1 *a* ii de l'article 24).

Article 27. *Renonciation*

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

"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."

47. La Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 27 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre V. Autres règles de conflit de lois

Article 28. *Application du chapitre V*

48. Le texte du projet d'article 28 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux questions:

a) Qui entrent dans le champ d'application de la présente Convention comme prévu au paragraphe 4 de l'article premier; et

b) Qui entrent par ailleurs dans le champ d'application mais ne sont pas réglées par d'autres dispositions de la présente Convention."

49. La Commission a approuvé le projet d'article 28 quant au fond sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 29. *Loi applicable aux droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire*

50. Le texte du projet d'article 29 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant de leur convention sont régis par la loi qu'ils ont choisie.

2. Si le cédant et le cessionnaire n'ont pas choisi de loi, leurs droits et obligations réciproques découlant de leur convention sont régis par la loi de l'État avec lequel le contrat de cession a le lien le plus étroit."

51. La Commission a approuvé le projet d'article 29 quant au fond sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Elle a pris note d'une proposition visant à inclure au chapitre V une disposition de la loi applicable à la forme et a reporté son examen jusqu'à ce qu'elle ait examiné le projet d'article 8 (voir par. 163 et 164).

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

52. Le texte du projet d'article 30 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"La loi régissant le contrat initial détermine l'efficacité des limitations contractuelles à la cession entre le cessionnaire et le débiteur, 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."

53. La Commission a approuvé le projet d'article 30 quant au fond sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 31. *Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties*

54. Le texte du projet d'article 31 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention et sous réserve des articles 25 et 26:

a) Par rapport aux droits d'un réclamant concurrent, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit:

i) La nature et la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée; et

ii) La nature et la priorité du droit du cessionnaire sur un produit qui est une créance dont la cession est régie par la présente Convention[;

b) Par rapport aux droits d'un réclamant concurrent, la nature et la priorité du droit du cessionnaire sur un produit visé ci-dessous sont régies:

i) Dans le cas d'une somme d'argent ou d'un effet de commerce non détenus sur un compte bancaire ou par un intermédiaire en valeurs mobilières, par la loi de l'État dans lequel cette somme d'argent ou cet effet sont situés;

ii) Dans le cas de valeurs mobilières détenues par un intermédiaire en valeurs mobilières, par la loi de l'État dans lequel cet intermédiaire est situé;

iii) Dans le cas de dépôts bancaires, par la loi de l'État dans lequel la banque est située[; et

iv) Dans le cas de créances dont la cession est régie par la présente Convention, par la loi de l'État dans lequel le cédant est situé];

[*c)* L'existence et la nature du droit d'un réclamant concurrent sur le produit visé à l'alinéa *b* du paragraphe 1 du présent article sont régies par la loi indiquée dans ce paragraphe]].

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 le paragraphe 1 du présent article."

55. Il a été convenu d'aligner le paragraphe 1 sur le projet d'article 24. Il a également été convenu de supprimer les premiers mots du projet d'article 24, "à l'exception des questions . . . 26", étant entendu que le projet d'article 28 suffisait pour traiter la question de la hiérarchie entre le projet d'article 31 et d'autres dispositions du projet de convention en dehors du chapitre V et qu'il était suffisamment fait référence au projet d'article 25 au paragraphe 2 du projet d'article 31 et dans les projets d'articles 32 et 33. S'agissant, en particulier, de la hiérarchie entre les projets d'articles 24 à 26 et 31, il a été largement estimé que si le cédant n'était pas situé dans un État contractant, les projets d'articles 24 à 26 ne pouvaient pas s'appliquer (voir alinéa *a* du projet d'article 28), alors que s'il était situé dans un État contractant, le projet d'article 31 ne s'appliquerait pas, puisque la question qui y était traitée serait réglée dans les projets d'articles 24 à 26 (voir alinéa *b* du projet d'article 28). Il a été convenu par ailleurs que l'on pourrait conserver le libellé actuel du paragraphe 2, puisque la question traitée dans le libellé qui avait été ajouté au projet de paragraphe 25 équivalent (voir par. 40) était suffisamment abordée au projet d'article 32 (voir, cependant, par. 196). Sous réserve des modifications mentionnées, la Commission a approuvé le projet d'article 31 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 32. *Règles impératives*

56. Le texte du projet d'article 32 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. Aucune disposition des articles 29 et 30 ne limite l'application des dispositions de la loi de l'État du for lorsqu'elles sont impératives, quelle que soit la loi applicable par ailleurs.

2. Aucune disposition des articles 29 et 30 ne limite l'application des règles impératives de la loi d'un autre État avec lequel les questions réglées 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."

57. La Commission a approuvé le projet d'article 32 quant au fond sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 33. *Ordre public*

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

"Pour ce qui est des questions réglées par le présent chapitre, l'application d'une disposition de la loi spécifiée 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."

59. Sous réserve des mêmes changements que ceux qui avaient été apportés au paragraphe 1 du projet d'article 25 (voir par. 40), la Commission a approuvé le projet d'article 33 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre VI. Clauses finales

Article 34. *Dépositaire*

60. Le texte du projet d'article 34 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est le dépositaire de la présente Convention."

61. La Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 34 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 35. *Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion*

62. Le texte du projet d'article 35 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. La présente Convention sera ouverte à la signature de tous les États au Siège de l'Organisation des Nations Unies, à New York, jusqu'au [...].

2. La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les États signataires.

3. La présente Convention sera ouverte à l'adhésion de tous les États non signataires à partir de la date à laquelle elle sera ouverte à la signature.

4. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation et d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies."

63. La Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 35 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 36. *Application aux unités territoriales*

64. Le texte du projet d'article 36 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. Si un État comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, cet État peut à tout moment déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles, et peut à tout moment remplacer cette déclaration par une nouvelle déclaration.

2. Ces déclarations doivent désigner expressément les unités territoriales auxquelles la présente 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 sont situés dans une unité territoriale à laquelle la Convention ne s'applique pas, ils sont considérés comme n'étant pas situés 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 toutes les unités territoriales de cet État."

65. Plusieurs craintes ont été exprimées à propos du projet d'article 36. L'une d'entre elles était que le paragraphe 1 ne crée une incertitude en ce qu'il autorisait les États à faire une déclaration "à tout moment". En réponse à cette préoccupation, il a été proposé que le paragraphe 1 soit modifié de manière à disposer que les déclarations soient faites au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion. Il a cependant été largement estimé que la souplesse laissée aux États, au paragraphe 1, pour ce qui est du moment où ils pouvaient faire une déclaration était une pratique courante dans les conventions internationales (y compris, par exemple, dans la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by) (résolution 50/48, annexe, de l'Assemblée générale) et ne posait pas de problème.

66. Une autre crainte était que le terme anglais *"territorial unit"* ne recouvre pas entièrement la réalité désignée par le terme français "collectivité territoriale" ou par le terme "juridiction". Il a toutefois été généralement convenu que le terme "unité territoriale" était suffisamment large à cette fin, ce point pouvant être utilement précisé dans le commentaire sur le projet de convention. Il a été déclaré, en particulier, que le libellé employé au paragraphe 1 qui faisait référence à des "systèmes de droit" différents pour qualifier une "unité territoriale" était suffisamment général pour couvrir différentes "juridictions" définies territorialement. On a fait observer aussi que des clauses relatives aux États fédéraux similaires au projet d'article 36 étaient normalement insérées dans des

conventions internationales et que leur application n'avait pas posé de problème. Une autre crainte encore était que le paragraphe 3 ne crée une incertitude quant à l'application du projet de convention et il a été proposé de le supprimer. On a déclaré, à l'encontre de cette proposition, qu'en l'absence de règle similaire au paragraphe 3 les États fédéraux qui n'avaient pas le droit de lier des unités territoriales ne seraient pas en mesure d'adopter des conventions internationales. Après un débat, la Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 36 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction (pour un ajout ultérieur au projet d'article 36, voir par. 187).

Article 37. *Loi applicable dans les unités territoriales*

67. Le texte du projet d'article 37 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"[Si un État comprend deux unités territoriales ou plus, dont la loi peut régir une question visée dans les chapitres IV et V de la présente Convention, une référence dans ces chapitres à la loi d'un État dans lequel une personne ou un bien est situé désigne la loi applicable dans l'unité territoriale où la personne ou le bien est situé, y compris les règles qui rendent applicable la loi d'une autre unité territoriale de cet État. Ledit État peut spécifier par une déclaration faite à tout moment la manière dont il appliquera le présent article.]"

68. Il a été proposé de remplacer le projet d'article 37 par un libellé tel que:

"Si un État comprend deux unités territoriales ou plus, le lieu de situation d'une personne dans cet État est l'unité territoriale où s'exerce son administration centrale ou, si cette personne n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu, sauf si l'État énonce par une déclaration d'autres règles qui déterminent le lieu de situation d'une personne dans cet État."

69. La Commission a pris note du texte proposé et, afin de donner aux délégations la possibilité de l'étudier, a décidé de procéder à son examen ultérieurement (voir par. 187 et 188).

Article 38. *Conflits avec d'autres accords internationaux*

70. Le texte du projet d'article 38 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. La présente Convention ne prévaut sur aucun accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions concernant les matières qu'elle régit, 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 ce dernier soit situé dans un État partie à un tel accord ou que la loi régissant le contrat initial soit la loi d'un État partie à un tel accord.

2. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, la présente Convention prévaut sur la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international ("la Convention d'Ottawa"). Si, à la date de la conclusion du contrat initial, le débiteur est situé dans un État partie à la Convention d'Ottawa ou si la loi régissant le contrat initial est la loi d'un État partie à la Convention d'Ottawa et si cet État n'est pas partie à la présente Convention, aucune disposition de la présente Convention n'exclut l'application de la Convention d'Ottawa pour ce qui est des droits et obligations du débiteur."

71. On a exprimé la crainte que, en faisant référence aux "matières" régies par deux accords internationaux, le paragraphe 1 ne soit pas suffisamment clair. Pour répondre à cette crainte, il a été suggéré de remplacer les mots "concernant les matières qu'elle régit" par "régissant expressément les transactions qu'elle régit par ailleurs". Il a été déclaré que le projet de convention d'Unidroit ("projet de convention d'Unidroit relative aux intérêts internationaux portant sur des matériels d'équipement mobiles") ne prévaudrait sur le projet de convention que lorsqu'il serait spécifiquement applicable à une transaction. Des inquiétudes ont été exprimées quant aux incidences d'une telle modification sur le projet de convention d'Unidroit. Cependant, la Commission a approuvé cette modification étant entendu que la question pourrait être revue dans le cadre de débats ultérieurs sur les rapports entre le projet de convention et le projet de convention d'Unidroit (voir par. 190 à 194).

72. On a également craint que la deuxième phrase du paragraphe 2 risque de ne pas remplir son objet, à savoir éviter que si le projet de convention ne s'appliquait pas aux droits et obligations d'un débiteur, il exclue l'application de la Convention d'Ottawa s'agissant des droits et obligations de ce débiteur. Pour tenir compte de cette crainte, il a été suggéré de reformuler cette phrase dans le sens suivant:

"Dans la mesure où la présente Convention ne s'applique pas aux droits et obligations d'un débiteur, elle n'exclut pas l'application de la Convention d'Ottawa pour ce qui est des droits et obligations de ce débiteur."

Cette suggestion a recueilli un appui suffisant.

73. Au cours du débat, il a été suggéré d'indiquer dans le commentaire que divers règlements et directives émanant d'organisations régionales devaient être considérés comme des accords internationaux aux fins du projet d'article 38. Des objections ont été émises à ce sujet. On a fait valoir qu'une telle approche risquait de nuire à l'efficacité du processus législatif international en général et du projet de convention en particulier. Il a également été observé que, pour cette raison, les obligations contractées entre les membres de diverses organisations régionales ne devaient pas faire obstacle aux obligations contractées dans des textes juridiques multilatéraux. Il a été signalé en outre que l'objet du commentaire n'était pas de traiter une question qui, en tout état de cause, devait être laissée aux tribunaux. Par ailleurs, il a été constaté que, vu le nombre important de règlements ou directives existant au niveau régional, il serait impossible de passer tous ces textes en revue.

74. Sous réserve des modifications susmentionnées (voir par. 71 et 72) et de ses délibérations ultérieures sur les

rapports entre le projet de convention et le projet de convention d'Unidroit (voir par. 190 à 194), la Commission a adopté le projet d'article 38 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 39. *Déclaration sur l'application du chapitre V*

75. Le texte du projet d'article 39 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par le chapitre V."

76. La Commission a approuvé le projet d'article 39 quant au fond sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 40. *Limitations concernant les personnes publiques*

77. Le texte du projet d'article 40 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié ou dans quelle mesure 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 à la date de la conclusion du contrat initial et est une collectivité publique, nationale ou locale, toute subdivision de ladite collectivité, ou une institution ayant une mission d'intérêt public. 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. Un État peut énumérer dans une déclaration les types d'institutions qui font l'objet de la déclaration."

78. La Commission a approuvé le projet d'article 40 quant au fond sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de travail.

Article 41. *Autres exclusions*

79. Le texte du projet d'article 41 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"[1. Un État peut déclarer à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention aux types de cession ou à la cession des catégories de créances énumérés dans une déclaration. Dans ce cas, la présente Convention ne s'applique pas à ces types de cession ou à la cession de ces catégories de créances si le cédant est situé dans un tel État à la date de la conclusion du contrat de cession ou, pour ce qui est des dispositions de la présente Convention traitant des droits et obligations du débiteur, si à la date de la conclusion du contrat initial le débiteur est situé dans un tel État ou la loi régissant le contrat initial est la loi de cet État.

2. Après qu'une déclaration au titre du paragraphe 1 du présent article a pris effet:

a) La présente Convention ne s'applique pas à ces types de cession ou à la cession de ces catégories de créances si le cédant est situé dans cet État à la date de la conclusion du contrat de cession; et

b) Les dispositions de la présente Convention ayant des incidences sur les droits et obligations du débiteur ne s'appliquent pas si, à la date 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.]"

80. Il a été indiqué que le projet d'article 41, qui énonçait l'effet d'une déclaration, et le paragraphe 4 du projet d'article 4, qui permettait à un État de faire une telle déclaration, avaient été mis entre crochets, car le Groupe de travail n'avait pu parvenir à un accord sur ces dispositions.

81. Les vues qui avaient été exprimées à la dernière session du Groupe de travail tant en faveur du maintien du projet d'article 41 que contre ce maintien ont été réitérées (voir A/CN.9/486, par. 115 à 118). D'un côté, on a fait valoir qu'il faudrait conserver ce texte de manière à offrir aux États la souplesse nécessaire pour qu'ils puissent adapter le champ d'application du projet de convention à leurs besoins en excluant les pratiques actuelles autres que celles qui étaient exclues dans le projet d'article 4, ainsi que les pratiques futures pour lesquelles le projet de convention risquait de ne pas convenir et que l'on ne pouvait pas encore prévoir. On a souligné en particulier que, même si le projet d'article 4 visait à couvrir intégralement les pratiques actuelles qui devraient être exclues, le projet d'article 41 demeurerait nécessaire de façon à assurer une souplesse concernant les pratiques futures. On a cité à titre d'exemple les valeurs mobilières dématérialisées pour bien montrer la nécessité d'une telle souplesse concernant les pratiques nouvelles qui se développaient rapidement. Il a été déclaré qu'une telle approche augmenterait l'acceptabilité du projet de convention pour les États. On a fait observer par ailleurs que le mécanisme des déclarations était suffisamment transparent et ne créerait pas de problèmes dans la pratique. La Commission a été instamment priée, toutefois, de tenter de simplifier le projet d'article 41. On a aussi fait valoir que si la souplesse devait être favorisée, il fallait que ce soit de façon équilibrée dans le projet de convention. À cette fin, il a été proposé que le texte autorise les États à utiliser le mécanisme des déclarations non seulement pour exclure mais également pour inclure d'autres pratiques. Il a été répondu qu'une telle proposition pourrait être aussi examinée à condition qu'elle porte sur des pratiques auxquelles le projet de convention serait adapté, ce qui n'était pas le cas, par exemple, des cessions de créances non contractuelles.

82. D'un autre côté, on a fait valoir qu'une approche fondée sur des exclusions par déclaration risquerait de compromettre la sécurité et l'uniformité qu'offrait le projet de convention. On a souligné que si les États étaient autorisés à exclure les pratiques de leur choix, le champ d'application du projet de convention pourrait différer d'un État à l'autre et les parties devraient identifier et interpréter les déclarations pertinentes, ce qui ne serait peut-être pas toujours aisé. On a fait observer aussi que le mécanisme de révision prévu dans le projet d'article 47 était suffisant pour répondre aux besoins des pratiques

futures. Il a aussi été déclaré que, puisque ces déclarations excluraient l'application du projet de convention, elles constitueraient des réserves soumises à réciprocité, ce qui pourrait compliquer l'application de l'instrument. On a indiqué en outre que l'avantage qu'offrait la création d'un régime international uniforme était la contrepartie nécessaire pour les États qui devraient changer leur propre législation afin d'adopter le projet de convention. Si l'on perdait ou si l'on réduisait cet avantage, ces États pourraient être réticents à adopter le texte. En outre, on a souligné qu'en autorisant les exclusions sans restriction on pourrait arriver involontairement à ce que les États excluent les cessions de créances commerciales ou les cessions de créances nées de contrats contenant une clause d'incessibilité. On a souligné que la possibilité de telles exclusions créerait une incertitude, dans la mesure où les organismes de financement par cession de créances commerciales devraient sans cesse s'assurer qu'un État n'a pas fait de déclaration. Un tel résultat pourrait considérablement réduire l'utilité du projet de convention. Pour éviter d'en arriver là, il a été proposé de tout au moins bien préciser dans le projet d'article 41 que les pratiques relatives à la cession de créances commerciales ne pourraient être exclues par déclaration.

83. Les membres de la Commission ont généralement reconnu qu'il serait peut-être nécessaire d'énoncer ou d'énumérer dans le projet d'article 41 les pratiques pouvant être exclues par déclaration. Il a aussi été largement estimé que le contenu d'une telle liste ne pourrait être arrêté avant la finalisation du projet d'article 4. La Commission a donc décidé de reporter la poursuite de l'examen du projet d'article 41 jusqu'à l'achèvement de l'examen du projet d'article 4 (voir par. 141 à 146). On a toutefois été conseillé de ne pas rouvrir le débat sur le projet d'article 4, car la Commission avait approuvé cette disposition à sa trente-troisième session.

Article 42. *Application de l'annexe*

84. Le texte du projet d'article 42 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. Un État peut à tout moment déclarer:

a) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section I de l'annexe et participera au système d'enregistrement international établi en vertu de la section II de l'annexe;

b) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section I de l'annexe et donnera effet à ces règles en utilisant un système d'enregistrement permettant d'en atteindre les objectifs, auquel cas, aux fins de la section I de l'annexe, un enregistrement effectué en application d'un tel système aura le même effet qu'un enregistrement effectué en vertu de la section II de l'annexe;

c) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section III de l'annexe;

d) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section IV de l'annexe; ou

e) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées aux articles 7 et 8 de l'annexe.

2. Aux fins de l'article 24:

a) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu 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;

b) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa *c* du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section III de l'annexe;

c) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa *d* du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section IV de l'annexe; et

d) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa *e* du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble des règles énoncées aux articles 7 et 8 de l'annexe.

3. Un État qui a fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article peut établir des règles en vertu desquelles, compte tenu d'un délai raisonnable, les cessions effectuées avant que la déclaration prenne effet sont soumises à de telles règles.

4. Un État qui n'a pas fait de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article peut, conformément aux règles de priorité qui sont en vigueur dans cet État, utiliser le système d'enregistrement établi en vertu de la section II de l'annexe.

5. Au moment où il fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article ou après cette déclaration, un État peut déclarer qu'il n'appliquera pas les règles de priorité choisies en vertu du paragraphe 1 du présent article à certains types de cession ou à la cession de certaines catégories de créance."

85. Diverses suggestions ont été formulées. L'une d'elles était que, pour clarifier la relation entre les paragraphes 2 et 5, il faudrait ajouter à la fin des alinéas *a* à *d* du paragraphe 2 un membre de phrase qui pourrait être libellé comme suit: "tel que modifié par toute déclaration faite en vertu du paragraphe 5 du présent article". Une autre suggestion consistait à autoriser les États à adopter les dispositions de l'annexe avec des modifications à spécifier dans une déclaration. Il a été proposé d'ajouter à la fin du paragraphe 5 un membre de phrase ainsi conçu: "ou qu'il appliquera ces dispositions relatives à la priorité avec les modifications spécifiées dans ladite déclaration". Sous réserve de ces modifications, la Commission a approuvé le projet d'article 42 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 43. *Effet des déclarations*

86. Le texte du projet d'article 43 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. Les déclarations faites en vertu du paragraphe 1 de l'article 36, de l'article 37 ou des articles 39 à 42 au moment de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. Les déclarations et les confirmations de déclaration seront faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.

3. Une déclaration prend effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné. Cependant, une déclaration dont le dépositaire reçoit notification formelle après cette date prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de sa réception par le dépositaire.

4. Un État qui fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 de l'article 36, de l'article 37 ou des articles 39 à 42 peut la retirer à tout moment par une notification formelle adressée par écrit au dépositaire. Ce retrait prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

5. En cas de déclaration en vertu du paragraphe 1 de l'article 36, de l'article 37 ou des articles 39 à 42 qui prend effet après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné, ou en cas de retrait d'une telle déclaration, qui ont pour effet, dans les deux cas, d'entraîner l'applicabilité d'une règle de la présente Convention, y compris de toute annexe:

a) Sous réserve de l'alinéa *b* du présent paragraphe, cette règle est applicable uniquement aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier;

b) Une règle qui traite des droits et obligations du débiteur s'applique uniquement dans le cas de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

6. En cas de déclaration faite en vertu du paragraphe 1 de l'article 36, de l'article 37 ou des articles 39 à 42 qui prend effet après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné, ou en cas de retrait d'une telle déclaration, qui ont pour effet, dans les deux cas, d'entraîner l'inapplicabilité d'une règle de la présente Convention, y compris de toute annexe:

a) Sous réserve de l'alinéa *b* du présent paragraphe, cette règle est inapplicable uniquement aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier;

b) Une règle qui traite des droits et obligations du débiteur est inapplicable dans le cas de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

7. Si une règle, qui est rendue applicable ou inapplicable en raison d'une déclaration visée aux paragraphes 5 ou 6 du présent article ou de son retrait, est pertinente pour la détermination de la priorité concernant une créance faisant l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet ou concernant le produit de cette créance, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité avant qu'une telle déclaration ou son retrait prenne effet."

87. La Commission a approuvé le projet d'article 43 quant au fond sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 44. *Réserves*

88. Le texte du projet d'article 44 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention."

89. Il a été suggéré que le commentaire précise bien l'application du projet d'article 44 par référence à deux modifications rédactionnelles possibles (à savoir ajouter les mots "ou déclaration" après le mot "réserve" ou supprimer la fin de la phrase après "autorisée". La Commission a approuvé le projet d'article 44 quant au fond sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 45. *Entrée en vigueur*

90. Le texte du projet d'article 45 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"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'applique uniquement aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date de son entrée en vigueur à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, étant entendu que celles de ses dispositions qui traitent des droits et obligations du débiteur s'appliquent uniquement aux cessions de créances découlant de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle elle entre en vigueur à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

4. Si une créance est cédée en vertu d'un contrat de cession conclu avant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la créance et son produit de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité en l'absence de la présente Convention."

91. Sous réserve de la suppression du mot "produit" au paragraphe 4, résultant de la suppression des règles relatives au produit dans le projet d'article 24 (voir par. 37), la Commission a approuvé le projet d'article 45 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 46. *Dénonciation*

92. Le texte du projet d'article 46 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. Un État contractant peut dénoncer à tout moment la présente Convention par notification écrite adressée au dépositaire.

2. La dénonciation prend 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'un délai plus long est spécifié dans la notification, la dénonciation prend effet à expiration du délai en question à compter de la date de réception de la notification par le dépositaire.

3. La présente Convention demeure applicable aux cessions faisant l'objet d'un contrat de cession conclu avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, étant entendu que celles de ses dispositions qui traitent des droits et obligations du débiteur demeurent applicables uniquement aux cessions de créances découlant de contrats initiaux conclus avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État visé au paragraphe 3 de l'article premier.

4. Si une créance est cédée en vertu d'un contrat de cession conclu avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la créance et son produit, de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité en vertu de la présente Convention."

93. Sous réserve de la suppression du mot "produit" au paragraphe 4, résultant de la suppression des règles relatives au produit dans le projet d'article 24 (voir par. 37), la Commission a approuvé le projet d'article 46 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 47. *Révision et amendement*

94. Le texte du projet d'article 47 tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"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."

95. Compte tenu de la suggestion selon laquelle le mécanisme de révision prévu dans le projet d'article 47 pouvait être utilisé pour adapter le projet de convention en fonction des besoins propres aux pratiques futures (voir par. 82), la Commission a décidé de différer l'examen du projet d'article 47 tant qu'elle n'aurait pas achevé l'examen du paragraphe 4 du projet d'article 4 et du projet d'article 41 (voir par. 146).

ANNEXE DU PROJET DE CONVENTION

Section I. Règles de priorité fondées sur l'enregistrement

Article premier. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

96. Le texte du projet d'article premier de l'annexe tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"Entre des cessionnaires de la même créance du même cédant, la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée et son produit est déterminée par l'ordre dans lequel les données relatives à la cession sont enregistrées conformément à la section II de la présente annexe, quelle que soit la date de transfert de la créance. Si aucune donnée n'a été enregistrée, la priorité est déterminée par l'ordre dans lequel les différents contrats de cession ont été conclus."

97. Sous réserve de la suppression de la référence au produit (voir par. 37), la Commission a approuvé quant au fond 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 des créanciers du cédant*

98. Le texte du projet d'article 2 de l'annexe tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"Le droit d'un cessionnaire sur une créance cédée et son produit a la priorité sur le droit d'un administrateur de l'insolvabilité et de créanciers qui acquièrent un droit sur la créance cédée ou son produit par saisie, acte judiciaire ou acte analogue d'une autorité compétente créant un tel droit, si la créance a été cédée et si les données relatives à la cession ont été enregistrées conformément à la section II de la présente annexe, avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la saisie, l'acte judiciaire ou un acte analogue d'une autorité compétente."

99. Sous réserve de la suppression de la référence au produit (voir par. 37), la Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 2 de l'annexe et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Section II. Enregistrement

Article 3. *Création d'un système d'enregistrement*

100. Le texte du projet d'article 3 de l'annexe tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"Il sera créé, en vertu du règlement devant être promulgué par le conservateur du registre et l'autorité de supervision, un système d'enregistrement des données relatives aux cessions utilisable, même si la cession ou la créance concernée n'est pas internationale. Le règlement promulgué par le conservateur du registre et l'autorité de supervision en vertu de la présente annexe

est conforme à cette dernière. Il prescrira dans le détail la manière dont le système d'enregistrement fonctionnera, ainsi que la procédure de règlement des litiges relatifs à ce fonctionnement."

101. On a fait observer avec inquiétude que le projet d'article 3 de l'annexe conférait des attributions importantes à l'autorité de supervision et au conservateur du registre sans préciser les modalités de leur désignation. En réponse à cette préoccupation, plusieurs propositions ont été avancées. L'une d'elles était de reformuler le projet d'article 3 pour traiter cette question en termes plus généraux. Cette proposition n'a pas reçu un appui suffisant. Il a également été proposé que les modalités de désignation de l'autorité de supervision et du conservateur du registre soient expressément fixées dans le projet de convention. On a proposé à cet égard un libellé tel que (voir A/CN.9/491, par. 26):

"À la demande d'un tiers au moins des États [contractants] [signataires] [à] [de] la présente Convention, le dépositaire convoque une conférence des États [contractants] [signataires] pour la désignation de l'autorité de supervision et du premier conservateur de registre et pour l'élaboration du premier règlement ainsi que pour la révision ou la modification de ce dernier."

102. Cette proposition a reçu un appui suffisant au sein de la Commission. Il a été convenu que les États contractants comme les États signataires devaient être autorisés à demander la convocation d'une conférence et à y participer. Après un débat, la Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 3 de l'annexe, ainsi que le texte proposé ci-dessus (sous réserve de supprimer les crochets) et a renvoyé les deux dispositions au groupe de rédaction.

Article 4. *Enregistrement*

103. Le texte du projet d'article 4 de l'annexe tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. Toute personne peut enregistrer des données relatives à une cession dans le registre conformément à la présente annexe et au règlement. Comme prévu dans le règlement, les données enregistrées identifient le cédant et le cessionnaire et incluent une description succincte des créances cédées.

2. Un même enregistrement peut porter sur une ou plusieurs cessions effectuées par le cédant au cessionnaire d'une ou plusieurs créances existantes ou futures, que ces créances existent ou non au moment de l'enregistrement.

3. Un enregistrement peut être effectué avant la cession à laquelle il se rapporte. Le règlement établira la procédure d'annulation d'un enregistrement si la cession n'est pas effectuée.

4. L'enregistrement ou sa modification produit ses effets à compter du moment où les données visées au paragraphe 1 du présent article sont accessibles aux utilisateurs. La partie qui enregistre peut spécifier, parmi les options proposées dans le règlement, la période d'effet de l'enregistrement. En l'absence d'une telle spécification, un enregistrement produit ses effets pour une période de cinq ans.

5. Le règlement spécifiera la manière dont l'enregistrement peut être renouvelé, modifié ou annulé et régira toute autre question afférente au fonctionnement du système d'enregistrement.

6. Toute anomalie, irrégularité, omission ou erreur dans l'identification du cédant, qui empêcherait une recherche faite à partir d'une identification correcte dudit cédant d'aboutir aux données enregistrées, invalide l'enregistrement."

104. La Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 4 de l'annexe sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 5. Recherches dans le registre

105. Le texte du projet d'article 5 de l'annexe tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"1. Toute personne peut faire une recherche dans les fichiers du registre à partir de l'identification du cédant, conformément au règlement, et obtenir le résultat de cette recherche par écrit.

2. Le résultat écrit d'une recherche qui est censé émaner du registre est recevable à titre de preuve et, en l'absence de preuve contraire, atteste l'enregistrement des données sur lesquelles porte la recherche, notamment la date et l'heure de l'enregistrement."

106. La Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 5 de l'annexe sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Section III. Règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession

Article 6. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

107. Le texte du projet d'article 6 de l'annexe tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"Entre des cessionnaires de la même créance du même cédant, la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée et son produit est déterminée par l'ordre dans lequel le contrat de cession est conclu."

108. Sous réserve de la suppression de la référence au produit (voir par. 37), la Commission a approuvé quant au fond 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*

109. Le texte du projet d'article 7 de l'annexe tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"Le droit d'un cessionnaire sur une créance cédée et son produit a la priorité sur le droit d'un administrateur de l'insolvabilité et de créanciers qui acquièrent un

droit sur la créance cédée ou son produit par saisie, acte judiciaire ou acte analogue d'une autorité compétente créant ce droit, si la créance a été cédée avant le commencement de la procédure d'insolvabilité, la saisie, l'acte judiciaire ou un acte analogue d'une autorité compétente."

110. Sous réserve de la suppression de la référence au produit (voir par. 37), la Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 7 de l'annexe et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Disposition supplémentaire dans la section III

111. En réponse à la question de savoir comment prouver la date de la conclusion du contrat de cession, on a proposé un libellé tel que:

"La date de la conclusion d'un contrat de cession aux fins des articles 6 et 7 peut être prouvée par tout moyen."

Le texte proposé a bénéficié d'un large soutien au sein de la Commission. Après un débat, la Commission a approuvé la proposition quant au fond et l'a renvoyée au groupe de rédaction.

Section IV. Règles de priorité fondées sur la date de notification de la cession

Article 8. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

112. Le texte du projet d'article 8 de l'annexe tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"Entre des cessionnaires de la même créance du même cédant, la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée et son produit est déterminée par l'ordre dans lequel la notification de la cession est effectuée."

113. On a craint qu'un système de priorité fondé sur la notification ne soit pas aussi efficace qu'il le faudrait pour être recommandé aux États. En réponse, il a été souligné qu'un tel système existait déjà et fonctionnait correctement dans de nombreux pays. Il a en outre été déclaré que l'objet de l'annexe n'était pas de donner une appréciation des différents systèmes de priorité, mais de les présenter de manière équilibrée et générale.

114. Pour que la règle énoncée soit plus claire, on a proposé de compléter le projet d'article 8 de l'annexe par un libellé tel que:

"Toutefois, un cessionnaire qui a connaissance d'une cession antérieure à la date où la créance lui est cédée ne peut obtenir la priorité par rapport à cette cession antérieure."

Il a également été proposé, dans ce même but, de se référer à la date à laquelle la notification de la cession a été reçue par le débiteur et non à la date à laquelle la notification a été effectuée. Sous réserve de ces modifications et de la suppression de la référence au produit (voir par. 37), la Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 8 de l'annexe et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 9. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant*

115. Le texte du projet d'article 9 de l'annexe tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"Le droit d'un cessionnaire sur une créance cédée et son produit a la priorité sur le droit d'un administrateur de l'insolvabilité et de créanciers qui acquièrent un droit sur la créance cédée ou son produit par saisie, acte judiciaire ou acte analogue d'une autorité compétente créant ce droit, si la créance a été cédée et la notification a été effectuée avant le commencement de la procédure d'insolvabilité, la saisie, l'acte judiciaire ou un acte analogue d'une autorité compétente."

116. Sous réserve de la suppression de la référence au produit (voir par. 37), la Commission a approuvé le projet d'article 9 de l'annexe quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Titre et préambule

117. Le libellé du titre et du préambule du projet de convention tel qu'examiné par la Commission était le suivant:

"Projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international

Préambule

Les États contractants,

Réaffirmant leur conviction que le commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels constitue un élément important susceptible de promouvoir les relations amicales entre les États,

Considérant que les problèmes créés par les incertitudes quant à la teneur et au choix du régime juridique applicable 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:"

118. La Commission est convenue d'inclure dans le texte anglais l'article défini *"the"* avant le mot *"assignment"* dans le titre du projet de convention. Sous réserve de cette modification, elle a approuvé le titre et le préambule du projet de convention quant au fond et les a renvoyés au groupe de rédaction.

Chapitre premier. Champ d'application

Article premier. *Champ d'application*

119. 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, à la date 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 obligations du débiteur, à moins qu'à la date de la conclusion du contrat initial ce dernier ne soit situé dans un État contractant ou que la loi régissant le contrat initial 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 39.

5. L'annexe de la présente Convention s'applique comme il est prévu à l'article 42."

120. La Commission a approuvé le projet d'article premier quant au fond sans modification et l'a renvoyé au groupe de rédaction (pour une modification décidée ultérieurement, voir par. 196).

Article 2. *Cession de créances*

121. 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") 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."

122. La Commission a approuvé le projet d'article 2 quant au fond sans modification et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 3. *Internationalité*

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

"Une créance est internationale si, à la date de la conclusion du contrat initial, le cédant et le débiteur sont situés dans des États différents. Une cession est internationale si, à la date de la conclusion du contrat de cession, le cédant et le cessionnaire sont situés dans des États différents."

124. La Commission a approuvé le projet d'article 3 quant au fond sans modification et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 4. *Exclusions*

125. 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 effectuées:

a) À un particulier pour ses besoins personnels, familiaux ou domestiques;

b) Au moyen de la remise d'un effet de commerce, avec endossement, si nécessaire;

c) 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 attachées 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 de paiement interbancaire, 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 concurrent d'un cessionnaire de celle-ci; ou

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 énumérées dans une déclaration faite au titre de l'article 41 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 ou l'État dont la loi est celle qui régit le contrat initial.]"

Paragraphe 1

126. Il a été indiqué que le Groupe de travail avait laissé le soin à la Commission de déterminer si le transfert d'instruments négociables par remise sans endossement nécessaire ou par inscription dans les livres comptables devait être exclu ou soumis à une règle de priorité autre que celle du projet d'article 24. Pour régler cette question, il a été proposé de remplacer l'alinéa *b* du paragraphe 1 par un libellé tel que: "La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de quelque personne que ce soit découlant du droit cambiaire" (voir A/CN.9/491, par. 27 et 28).

127. Cette proposition a bénéficié d'un appui. On a déclaré qu'elle mettait l'accent à juste titre sur le transfert d'un instrument par négociation plutôt que sur le type d'instrument, ce qui correspondait au principe posé à l'alinéa *b* du paragraphe 1, tel qu'approuvé par la Commission à sa trente-troisième session, à savoir préserver les droits et obligations des parties qui obtenaient un droit par négociation, sans exclure la cession de la créance contractuelle sous-jacente, si une telle cession était autorisée par la loi applicable en dehors du projet de convention (voir A/CN.9/491, par. 28, et A/CN.9/489, par. 45).

128. Un certain nombre d'inquiétudes ont toutefois été exprimées. Ainsi, la signification du terme "droit cambiaire" n'était pas claire. Il a été proposé à cet égard de faire référence au "droit régissant les instruments négociables". Il a aussi été proposé d'expliquer dans le commentaire que le terme "instrument négociable" couvrait les lettres de change, les billets à ordre et les chèques. Par ailleurs, les mots "n'a pas d'incidences", dont le sens exact n'était pas suffisamment clair, semblaient modifier l'effet de l'alinéa *b* du paragraphe 1. On a indiqué, en réponse, que ces mots étaient employés dans un certain nombre de dispositions du projet de convention (par exemple, le paragraphe 3 *a* du projet d'article 4) et qu'ils visaient à garantir que le texte couvre un type particulier de cession sans avoir pour autant d'incidences sur les droits de certaines parties (par exemple les droits prioritaires) en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention.

129. Une autre inquiétude encore était que le libellé proposé ne tenait pas compte des droits et obligations d'une personne acquérant des droits sur un instrument par simple remise. Il a été proposé à cet égard de remplacer l'alinéa *b* du paragraphe 1 par un libellé tel que: "La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits d'un cessionnaire en possession d'un instrument en vertu de la loi de l'État dans lequel est situé ledit instrument." Le texte proposé a été accueilli avec intérêt, mais a également suscité plusieurs préoccupations. Tout d'abord, il étendait indûment le champ d'application de l'alinéa *b* du paragraphe 1 aux instruments qui étaient transférés autrement que par négociation. Ensuite, tout comme le texte proposé plus haut (voir par. 126), il modifiait l'effet de cet alinéa en ce qu'il n'excluait pas le transfert d'un instrument par négociation. Enfin, l'emploi du terme "cessionnaire en possession d'un instrument" risquait de créer une confusion, car il n'était pas censé désigner un cessionnaire tel que défini au paragraphe 1 du projet d'article 2.

130. Le Comité a indiqué qu'il souhaitait remplacer l'alinéa *b* du paragraphe 1 par un texte similaire à celui qui était mentionné au paragraphe 126. Toutefois, il a été rappelé que ce texte ne traiterait pas: des droits d'une personne en possession d'un instrument en vertu du droit autre que celui régissant les instruments négociables (par exemple le droit relatif au gage); des droits d'une personne sur un instrument qui n'était pas techniquement un instrument négociable mais était transféré par remise en vertu de la loi applicable; et des droits d'une personne sur un instrument électronique transférable par inscription dans les livres comptables ou par contrôle. En réponse, on a indiqué qu'il ne devait y avoir aucune exception pour les instruments autres que les instruments négociables et que, de fait, les conflits de priorité entre un cessionnaire et un créancier gagiste ou une autre personne en possession d'un instrument devraient être renvoyés à la loi du lieu où était situé le cédant. Dans le cas contraire, a-t-on dit, comme il était difficile d'établir une distinction claire entre les instruments négociables et les autres instruments, l'exception proposée risquait d'englober même des créances commerciales. Afin de concilier les divergences de vues quant à savoir si l'exception prévue à l'alinéa *b* du paragraphe 1 devrait viser les instruments susceptibles d'être transférés par un moyen similaire à la négociation, on a proposé d'ajouter au texte mentionné au paragraphe 126 un libellé tel que: "La même règle s'applique aux transferts effectués de la même manière que la négociation." Il a été indiqué que ce texte couvrirait les gages ou la remise d'un instrument non négociable, de même que le transfert d'un instrument électronique. Ce texte a reçu un certain soutien. On a toutefois déclaré qu'il créait une exception dans des cas qui n'en admettaient aucune.

131. À l'issue de ce débat, le Comité s'est de nouveau dit favorable au texte mentionné au paragraphe 126 ci-dessus et a indiqué qu'il souhaitait étudier la possibilité de le modifier en s'inspirant du texte proposé au paragraphe 129 ci-dessus. Les délégations se sont penchées sur un texte révisé libellé comme suit:

> "Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidences sur:
>
> *a)* Les droits d'une personne en possession d'un instrument négociable [ou susceptible d'être transféré de la même manière] en vertu des lois de l'État dans lequel cet instrument est situé; et
>
> *b)* Les obligations d'une partie à un instrument négociable [ou susceptible d'être transféré de la même manière]."

132. Il a été indiqué que cette disposition aurait pour effet de préserver les droits (par exemple les droits prioritaires) d'un émetteur ou du détenteur d'un instrument en vertu de la loi de l'État dans lequel était situé ledit instrument. Cette proposition a reçu un certain soutien mais a aussi suscité plusieurs inquiétudes. Tout d'abord, l'expression "ou susceptible d'être transféré de la même manière" pouvait involontairement créer une exception concernant des instruments pour lesquels aucune exception de ce type ne devait être établie (par exemple les documents attestant des baux financiers). Par ailleurs, la référence à la notion de "possession" pouvait englober même des droits ne découlant pas de l'instrument. En

réponse à ces préoccupations, plusieurs propositions ont été avancées, dont celles de se référer aux "instruments susceptibles d'être transférés par simple remise ou par remise et endossement" ou aux "instruments susceptibles d'être transférés par négociation".

133. Ces propositions ont toutefois elles aussi suscité des objections. De l'avis général, le texte mentionné au paragraphe 126 ci-dessus serait préférable, à condition de le modifier légèrement de la manière suivante: "La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et obligations d'une personne découlant du droit régissant les instruments négociables." On a indiqué que l'expression "droit régissant les instruments négociables" était plus large que "droit cambiaire" et engloberait le droit relatif à la remise en gage d'instruments négociables. Sous réserve de supprimer l'alinéa *b* du paragraphe 1 et d'insérer un nouveau paragraphe dans le projet d'article 4 similaire au texte mentionné ci-dessus, la Commission a approuvé le paragraphe 1 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

134. On a indiqué que les alinéas *a* et *b* excluaient à juste titre, notamment, les opérations en devises. Toutefois, on a craint que ces alinéas ne soient pas suffisants pour exclure toutes les opérations de ce type, car celles-ci pouvaient avoir lieu en dehors d'un marché boursier réglementé ou sans être régies par une convention de compensation globale. Il a été proposé à cet égard d'exclure expressément les opérations en devises du champ d'application du projet de convention. Cette proposition a reçu un large soutien.

135. S'agissant de l'alinéa *d*, plusieurs préoccupations ont été exprimées. Ainsi, la référence aux "valeurs mobilières" était trop restrictive, si bien que les questions de priorité concernant certaines catégories de titres risquaient de ne pas être soumises à l'approche du lieu de l'intermédiaire pertinent (PRIMA), autour de laquelle se dégageait un consensus, comme l'indiquait le texte élaboré par la Conférence de La Haye de droit international privé. Il a été déclaré qu'il pouvait ainsi perturber les marchés des valeurs mobilières et créer des chevauchements avec le texte actuellement élaboré par la Conférence de La Haye. Pour apaiser ces craintes, les experts de la Conférence de La Haye ont proposé de centrer l'exclusion sur la détention indirecte. Dans le même ordre d'idées, il a été proposé d'étendre l'exclusion aux "valeurs mobilières ou autres actifs ou instruments financiers" dans la mesure où ils étaient détenus par un intermédiaire. Cette proposition a bénéficié d'un appui suffisant au sein de la Commission. Des membres de la Commission ont en outre appuyé la proposition visant à compléter la référence aux "systèmes de règlement" en ajoutant à l'alinéa *d* une référence aux "systèmes de compensation".

136. Il a été convenu par ailleurs qu'une référence aux "valeurs mobilières et autres actifs ou instruments financiers détenus par un intermédiaire" devrait également être ajoutée à l'alinéa *f*. Il a été convenu en outre d'exclure au même alinéa les transferts de sûretés sur des valeurs mobilières. Sous réserve de ces modifications (voir par. 134 à 136), la Commission a approuvé le paragraphe 2 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 3

137. Un certain nombre de craintes ont été exprimées concernant l'alinéa *a*. Il a été déclaré en particulier que cet alinéa ne réglait pas un point qui soulevait de gros problèmes dans certains pays, soit la question de savoir si les paiements au titre de loyers constituaient des biens meubles ou immeubles. En réponse à cette crainte, il a été proposé de remplacer l'alinéa *a* par un libellé tel que: "La Convention ne s'applique pas à la cession de créances portant sur un immeuble situé dans un État dans lequel un droit de propriété sur un immeuble confère un droit sur une telle créance." À l'encontre de cette proposition, on a fait valoir qu'étant donné que dans la plupart des pays un droit sur un immeuble conférait un droit sur ses "fruits" on en arriverait à exclure toutes les créances relatives à des immeubles, ce qui entraînerait une modification sensible du principe sur lequel reposait le paragraphe 3. On a fait observer, en réponse, que la proposition ne visait pas à modifier l'objectif du paragraphe 3, qui était d'éviter de perturber les marchés immobiliers. Il a été reconnu, toutefois, que le problème relevé se posait uniquement dans certains pays et que ces derniers pouvaient recourir au mécanisme de déclaration pour énoncer une exclusion, mécanisme qui devrait être maintenu.

138. On a aussi exprimé la crainte que, dans sa formulation actuelle, le paragraphe 3 ne soit pas suffisamment clair ou soulève même des problèmes d'interprétation. Il a donc été proposé de le remplacer par un libellé tel que: "Lorsque la cession d'une créance s'opère de manière à conférer à un cessionnaire un droit sur un immeuble, aucune disposition de la présente Convention ne l'emportera ou ne prévaudra sur l'application à ce droit de la législation nationale de l'État dans lequel est situé l'immeuble." À l'encontre de cette proposition, on a déclaré que l'élément qui déclenchait l'application de l'alinéa *a* se trouvait inversé. On a également fait observer que l'on discernait mal quelle loi s'appliquerait à un conflit de priorité entre un cessionnaire et le détenteur d'un droit sur un immeuble s'étendant aux créances nées de la vente ou de la location de cet immeuble. S'agissant de la forme, il a été proposé de remplacer le terme *"real estate"* par le terme *"real property"* ou *"land"* dans le texte anglais, étant entendu que cette notion devait couvrir à la fois les terrains et tout bâtiment s'y trouvant. Il a aussi été proposé de faire référence à l'alinéa *b* à l'efficacité juridique plutôt qu'à la légalité.

139. Dans un dernier effort visant à préciser le sens du paragraphe 3, tout en apaisant les craintes exprimées au sujet de la nouvelle formulation proposée, on a suggéré un libellé tel que:

"Aucune disposition de la présente Convention:

a) N'a d'incidences sur l'application de la loi d'un État où est situé l'immeuble:

i) À un droit sur cet immeuble dans la mesure où en vertu de cette loi la cession d'une créance confère un tel droit; ou

ii) À la détermination de la priorité d'un droit sur une créance dans la mesure où en vertu de cette loi un droit sur l'immeuble confère un tel droit; ou

b) Ne rend licite l'acquisition d'un droit sur un immeuble qui n'est pas autorisée en vertu de la loi de l'État dans lequel est situé l'immeuble."

140. Cette proposition a été largement appuyée au sein de la Commission. Il a été déclaré que le texte proposé allait dans le sens de la ligne générale du paragraphe 3 qui visait à éviter d'exclure du champ d'application du projet de convention la cession de créances relatives à des immeubles tout en préservant certains droits. En vertu de l'alinéa *a*, la priorité pour les loyers ou les hypothèques serait soumise à la loi de l'État dans lequel était situé l'immeuble, alors qu'en vertu de l'alinéa *b* le projet de convention ne prévaudrait pas sur les interdictions légales concernant l'acquisition de droits sur des immeubles. Après un débat, la Commission a approuvé le texte proposé, à la place de l'actuel paragraphe 3, et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Il a été par ailleurs convenu d'utiliser le terme *"land"* ou *"real property"* dans le texte anglais à condition qu'il couvre à la fois les terrains et tout bâtiment qui s'y trouvait, question qui pourrait être utilement clarifiée dans le commentaire.

Paragraphe 4 et projet d'article 41

141. Rappelant son débat antérieur sur le projet d'article 41 (voir par. 79 à 83), la Commission s'est concentrée sur les pratiques qu'il pourrait être nécessaire d'exclure expressément par déclaration; à cet égard, plusieurs pratiques ont été mentionnées, notamment celles qui avaient trait aux marchés financiers, aux systèmes de règlement entre des entités autres que des établissements financiers, aux créances relatives aux immeubles et aux créances sous forme d'instruments électroniques. Les arguments mentionnés ci-dessus (voir par. 81 et 82) tant en faveur qu'à l'encontre du projet d'article 41 et du paragraphe 4 du projet d'article 4 ont été réitérés, mais il a été considéré que ces dispositions pouvaient être conservées si elles prévoyaient des exclusions spécifiques et limitées.

142. Il a été proposé de remplacer le texte du projet d'article 41 par un libellé tel que:

"Un État peut déclarer à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention aux types de cessions ci-après:

a) Cessions de créances découlant de transactions effectuées sur les marchés des valeurs mobilières ou les marchés financiers, auquel cas la présente Convention ne s'applique pas aux cessions de ces créances si le cédant est situé dans cet État;

b) Cessions de créances découlant de systèmes de paiement ou de compensation et de règlement, auquel cas la présente Convention ne s'applique pas aux cessions de ces créances si les droits des participants à de tels systèmes sont régis par la loi de cet État;

c) Cessions de créances découlant de l'utilisation ou de l'occupation de bâtiments ou de terrains situés dans cet État, auquel cas la Convention ne s'applique pas aux cessions de ces créances si les terrains ou les bâtiments sont situés dans cet État; et

d) Cessions de créances constatées par un écrit transféré par inscription sur les livres comptables, contrôle des enregistrements électroniques [ou remise], auquel cas la présente Convention ne s'applique pas aux cessions de ces créances si: i) dans le cas d'une créance transférée par inscription sur les livres comptables le débiteur est situé dans cet État; ii) dans le cas d'une créance transférée par contrôle d'un enregistrement électronique la personne qui exerce le contrôle est située dans cet État; [ou iii) dans le cas d'un écrit transféré par remise l'écrit est situé dans cet État]."

143. Il a été déclaré qu'étant donné la décision de la Commission de modifier le paragraphe 3 (voir par. 140) l'alinéa *c* du libellé proposé ne serait plus nécessaire. La Commission a loué l'effort fait pour rédiger la proposition. Toutefois, un certain nombre d'inquiétudes ont été exprimées. L'une d'entre elles était que les exclusions étaient formulées de manière si générale que l'on pourrait, sans le vouloir, en venir à exclure l'objet même du projet de convention, à savoir la cession de créances commerciales. On risquerait, ce faisant, de réduire l'impact de cet instrument et de le transformer pratiquement en loi type dont le champ d'application pourrait varier suivant les États. On a également fait observer que l'alinéa *d*, en particulier, pourrait avoir pour effet non intentionnel d'exclure l'affacturage de créances commerciales prouvées par des enregistrements électroniques. Par ailleurs, la référence, à l'alinéa *a*, aux "marchés financiers" pourrait avoir le même effet, puisque cette expression engloberait tous les marchés publics sur lesquels des capitaux étaient mobilisés (y compris la titrisation des créances commerciales). D'autre part, le texte proposé pourrait être assimilé à tort à une recommandation visant à exclure toutes les pratiques énumérées, résultat qui pourrait compromettre l'efficacité du projet de convention. Enfin, le texte proposé limitait indûment la capacité des États d'exclure d'autres pratiques et n'était pas équilibré en ce sens qu'il n'autorisait pas les États à inclure également d'autres pratiques dans le champ d'application du projet de convention. En réponse, il a été déclaré que selon le point de vue qui prévalait dans le débat, il fallait des exclusions spécifiques et la même règle de spécificité devait s'appliquer à toutes inclusions possibles pouvant être prises en considération si une proposition était formulée.

144. Vu les difficultés qu'engendrait le texte proposé, il a été suggéré de supprimer le projet d'article 41, étant entendu que le mécanisme de révision suffirait pour faire face au problème des changements futurs. Toutefois, il a été déclaré que si l'on conservait le paragraphe 1, il faudrait y faire référence à des exclusions "spécifiques", "clairement décrites" dans une déclaration, et inclure un nouveau paragraphe 3 pour veiller à ce que les cessions 'de créances commerciales ne puissent faire l'objet d'une telle déclaration. Cette proposition a été appuyée. Une autre proposition tendant à soumettre la déclaration à une consultation préalable avec tous les États signataires et contractants n'a pas été soutenue, car on a estimé qu'elle limiterait indûment la possibilité pour un État de faire une déclaration. Il a été convenu cependant qu'il faudrait mentionner dans le commentaire la possibilité de consul-

tations avec les États ou le secrétariat. Parallèlement, la nouvelle formulation proposée pour le projet d'article 41 a suscité un certain nombre d'objections. On a ainsi avancé que le texte proposé ne tenait pas compte du fait que, si un État ne souhaitait pas appliquer le projet de convention aux créances commerciales, il lui suffisait de ne pas l'adopter. On a aussi fait valoir que le texte en question ne tenait pas compte des inquiétudes exprimées concernant certaines pratiques relatives aux créances commerciales qu'il serait peut-être nécessaire d'exclure à l'avenir (par exemple les créances sur des enregistrements électroniques). Pour régler ce point, il a été proposé de prévoir dans le projet d'article 41 un nouveau paragraphe 4 libellé comme suit:

"À la suite de consultations avec tous les États signataires et contractants, un État peut déclarer à tout moment que la présente Convention n'aura pas d'incidences sur les droits d'un bénéficiaire de créances prouvées par écrit dont les droits découlent du transfert à son profit de l'écrit par inscription dans les livres comptables, contrôle des enregistrements électroniques ou remise et dont les droits, en vertu de la loi de l'État dans lequel l'écrit est situé ou dans lequel l'inscription dans les livres comptables ou le contrôle a lieu, sont supérieurs à ceux d'une personne qui n'est pas bénéficiaire de l'écrit par inscription dans les livres comptables, contrôle des enregistrements électroniques ou remise. La déclaration décrit la nature de l'écrit et les types de cession ou les catégories de créances prouvées par l'écrit et les cas dans lesquels la présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits du bénéficiaire."

145. La Commission a remercié les auteurs de la proposition, mais il a été largement estimé que celle-ci ne permettait pas d'apaiser la principale crainte concernant la proposition précédente (voir par. 142 et 143), à savoir qu'elle était trop générale. Il a été déclaré que le nouveau texte proposé compliquait davantage la disposition et soulevait de nouvelles inquiétudes. L'une d'entre elles était qu'en vertu du texte proposé il ne suffirait pas qu'une partie vérifie la loi de l'État du lieu de situation du cédant pour déterminer si une déclaration avait été faite. Les parties risquaient d'être confrontées à une déclaration faite par un État dans lequel était situé un instrument dont elles ne connaissaient même pas l'existence. En outre, il serait difficile de déterminer si une déclaration était contraignante pour tous les États ou uniquement pour l'État dans lequel naissait un litige, à condition que ce dernier ait fait une déclaration et que l'instrument objet du litige soit situé dans cet État. Il a été répondu qu'il serait regrettable de laisser passer l'occasion de traiter des transferts par inscription dans des livres comptables ou contrôle des enregistrements électroniques et remise d'instruments papier. On a fait observer aussi que la pratique trouverait des solutions pour les conservateurs dans l'État du cédant et pour d'autres mesures, mais celles-ci majoreraient le coût de certaines opérations financières.

146. Après un débat, la Commission a, sous réserve des modifications mentionnées au début du paragraphe 144 ci-dessus, approuvé le projet d'article 41 quant au fond et l'a renvoyé, ainsi que le paragraphe 4 du projet d'article 4, au groupe de rédaction. Rappelant sa décision de reporter le débat sur le projet d'article 47 lorsqu'elle aura examiné le paragraphe 4 du projet d'article 41 et le projet d'article 4 (voir par. 95), la Commission a approuvé le projet d'article 47 quant au fond sans modification et l'a renvoyé au groupe de rédaction (pour l'examen d'un nouveau paragraphe concernant les questions de protection des consommateurs, qui serait inséré dans le projet d'article 4, voir par. 185 et 186).

Article 5. *Définitions et règles d'interprétation*

147. Le texte du projet d'article 5 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 qui naît avant ou à la date de la conclusion du contrat de cession et 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 qu'elle 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 nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation des actifs 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 actifs 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; ou

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

m) Le terme "réclamant concurrent" désigne:

i) Un autre cessionnaire de la même créance provenant du même cédant, y compris un créancier qui, de par l'effet de la loi, se prévaut d'un droit sur la créance cédée en raison de son droit sur un autre bien du cédant, même si ladite créance n'est pas une créance internationale et si la cession au cessionnaire n'est pas une cession internationale;

ii) Un créancier du cédant; ou

iii) L'administrateur de l'insolvabilité."

Alinéa g *("Priorité")*

148. Rappelant son précédent débat sur la définition du terme "priorité" (voir par. 37), la Commission a examiné une nouvelle version de l'alinéa *g* libellée comme suit:

"g) Le terme "priorité" désigne la préférence donnée au droit d'une personne sur le droit d'un réclamant concurrent et détermine, pour autant qu'il y ait lieu à cette fin, s'il s'agit ou non d'un droit réel et s'il a ou non été créé à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation."

149. Il a été noté qu'un nouveau paragraphe avait été ajouté au projet d'article 26 afin que le projet de convention soit sans incidence sur la priorité des droits de personnes autres que celles qui étaient visées par la définition du terme "réclamant concurrent". On a donc estimé que, pour que cette disposition fonctionne, l'alinéa *g* devait faire référence à "un réclamant concurrent *ou une autre personne*" (pour une modification du projet d'article 5 *h* décidée ultérieurement, voir par. 162).

Alinéa h *("Lieu de situation")*

150. Il a été admis que la définition du "lieu de situation" à l'alinéa *h* fonctionnerait bien dans la grande majorité des cas. Selon un avis, toutefois, elle risquait de ne pas convenir pour les banques et d'autres établissements financiers, du moins dans la mesure où elle renverrait les questions de priorité concernant les opérations d'une succursale d'une banque étrangère dans un État à la loi du lieu où s'exerce l'administration centrale de la banque dans un autre État. Il a été indiqué en particulier que ce résultat posait problème dans le cas des opérations de financement dans lesquelles des banques centrales octroyaient un financement à des succursales de banques étrangères en prenant une garantie sur les créances de ces succursales, ainsi que dans des opérations où des banques commerciales achetaient des prêts à des succursales de banques étrangères. Pour résoudre ce problème, il a été proposé de traiter les succursales de banques et, éventuellement, d'autres établissements financiers comme des entités juridiques indépendantes. Bien que l'on ait exprimé la crainte qu'une telle règle ne réduise la certitude apportée par l'alinéa *h* et ne porte atteinte à des pratiques autres que celles qu'elle était censée viser, la Commission a fait part de son intention d'essayer d'élaborer une règle pour résoudre le problème mis en évidence ci-dessus. Il a été proposé d'ajouter à la fin de l'alinéa *h* un libellé tel que: "Si le cédant ou le cessionnaire exerce une activité bancaire en accordant des prêts et en acceptant des dépôts, une succursale de ce cessionnaire ou de ce cédant est une personne distincte."

151. Cette proposition a reçu un certain soutien. Il a été rappelé que le paragraphe 3 de l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux contenait une règle similaire. Il a été indiqué que, si les succursales étaient considérées comme des entités juridiques distinctes, les questions de priorité concernant leurs opérations seraient soumises à la loi ayant la relation la plus étroite avec l'opération de cession. On a également souligné qu'une telle règle serait appropriée en ce qu'elle permettrait de renvoyer les questions de priorité à l'État dans lequel la succursale d'une banque était réputée située à des fins de réglementation et de fiscalité.

152. Plusieurs propositions ont été avancées pour améliorer la règle en question. L'une d'elles était d'en étendre le champ d'application à d'autres établissements financiers, voire à d'autres entités commerciales organisées en succursales. Des objections ont été émises à l'encontre de cette proposition au motif qu'elle risquait indûment d'élargir le champ d'application de la règle et de réduire la certitude offerte par l'alinéa *h*. Selon une autre proposition, la nouvelle règle devait s'appliquer exclusivement aux cas dans lesquels l'activité bancaire avait été autorisée. Cette proposition a également rencontré des objections, car le fait de se référer uniquement à l'autorisation pour que la règle proposée ait effet conduirait involontairement à appliquer celle-ci à des situations où aucune activité bancaire véritable n'avait lieu. De plus, on ignorait si l'autorisation concernerait le siège social ou la succursale (point qui, selon un avis, n'était pas clair même en ce qui concernait l'activité bancaire en soi). Une autre proposition encore était de ne pas se référer à l'octroi de

prêts et à l'acceptation de dépôts, car certaines banques pouvaient ne pas être autorisées à exercer ces deux activités à la fois. Cette proposition a reçu un certain soutien. On a craint toutefois qu'elle ne conduise à appliquer la règle à des entités qui n'étaient pas des banques. Selon une autre proposition, il fallait limiter l'application de cette règle aux questions de priorité. Cette proposition n'a pas reçu d'écho favorable. Enfin, il a été proposé de supprimer la référence au "cessionnaire", car le lieu de situation de ce dernier n'avait d'importance ni pour l'applicabilité du projet de convention ni pour les questions de priorité. Les délégations ont également désapprouvé cette proposition au motif que le lieu de situation du cessionnaire était important pour l'internationalité d'une opération et, partant, pour l'application du projet de convention.

153. Hormis les préoccupations exprimées à propos du libellé de la règle proposée, un certain nombre d'objections fondamentales ont été soulevées. Il a été indiqué que la règle de l'administration centrale énoncée à l'alinéa *h* convenait dans la grande majorité des cas et ne devait pas être compromise par des exceptions. On a en outre souligné que les questions de priorité devaient relever non pas de la loi de l'État où la succursale d'une banque était soumise à une réglementation ou à une fiscalité, mais de la loi de l'État dans lequel la banque serait liquidée, à savoir le lieu de son administration centrale. Par ailleurs, on a fait observer que le fait de traiter des succursales bancaires comme des entités distinctes créerait une distinction artificielle susceptible de semer la confusion dans la pratique. En particulier dans les pays exigeant l'inscription au lieu de l'administration centrale, une telle règle pourrait susciter des incertitudes quant à la manière d'obtenir la priorité, voire créer une obligation de double inscription. En outre, cette règle pouvait involontairement s'appliquer à des entités autres que celles qui étaient visées, car il n'existait pas de définition uniforme du mot "banque". À cet égard, on a fait remarquer que la définition de "banque" dans la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux ne pouvait pas être utilisée, car elle s'articulait autour du sujet de cette loi, à savoir les ordres de paiement.

Alinéa k *("Contrat financier")*

154. Selon un avis, les arrangements de garantie et de crédit faisaient partie des contrats financiers et devaient donc être exclus également. Il a été indiqué que ces arrangements relevaient des mêmes conventions-cadres standard qui régissaient les contrats financiers. On a également fait observer que l'exclusion de ces arrangements du projet de convention aurait pour effet d'accroître la certitude et la prévisibilité en ce qui concernait les dispositions de compensation prévues dans les accords standard du marché auxquels étaient soumis ces mécanismes importants de gestion des risques. Il a été signalé, toutefois, qu'à sa trente-troisième session la Commission était convenue de supprimer la mention des mécanismes de garantie et de crédit dans la définition du terme "contrat financier" qui lui avait été présentée, au motif que ces arrangements n'entraient pas dans cette définition et, plus important encore, qu'une telle approche pouvait avoir involontairement pour effet d'exclure une cession de créances effec-tuée à titre de garantie pour un prêt bancaire[5]. La Commission a confirmé cette décision. Il a été largement estimé que cette exclusion risquait d'accroître excessivement le nombre de pratiques exclues. On a indiqué qu'il serait particulièrement inopportun d'exclure la cession de créances qui garantissaient des droits nés à la fois de contrats financiers et non financiers.

Alinéa l *("Compensation globale")*

155. Selon un avis, il fallait indiquer clairement que la définition du terme "convention de compensation globale" visait à la fois la compensation bilatérale et la compensation multilatérale. On a proposé d'insérer après le mot "convention" un libellé tel que: "entre deux parties ou plus". Cette proposition a reçu un large soutien au sein de la Commission.

156. Sous réserve des modifications indiquées plus haut (voir par. 149 et 154), la Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 5 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 6. *Autonomie des parties*

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

> "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."

158. La Commission a approuvé le projet d'article 6 quant au fond sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 7. *Principes d'interprétation*

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

> "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."

160. La Commission a approuvé le projet d'article 7 quant au fond sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

[5]Ibid., par. 50 et 74.

Chapitre III. Effets de la cession

Article 8. *Forme de la cession*

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

"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."

162. On a craint que le projet d'article 8 ne renvoie involontairement les questions de priorité (par exemple la notification en tant que condition pour obtenir la priorité) à une loi autre que celle du lieu de situation du cédant. En réponse à cette préoccupation, plusieurs propositions ont été avancées. L'une d'elles était de remplacer l'article 10 par une disposition qui n'exigerait aucune forme particulière pour que la cession ait effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur, ce à quoi on a objecté que cette proposition validerait des cessions actuellement non valables en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention. Une autre proposition était de se référer, dans le projet d'article 8, uniquement à la loi du lieu où était situé le cédant. Cette proposition a également rencontré des objections, car elle risquait d'être contraire à la doctrine généralement acceptable en matière de droit international privé quant à la loi applicable à la forme du contrat de cession. Une autre proposition encore était de modifier la définition du terme "priorité" en y indiquant des mesures à prendre pour obtenir la priorité (voir A/CN.9/491, par. 18). Cette proposition a reçu un large soutien. De l'avis général, dans la mesure où il fallait satisfaire à des conditions de forme quelconques pour obtenir la priorité, ces conditions devaient relever de la loi régissant la priorité en vertu du projet d'article 24, en d'autres termes la loi du lieu de situation du cédant. Sous réserve de modifier la définition du terme "priorité" à l'alinéa *g* du projet d'article 5 afin de régler cette question, la Commission a décidé de supprimer le projet d'article 8 (pour le débat consacré à l'alinéa *g* du projet d'article 5, voir par. 37 et 149).

Nouvelle disposition sur la forme au chapitre V

163. La Commission a rappelé sa précédente décision d'examiner, dans le cadre de son débat sur le projet d'article 8, la possibilité d'insérer une nouvelle disposition sur la forme dans le chapitre V (voir par. 51 ci-dessus). Elle a examiné ce point en se fondant sur une disposition similaire à l'article 11 de la Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (1986), libellée comme suit:

"1. Un contrat de cession conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même État est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions soit de la loi qui le régit, soit de la loi de l'État dans lequel il a été conclu.

2. Un contrat de cession conclu entre des personnes qui se trouvent dans des États différents est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions soit de la loi qui le régit, soit de la loi de l'un de ces États."

164. À l'issue du débat, la Commission a approuvé quant au fond le texte proposé sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

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

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

"1. La cession d'une ou plusieurs créances, existantes ou futures, en totalité ou par fractions, ou de tout droit indivis sur lesdites créances a effet 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 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'un réclamant concurrent, et le droit d'un cessionnaire ne peut être privé de la priorité par rapport au droit de ce réclamant, 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."

166. Il a été constaté que, dans son libellé actuel, le paragraphe 1 pouvait aboutir par inadvertance à la validation de la cession de toute créance future, y compris des pensions et salaires, même si la cession de telles créances était interdite par la loi. Pour parer à une telle éventualité, qui serait contraire au paragraphe 3, il a été suggéré de modifier le paragraphe 1 en s'inspirant de la formulation ci-après: "La cession d'une ou plusieurs créances, existantes ou futures, en totalité ou par fractions, ou de tout droit indivis sur lesdites créances n'est pas dépourvue d'effet ...". Cette suggestion a été largement soutenue étant entendu que, sous réserve de cette modification, tous les éléments du paragraphe 1 figureraient dans la nouvelle version de ce même paragraphe.

167. On a exprimé la crainte que l'expression "droit indivis" ne soit pas suffisamment claire. Il a été déclaré que, suivant la façon dont cette notion était interprétée dans les différents systèmes juridiques, le cessionnaire pouvait réclamer au débiteur la totalité ou un pourcentage du montant de la créance. On a également constaté que le projet de convention ne précisait pas comment un conflit

entre les cessionnaires de droits indivis serait réglé. En outre, on a estimé qu'il faudrait faire aussi une distinction, dans le projet d'article 12, entre la cession d'une créance et la cession d'un droit indivis sur une créance, car, dans ce dernier cas, il se pouvait que le cessionnaire n'ait pas le droit de se prévaloir de sûretés garantissant le paiement du droit indivis cédé. Pour tenir compte de cette observation, il a été suggéré que la notion de "droit indivis" soit définie dans le projet de convention. Cette suggestion n'a pas reçu un appui suffisant. De l'avis général, il était suffisamment clair qu'en cas de cession d'un droit indivis sur une créance, chaque cessionnaire pouvait faire valoir son droit auprès du débiteur et qu'un paiement au profit de tout cessionnaire d'un droit indivis libérerait le débiteur.

168. Sous réserve de la modification susmentionnée (voir par. 166), la Commission a approuvé le projet d'article 9 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 10. *Date de la cession*

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

"Sans préjudice du droit d'un réclamant concurrent, 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."

170. Il a été noté que les premiers mots du projet d'article 10 ôtaient toute signification à celui-ci (s'agissant de déterminer la date de la cession aux fins d'établir une priorité). Compte tenu de cette observation, la Commission est convenue de supprimer le projet d'article 10.

Article 11. *Limitations contractuelles de la cession*

171. 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, 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."

172. Il a été rappelé que l'idée générale qui sous-tendait le paragraphe 3 était que la cession de créances nées de services financiers qui n'étaient pas exclues du champ d'application du projet de convention dans son ensemble serait exclue du champ d'application du projet d'article 11. Pour que cette idée apparaisse plus clairement, plusieurs propositions ont été avancées, consistant notamment à employer pour le paragraphe 3 des formulations telles que: "L'article 11 ne s'applique pas aux cessions de créances nées de contrats de services financiers"; ou "L'article 11 ne s'applique pas aux cessions de créances nées de conventions de prêt ou de polices d'assurance"; ou encore "L'article 11 ne s'applique pas à la cession d'une créance unique existante". Aucune de ces propositions n'a été soutenue au sein de la Commission.

173. On a exprimé la crainte que le mot *"goods"* employé dans la version anglaise ("biens meubles corporels" dans la version française), qui figurait entre crochets à l'alinéa *a* du paragraphe 3, ne soit trop restrictif et ne risque d'exclure les actifs incorporels. Il a été également indiqué que l'alinéa *b* du paragraphe 3 n'était peut-être pas suffisamment général pour englober tous les actifs incorporels et, en particulier, la clientèle, le nom commercial et les secrets de fabrique. En réponse à cette préoccupation, il a été suggéré d'ajouter, à la fin de l'alinéa *b* du paragraphe 3, une formulation telle que: "ou autres actifs incorporels". On a fait valoir à l'encontre de cette suggestion qu'elle risquait involontairement d'avoir pour effet d'inclure dans l'article 11 la cession de créances telles que des polices d'assurance ou des prêts. Cependant, on a estimé dans l'ensemble que des actifs tels que la clientèle, le nom commercial et des informations protégées ayant une valeur commerciale étaient visés par l'alinéa *b* du paragraphe 3. Sous réserve de supprimer les crochets placés autour du terme "biens meubles corporels", la Commission a approuvé le projet d'article 11 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 12. *Transfert de sûretés*

174. 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. 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 dépossession au titre du paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les obligations du cédant envers le débiteur ou la personne ayant constitué 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."

175. On a craint que le paragraphe 1 n'ait des incidences sur des types particuliers d'hypothèques qui n'étaient pas transférables en vertu de la loi les régissant. Il a été estimé que le paragraphe 3 du projet d'article 9 risquait de ne pas être suffisant pour préserver des limitations légales de ce type, vu qu'il se référait aux limitations légales concernant les transferts de créances et non les transferts de sûretés garantissant des créances. En réponse à ces préoccupations, il a été suggéré d'ajouter, à la fin du paragraphe 1, une formulation telle que: "si une telle sûreté est transférable en vertu de la loi qui la régit". Cette suggestion n'a pas été appuyée (voir, toutefois, le nouveau paragraphe 3 du projet d'article 4, par. 139 et 140). Sous réserve de supprimer les crochets placés autour du terme "biens meubles corporels" à l'alinéa *a* du paragraphe 4, la Commission a approuvé le projet d'article 12 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre IV. Droits, obligations et exceptions

Section I. Cédant et cessionnaire

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

176. 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 de cession ou à la cession de cette catégorie particulière de créances."

177. la Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 13 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 14. *Garanties dues par le cédant*

178. 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, à la date 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."

179. La Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 14 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

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

180. 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 une notification de la cession ainsi que des instructions de paiement, mais, une fois la no-

tification envoyée, il appartient au seul cessionnaire d'envoyer ces instructions.

2. Une notification de la cession ou des instructions de paiement envoyées en violation d'une convention visée au paragraphe 1 du présent article ne sont pas invalidées 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."

181. La Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 15 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 16. *Droit du cessionnaire à recevoir paiement*

182. 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 la 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."

183. la Commission a approuvé quant au fond le projet d'article 16 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Section II. Débiteur

Article 17. *Principe de protection du débiteur*

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

"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."

185. La Commission a examiné plusieurs propositions visant à insérer dans le projet d'article 17 un nouveau paragraphe concernant la protection des consommateurs, notamment un libellé tel que: "La présente Convention ne prévaut pas sur la loi régissant la protection des parties aux opérations effectuées pour des besoins personnels, familiaux ou domestiques" (voir A/CN.9/491, par. 40); ou "La présente Convention n'autorise pas un débiteur agissant en qualité de consommateur à conclure un contrat initial ou à le modifier si ce n'est que de la façon autorisée par la loi du lieu de situation du débiteur"; ou "Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidences sur les droits et obligations du cédant et du débiteur prévus par les lois [particulières] régissant la protection des [parties aux] [personnes qui sont parties aux] opérations effectuées à des fins personnelles, familiales ou domestiques".

186. Des doutes ont été exprimés quant à la nécessité d'une telle règle, mais la Commission est convenue que le principe selon lequel le projet de convention n'était pas censé avoir d'incidences sur les droits et obligations découlant d'une loi sur la protection des consommateurs devrait être pris en compte dans le texte envisagé. En outre, on a estimé dans l'ensemble que cette question débordait le cadre de la protection des débiteurs et devait être traitée dans les projets d'articles 4 ou 6. S'agissant du libellé, il a été proposé de faire référence à la résidence habituelle d'un consommateur. Il a été noté, toutefois, que l'alinéa *h* du projet d'article 5 pouvait à cet égard être suffisant. Étant entendu que la question de la protection des consommateurs serait abordée dans le projet d'article 4, la Commission a approuvé le projet d'article 17 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Elle a également estimé que la référence dans les projets d'articles 21 et 23 à la protection des consommateurs n'était plus nécessaire et pouvait être supprimée.

Article 37. *Loi applicable dans les unités territoriales*

187. Rappelant sa décision d'examiner ultérieurement le projet d'article 37 (voir par. 69), la Commission a repris son débat en se fondant sur une nouvelle proposition libellée comme suit:

"*Article 36*

Application aux unités territoriales

...

3 *bis*. 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 la loi régissant le contrat initial est la loi en vigueur dans une unité territoriale à laquelle la Convention ne s'applique pas, la loi régissant le contrat initial est considérée comme n'étant pas la loi d'un État contractant.

Article 37

Lieu de situation dans le cas d'unités territoriales

Si une personne est située dans un État qui comprend deux unités territoriales ou plus, cette personne est située dans l'unité territoriale dans laquelle elle a son établissement. Si le cédant ou le cessionnaire a des établissements dans plus d'une unité territoriale, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. Si le débiteur a des établissements dans plus d'une unité territoriale, 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. Un État qui comprend deux unités territoriales ou plus peut spécifier par une déclaration faite à tout moment d'autres règles déterminant où est située une personne dans cet État.

Article 37 bis

Loi applicable dans les unités territoriales

Toute référence dans la présente Convention à la loi d'un État, dans le cas d'un État qui comprend deux unités territoriales ou plus, est considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale. Ledit État peut spécifier par une déclaration faite à tout moment d'autres règles déterminant la loi applicable, y compris les règles qui rendent applicable la loi d'une autre unité territoriale de cet État."

188. Il a été indiqué que les dispositions proposées étaient nécessaires pour assurer une application transparente et cohérente du projet de convention dans le cas d'un État comprenant deux unités territoriales ou plus. On a expliqué que le paragraphe 3 *bis* proposé pour le projet d'article 36, qui était calqué sur le libellé du paragraphe 3, traitait de l'application du projet de convention dans le cas d'une déclaration faite conformément au projet d'article 36. Le nouveau projet d'article 37, inspiré de la définition du lieu de situation à l'alinéa *h* du projet d'article 5 ainsi que du libellé de l'ancien projet d'article 37, visait à déterminer le lieu de situation d'une personne dans un État comprenant deux unités territoriales ou plus. Le nouveau projet d'article 37 *bis* avait pour objet de définir la notion de loi dans le cas d'un État comprenant deux unités territoriales ou plus.

189. Bien que les dispositions proposées aient reçu un accueil favorable, un certain nombre de questions ont été soulevées. On s'est d'abord demandé si la référence aux unités territoriales était suffisante pour englober des unités dotées de systèmes de droit différents. En réponse, on a indiqué qu'il ne fallait pas ajouter de référence aux systèmes de droit différents, car les dispositions proposées devaient être appliquées à des entités territoriales ayant le même système de droit. Il a été noté toutefois que, si la référence à des unités territoriales dotées de systèmes de droit différents au paragraphe 1 du projet d'article 36 s'appliquait également aux dispositions proposées, elle devait être interprétée dans un sens large et désigner la législation uniforme adoptée dans plusieurs unités territoriales en tant qu'ensemble distinct de lois par une autorité législative ou autre dans chaque unité territoriale. On s'est par ailleurs demandé si un État pouvait spécifier que la succursale d'une entité, telle qu'une banque, dans une unité territoriale devait être traitée comme une entité distincte. En réponse, on a fait observer que, conformément à la règle énoncée dans la dernière phrase du nouveau projet d'article 37, un État avait le droit de spécifier dans une déclaration les règles qu'il souhaitait appliquer concernant le lieu de situation des personnes se trouvant dans ses unités territoriales. À l'issue du débat, la Commission a approuvé quant au fond les projets d'articles 36-3 *bis*, 37 et 37 *bis* et les a renvoyés au groupe de rédaction.

Article 38. *Conflits avec d'autres accords internationaux*

190. Rappelant sa décision d'approuver le projet d'article 38 étant entendu qu'il faudrait peut-être revoir la relation entre le projet de convention et le projet de convention d'Unidroit (voir par. 74), la Commission a examiné plusieurs propositions tendant à modifier ce projet d'article pour régler cette question. Un des textes proposés était libellé comme suit:

"Variante A

La présente Convention ne s'applique pas à la cession de créances à titre de garantie pour le financement de matériels d'équipement mobiles dans la mesure où ces cessions sont régies par une convention internationale [sur les garanties internationales].

Variante B

La présente Convention ne s'applique pas à la cession de créances qui deviennent des droits accessoires se rapportant au financement de catégories de matériels d'équipement mobiles, telles que les matériels d'équipement aéronautiques, le matériel roulant ferroviaire et les matériels d'équipement spatial, visées par une convention internationale [sur les garanties internationales]."

191. Cette proposition a reçu un certain soutien. Le débat s'est concentré ensuite sur une autre proposition libellée comme suit:

"1. La présente Convention ne s'applique pas aux cessions de créances à titre de garantie pour le financement de matériels d'équipement mobiles, mais ce uniquement lorsque de telles créances relèvent de la Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles.

2. La présente Convention remplace la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international ("la Convention d'Ottawa") sauf, en ce qui concerne les droits et obligations du débiteur, lorsque celui-ci est situé dans un État partie à la Convention d'Ottawa qui n'est pas partie à la présente Convention."

192. À l'appui du texte proposé, on a indiqué que la question ne devait pas relever des règles traditionnelles de conflits entre accords internationaux. Il a été également déclaré qu'une solution claire et novatrice, comme celle qui était proposée, pourrait servir au mieux l'objectif commun aux deux textes, à savoir favoriser l'accès à des

crédits moins onéreux, et serait susceptible d'accroître la certitude et la prévisibilité nécessaires dans la pratique. En outre, on a fait observer que le paragraphe 1 du texte proposé énonçait la règle appropriée, en particulier s'agissant des opérations de financement d'aéronefs dans lesquelles les créances étaient indissolublement liées à ces derniers. De plus, du fait que le texte d'Unidroit sur les aéronefs portait à la fois sur les droits à paiement et d'autres droits à exécution, une solution autre que celle qui était proposée aurait pour effet de soumettre les créances sur des aéronefs à un régime juridique autre que celui régissant d'autres droits à exécution liés à ces aéronefs. On a également signalé que, les droits sur des aéronefs étant traditionnellement enregistrés auprès d'une autorité aéronautique nationale, la loi du lieu de l'enregistrement était plus appropriée pour régir les questions de priorité que la loi du lieu de situation du cédant. Enfin, une exception concernant les créances sur des aéronefs qui serait calquée sur le paragraphe 1 du texte proposé aurait pour avantage d'éviter toute tension risquant de nuire au processus de ratification de l'une et l'autre conventions.

193. Cette proposition a reçu un certain soutien. De l'avis général, toutefois, le projet d'article 38, tel que modifié par la Commission (voir par. 74), suffisait. On a fait valoir que l'approche proposée était excessive et pouvait créer des vides juridiques, car le projet de convention ne s'appliquerait pas même si le projet de convention d'Unidroit ne s'appliquait pas à une opération particulière et même si ce dernier n'était pas entré en vigueur. Il a également été signalé que l'exception proposée risquait de compromettre sérieusement l'utilité du projet de convention car elle était illimitée. En outre, il a été déclaré que rien n'empêchait les rédacteurs du projet de convention d'Unidroit de prévoir que ce dernier l'emportait sur le projet de convention, possibilité évoquée par l'Organisation de l'aviation civile internationale dans ses commentaires officiels (voir A/CN.9/490, p. 12). Enfin, on a fait observer qu'il était très difficile de se référer, dans le projet d'article 38, à une convention qui n'avait pas encore été conclue.

194. On a également estimé que, suite à la modification du projet d'article 38 approuvée par la Commission à sa session en cours, la condition posée au paragraphe 1 dudit projet n'était pas nécessaire et pouvait être supprimée. Cette proposition a reçu un large soutien. Toutefois, pour tenir compte de la décision de la Commission selon laquelle une autre convention ne devait l'emporter que si elle régissait expressément une opération qui serait par ailleurs régie par le projet de convention, il a été convenu de remplacer l'expression "contient des dispositions régissant expressément" par un libellé tel que "régit spécifiquement". Sous réserve de ces modifications, la Commission a de nouveau approuvé le projet d'article 38 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

C. Rapport du groupe de rédaction

195. La Commission a chargé un groupe de rédaction établi par le secrétariat d'examiner le projet de convention et l'annexe de ce dernier afin d'harmoniser les différentes versions linguistiques. À l'issue de ses délibérations sur le projet de convention, la Commission a examiné le rapport du groupe de rédaction et adopté le projet et son annexe dans leur intégralité. Elle a également prié le secrétariat d'élaborer une version révisée du commentaire sur ledit projet.

196. Il a été convenu de mentionner, au paragraphe 4 du projet d'article premier, les paragraphes 1 à 3 de cet article. On a également décidé d'ajouter le mot "et" après l'alinéa *a* du paragraphe 2 dans la version chinoise du projet d'article 24. En outre, il a été convenu de reproduire le paragraphe 2 du projet d'article 25 dans le projet d'article 31 pour éviter toute incertitude quant à savoir s'il était couvert par le projet d'article 32. Enfin, il a été convenu d'indiquer entre crochets, dans le projet d'article 35 (nouveau projet d'article 34), la période pendant laquelle le projet de convention devrait être ouvert à la signature (à savoir deux ans après la date de son adoption par l'Assemblée générale).

197. Il a également été convenu de remplacer, dans la version française du paragraphe 1 du projet d'article 38, le mot "régie" par "couverte". Il a par ailleurs été convenu, dans un souci de cohérence, de faire référence, dans le projet d'article 8 de l'annexe, à la "date de la conclusion du contrat de cession".

D. Procédure d'adoption du projet de convention

198. Après avoir achevé ses travaux sur le projet de convention, la Commission a examiné les procédures à suivre pour l'adoption du texte en tant que convention des Nations Unies. Elle a appuyé une proposition consistant à recommander à l'Assemblée générale d'adopter le projet de convention sous sa forme actuelle et de l'ouvrir à la signature des États. Il a été largement admis que le projet de convention avait fait l'objet d'un examen suffisant, avait atteint un degré de maturité tel qu'il s'avérait dans l'ensemble acceptable pour les États et formait un texte équilibré que l'Assemblée générale pouvait conclure sans en revoir les dispositions. On a également estimé dans l'ensemble que le projet de convention pouvait considérablement faciliter le financement par cession de créances et, partant, accroître l'offre de crédit à des coûts plus abordables, ce qui favoriserait le commerce international et serait bénéfique pour les producteurs, les grossistes, les détaillants et les consommateurs de biens et de services.

199. Il a également été suggéré que la recommandation à adresser à l'Assemblée générale mentionne d'une manière ou d'une autre la possibilité d'une conférence diplomatique à condition qu'en attendant l'examen du projet de convention par la Sixième Commission de l'Assemblée un État se propose d'accueillir une telle conférence et puisse effectivement l'accueillir au début de 2002. Cependant, il a été convenu que la recommandation à l'Assemblée générale devait être claire et sans équivoque pour éviter de jeter involontairement un doute quant à la maturité et à l'acceptabilité du texte. Il a été déclaré qu'il n'était interdit à aucun État de faire une offre visant à accueillir une conférence diplomatique et que la question serait dûment examinée par la Sixième Commission.

E. Décision de la Commission et recommandation à l'Assemblée générale

200. À sa 722e séance, le 2 juillet 2001, la Commission a adopté par consensus la décision et la recommandation à l'Assemblée générale ci-après:

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

Rappelant qu'à sa vingt-huitième session, en 1995, elle a décidé d'élaborer une législation uniforme sur le financement par cession de créances et qu'elle a chargé le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux d'élaborer un projet,

Notant que le Groupe de travail a consacré neuf sessions, tenues de 1995 à 2000, à l'élaboration du projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international,

Ayant examiné le projet de convention à sa trente-troisième session, en 2000, et à sa trente-quatrième session, en 2001,

Appelant l'attention sur le fait que tous les États et les organisations internationales intéressées ont été invités à participer à l'élaboration du projet de convention à toutes les sessions du Groupe de travail ainsi qu'aux trente-troisième et trente-quatrième sessions de la Commission, en qualité de membre ou d'observateur, et qu'ils ont eu tout loisir de s'exprimer et de formuler des propositions,

Appelant également l'attention sur le fait que le texte du projet de convention a été distribué pour commentaire une première fois avant la trente-troisième session de la Commission et une deuxième fois, dans sa version révisée, avant la trente-quatrième session de la Commission à tous les gouvernements et aux organisations internationales invitées à participer aux sessions de la Commission et du Groupe de travail en qualité d'observateur et que la Commission a été saisie de ces commentaires à ses trente-troisième et trente-quatrième sessions[6],

Considérant que le projet de convention a fait l'objet d'un examen suffisant et a atteint un degré de maturité tel qu'il s'avère dans l'ensemble acceptable pour les États,

1. *Présente* à l'Assemblée générale le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international, qui figure dans l'annexe I au rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-quatrième session[7];

2. *Recommande* à l'Assemblée générale d'examiner le projet de convention afin de conclure à sa cinquante-sixième session, sur la base du projet de convention approuvé par la Commission, une convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international."

[6]Voir documents A/CN.9/472 et Add.1 à 5 et A/CN.9/490 et Add. 1 à 5.

[7]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément nº 17* (A/56/17).

III. PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES ET PROJET DE GUIDE POUR SON INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE

A. Introduction

201. En application des décisions prises par la Commission à sa vingt-neuvième session en 1996[8] et à sa trentième session en 1997[9], le Groupe de travail sur le commerce électronique a consacré ses trente et unième à trente-septième sessions à l'élaboration du projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (appelé ci-après "la Loi type", "le projet de Loi type" ou "la nouvelle Loi type"). Les rapports sur les travaux de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/437, 446, 454, 457, 465, 467 et 483. À sa trente-septième session, tenue à Vienne en septembre 2000, le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet de Loi type dont le texte a été annexé au rapport de cette session (A/CN.9/483). Il a été noté que le projet de Loi type serait soumis à la Commission pour examen et adoption à sa session en cours (A/CN.9/483, par. 23).

202. Le texte du projet de Loi type tel qu'approuvé par le Groupe de travail a été distribué à tous les gouvernements et aux organisations internationales intéressées pour qu'ils soumettent leurs commentaires. À sa session en cours, la Commission était saisie des commentaires reçus des gouvernements et des organisations internationales (A/CN.9/492 et Add. 1 à 3).

203. Lors de l'élaboration de la Loi type, le Groupe de travail a noté qu'il serait utile de fournir, dans un commentaire, des informations complémentaires sur le texte. Une proposition tendant à ajouter à la Loi type un guide qui aiderait les États à incorporer cet instrument dans le droit interne et à l'appliquer, suivant ainsi la démarche adoptée pour la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, a été généralement appuyée. Le guide, qui pourrait être établi en grande partie à partir des travaux préparatoires de la Loi type, pourrait aussi être utile à d'autres utilisateurs du texte. À sa trente-huitième session, tenue à New York en mars 2001, le Groupe de travail a examiné le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques en se fondant sur un projet révisé établi par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.88). Les délibérations et les décisions du Groupe de travail concernant le projet de guide sont présentées dans le rapport sur les travaux de cette session (A/CN.9/484). Il a été demandé au secrétariat d'établir une version révisée du guide en se fondant sur ces délibérations et ces décisions. À sa session en cours, la Commission était saisie du texte révisé du projet de guide (A/CN.9/493, ci-après appelé "le projet de guide" ou "le guide").

[8]Ibid., *cinquante et unième session, Supplément nº 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

[9]Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément nº 17* (A/52/17), par. 249 à 251.

B. Examen des commentaires des gouvernements et des organisations internationales

204. La Commission a commencé par examiner les commentaires reçus des gouvernements et des organisations internationales (A/CN.9/492 et Add.1 à 3).

Article 2

Alinéa b

205. Il a été proposé (voir A/CN.9/492/Add.1) d'amender l'alinéa *b* du projet d'article 2 de manière qu'il se lise comme suit:

"Le terme "certificat" désigne un message de données ou un autre enregistrement confirmant:

i) Dans le cas où une clef cryptographique privée et une clef cryptographique publique sont utilisées respectivement pour créer et vérifier une signature électronique, le lien entre le signataire et la clef cryptographique publique; et

ii) Dans tous les cas, le lien entre le signataire et les données afférentes à la création de signature."

206. Il a été déclaré que l'intention sous-jacente de cette proposition d'amendement n'était pas de privilégier la technologie des clefs publiques, mais simplement d'aligner le texte du projet de Loi type sur les améliorations apportées au projet de guide à la trente-huitième session du Groupe de travail. Cet amendement, qui va dans le sens du projet de guide (A/CN.9/493, annexe, par. 97), a été présenté comme étant nécessaire pour préciser que, dans le cas d'une "signature numérique" obtenue par cryptographie à double clef et d'un certificat s'y rapportant, un objectif important de ce dernier était de certifier qu'il s'agissait de la "clef publique" appartenant au signataire (voir A/CN.9/492/Add.1).

207. En réponse à cette proposition, il a été exprimé la préoccupation suivante: le fait d'utiliser l'expression "clef cryptographique" ajouterait un élément spécifique à une technologie dans la définition du terme "certificat", ce qui ne serait pas conforme au principe fondamental de la neutralité technologique sur lequel repose le projet de Loi type. Il a été souligné que le projet de texte, tel qu'il était rédigé, traitait de façon suffisante la cryptographie à clef publique. À l'issue d'un débat, la Commission est convenue de ne pas modifier l'alinéa *b* du projet d'article 2 quant au fond.

Article 5

208. Il a été proposé (voir A/CN.9/492/Add.2) d'apporter au projet d'article 5 un amendement consistant à supprimer les mots "à moins que cette convention soit invalide ou sans effet en vertu de la loi applicable". Il a également été suggéré comme autre solution de remplacer les mots "de la loi applicable" par les mots "des principes d'ordre public obligatoires" ou "des dispositions obligatoires de la loi applicable". Il a été déclaré qu'il était nécessaire d'amender le projet d'article 5 sur la base de l'une de ces options, afin de réduire les risques de confusion dans l'application et l'interprétation de l'article 5 par les tribunaux nationaux, ainsi que pour préciser que toute limitation de l'autonomie des parties ne devait résulter que de règles obligatoires. Il a également été déclaré qu'il était superflu de faire mention de limitations de l'autonomie des parties dans le projet de Loi type étant donné que, dans la plupart des systèmes juridiques, les règles obligatoires d'ordre public l'emporteraient sur l'autonomie des parties dans tous les cas, qu'elles soient ou non mentionnées dans le texte. En outre, il été déclaré que le projet d'article 5 tel qu'il était libellé pouvait donner l'impression erronée que le projet de Loi type répondait à l'intention de limiter l'autonomie des parties au-delà de ce qui était absolument nécessaire.

209. Bien qu'un certain appui ait été exprimé en faveur des diverses options proposées, l'opinion qui a largement prévalu a été que le texte du projet d'article 5 devrait être maintenu en l'état. Il a été largement estimé que, bien que l'on puisse considérer comme également superflu de réaffirmer tant le principe bien connu de l'autonomie des parties dans les relations commerciales que les limites traditionnelles à ce principe, ce texte était utile, car il clarifiait le régime de l'autonomie des parties dans le contexte du projet de Loi type. Il a été convenu d'une manière générale que si l'on modifiait l'équilibre actuel du projet d'article 5, le projet de Loi type risquerait d'interférer dans la détermination par le droit interne du caractère obligatoire ou non des dispositions législatives.

Article 7

210. Il a été proposé (voir A/CN.9/492) de modifier le paragraphe 1 du projet d'article 7 pour qu'il se lise comme suit:

"Toute personne, tout organe ou toute 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, sans préjudice de toute convention des parties pour utiliser une méthode de création de signature électronique."

211. Il a été déclaré que l'intention de cette modification était de veiller à ce que le projet d'article 7 ne limite pas la liberté donnée aux parties par le projet d'article 3, en association avec le projet d'article 5, d'accorder une validité légale à certaines méthodes de création de signatures électroniques qui pourraient être différentes de celles qui sont spécifiées par une personne, un organe ou une autorité en vertu du paragraphe 1 du projet d'article 7 (voir A/CN.9/492). Bien que toutes les délégations aient appuyé le principe sous-tendant la modification proposée, à savoir que les parties puissent garder leur autonomie concernant la détermination des faits qui assurent la fiabilité de la signature électronique, il a été largement estimé que cette question était traitée de manière appropriée au projet d'article 6-1 où l'on trouvait les termes "toute convention en la matière". À cet égard, on a attiré l'attention sur les paragraphes 127 et 133 du projet de guide, qui semblaient indiquer clairement que le projet d'article 7

respectait le principe de l'autonomie des parties. Reconnaissant que le projet d'article 7 ne portait pas atteinte au principe de l'autonomie des parties, la Commission a décidé de le conserver, quant au fond, et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 8

Paragraphe 1 a

212. Il a été proposé (voir A/CN.9/492/Add.2) de modifier le projet d'article 8-1 *a* en insérant les mots "conformément aux pratiques commerciales acceptées" après les mots "dispositions raisonnables". À l'appui de cette proposition, on a fait valoir que le projet d'article 8 (et les projets d'articles 9 à 11) devrait être soumis à une restriction générale selon laquelle les critères et les règles qui y sont énoncés devraient être appliqués de manière raisonnable en fonction du type d'opération et de la nature des parties. Il a aussi été déclaré qu'il serait inapproprié d'imposer des obligations strictes si celles-ci étaient appliquées à un large éventail d'opérations qui se sont développées dans le contexte du commerce électronique. Par ailleurs, en faisant référence aux "pratiques commerciales acceptées", on pourrait aider les signataires à déterminer ce qui pourrait constituer "des dispositions raisonnables" dans une situation donnée, par exemple lorsqu'un signataire doit respecter l'obligation générale de protéger la confidentialité d'une clef cryptographique en vertu du projet d'article 8 alors que cette clef est stockée dans un logiciel (pouvant être le navigateur Internet) chargé sur l'ordinateur du signataire. Dans un tel cas, il pourrait être nécessaire de donner à ce signataire (qui ne saura pas nécessairement où et comment la clef est stockée) des conseils quant à la nature des données afférentes à la signature et aux règles de conduite devant être observées pour éviter une utilisation impropre de la clef cryptographique. Il a été exprimé la crainte qu'en l'absence de tels conseils les utilisateurs éventuels pourraient être dissuadés d'utiliser les techniques de signature électronique, ce qui irait à l'encontre des objectifs du projet de Loi type. Pour tenir compte de cette préoccupation, il a été proposé d'insérer dans le projet d'article 8 un énoncé tel que: "pour déterminer ce qui constitue des dispositions raisonnables, il peut être tenu compte d'une éventuelle pratique commerciale pertinente". Il a également été fait une suggestion connexe consistant à insérer les mots "pour déterminer ce qui constitue des dispositions raisonnables, il doit être tenu compte des pratiques internationales bien établies et largement reconnues, s'il en existe".

213. Il y a eu accord général au sein de la Commission sur l'importance de conseiller, d'éduquer et de protéger les utilisateurs potentiels de signatures électroniques en général et les signataires potentiels en particulier. Cependant, on s'est fermement opposé à la proposition d'amendement de l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 8 au motif que toute référence à des pratiques commerciales "acceptées", "habituelles" ou "pertinentes" pourrait être une source de confusion accrue pour les utilisateurs, étant donné qu'il n'existe actuellement aucune pratique commerciale établie en ce qui concerne les signatures électroniques. Il a été souligné que le fait de mentionner les pratiques commerciales n'augmenterait pas le niveau de protection accordé à l'utilisateur potentiel des techniques de signature électronique mais aurait pour effet d'imposer une charge plus lourde au signataire, qui pourrait avoir à assumer l'obligation de prouver qu'il respecte des pratiques inexistantes ou inconnues, en plus de son obligation initiale de prouver qu'il a pris des "dispositions raisonnables" pour protéger ses données afférentes à la création de signature. Il a été convenu d'une manière générale que la notion de dispositions raisonnables énoncée dans le texte actuel de l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 8 ainsi que la référence générale au respect de la bonne foi figurant dans le projet d'article 4 constituaient un principe bien compris qui donnait aux utilisateurs et aux tribunaux des indications suffisantes pour faciliter le développement de la confiance dans l'utilisation des techniques de signature électronique. Par ailleurs, la notion de dispositions raisonnables était suffisamment étendue et souple pour englober les pratiques pertinentes éventuelles.

214. À l'issue d'un débat, la Commission a décidé de maintenir l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 8 inchangé quant au fond. Il a été convenu que le Guide devrait faire apparaître que, pour l'interprétation de la notion de "dispositions raisonnables", il peut y avoir lieu de prendre en considération les pratiques pertinentes éventuelles. L'expression "dispositions raisonnables" devrait également être interprétée, aux fins du projet de Loi type, en tenant dûment compte de l'origine internationale de celui-ci, comme il est indiqué dans le projet d'article 4.

Paragraphe 1 b

215. Il a été proposé (voir A/CN.9/492/Add.2) de modifier le début du projet d'article 8-1 *b* de manière qu'il se lise comme suit: "déploie, sans retard injustifié, des efforts raisonnables pour entamer les procédures éventuelles lui permettant d'aviser les parties se fiant à la signature si:".

216. Les membres de la Commission ont largement appuyé la proposition tendant à remplacer l'obligation objective énoncée dans le projet d'article 8-1 *b* par une disposition plus souple demandant au signataire de déployer des "efforts raisonnables" pour aviser toute personne dont on peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique, s'il apparaît que celle-ci a été compromise. Étant donné qu'il pourrait être impossible au signataire de localiser chaque personne susceptible de se fier à la signature électronique, il a été estimé de manière générale que, lorsque la signature électronique semble avoir été compromise, il serait excessif d'imposer au signataire l'obligation inconditionnelle d'aviser chaque personne qui pourrait éventuellement se fier à la signature. Il a également été convenu qu'il serait plus indiqué d'exprimer cette règle sous la forme d'une obligation pour le signataire d'user de tous les moyens raisonnables à sa disposition pour aviser les parties se fiant à la signature. Dans le cadre de cette discussion, il a été souligné que le paragraphe 139 du Guide pourrait préciser que la notion d'"efforts raisonnables" ou de "diligence raisonnable" devrait être interprétée à la lumière du principe général de bonne foi énoncé dans le projet d'article 4-1.

217. Pour ce qui est de la proposition d'ajouter les mots "les procédures éventuelles lui permettant d'aviser les parties se fiant à la signature électronique", il a été souligné que, dans de nombreux cas concrets, les prestataires de services de certification proposaient aux signataires des procédures à suivre s'il apparaissait que la signature électronique avait été compromise. Ces procédures ne pouvaient généralement pas être modifiées par le signataire. Il a été indiqué que, dans la pratique, de telles procédures étaient de plus en plus souvent proposées par les parties se fiant à la signature. Il a été expliqué qu'il était essentiel d'offrir au signataire une disposition "refuge" lui permettant de démontrer qu'en suivant de telles procédures il avait fait preuve d'une diligence suffisante pour essayer d'aviser les parties susceptibles de se fier à la signature. Bien que l'on se soit déclaré favorable au raisonnement sur lequel cette proposition était fondée, il a été généralement estimé que les mots "efforts raisonnables pour entamer les procédures éventuelles" étaient trop vagues et pourraient être perçus comme un affaiblissement de l'obligation incombant au signataire de s'efforcer de bonne foi d'aviser les parties se fiant à la signature.

218. À l'issue d'un débat, la Commission a décidé que le début de l'article 8-1 *b* devrait se lire à peu près comme suit: "sans retard injustifié, fait des efforts raisonnables, par exemple en utilisant les moyens mis à sa disposition par le prestataire de services de certification conformément à l'article 9, pour aviser toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique si: ...". Après examen par le groupe de rédaction, il a été convenu par la Commission que le texte devrait se lire comme suit: "sans retard injustifié, utilise les moyens fournis par le prestataire de services de certification conformément à l'article 9 ou fait d'une autre manière des efforts raisonnables pour aviser toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique si: ...".

Paragraphe 2

219. Il a été proposé (voir A/CN.9/492/Add.2) de modifier le projet d'article 8-2 de manière qu'il se lise comme suit: "Un signataire assume les conséquences juridiques de tout manquement aux exigences du paragraphe 1." Parmi les raisons avancées à l'appui de cette proposition, il a été déclaré que le texte du paragraphe 2 du projet d'article 8 (et du paragraphe 2 du projet d'article 9) pourrait donner lieu à une interprétation erronée, à savoir que la Loi type vise à établir une règle de responsabilité objective opposable tant au signataire qu'au prestataire de services de certification. Il a été souligné que le fait de fixer de telles règles de responsabilité objective opposables à certaines parties serait une façon exceptionnelle de procéder dans un instrument destiné à harmoniser certaines règles de droit commercial (ce qui suppose que les obligations de toutes les parties soient équilibrées) et à faciliter le recours au commerce électronique. On a exprimé la crainte suivante: si la modification proposée n'était pas apportée, la Loi type pourrait entraver le développement du commerce électronique, en particulier dans les pays qui n'avaient pas encore promulgué de législation dans ce domaine. Cette proposition avait donc pour objectif de réviser le projet d'article 8-2 afin de tenir compte du libellé utilisé dans le projet d'article 11 en ce qui concerne les normes de conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat.

220. Bien qu'il ait été convenu d'une manière générale que la Loi type n'avait pas pour objet de préparer la mise en place d'un régime de responsabilité objective opposable tant au signataire qu'au prestataire de services de certification, des doutes ont été exprimés sur le point de savoir si le libellé proposé traduisait de façon suffisante la distinction devant être faite entre la situation du signataire et du prestataire de services de certification (qui devraient assumer tous les deux des obligations en ce qui concerne leur conduite dans le cadre du processus de signature électronique), d'une part, et la partie se fiant à la signature ou au certificat (pour laquelle il pourrait être opportun que la Loi type établisse des règles de conduite, mais qui ne devrait pas avoir à assumer les mêmes obligations que les deux autres parties), d'autre part. Afin de maintenir dans la Loi type une distinction entre les normes de conduite opposables à la partie se fiant à la signature ou au certificat et celles opposables aux deux autres parties, il a été proposé de libeller le projet d'article 8-2 de la façon suivante: "Un signataire assume la responsabilité ou toute autre conséquence juridique applicable de tout manquement aux exigences du paragraphe 1." Il a été proposé d'apporter un ajustement similaire au projet d'article 9-2. Il a été expliqué que le libellé proposé éviterait le risque que l'on considère à tort que la Loi type a pour objet d'empêcher les conséquences juridiques susceptibles de découler de la loi applicable en dehors de la Loi type. En même temps, ce libellé attirerait de façon opportune l'attention sur le fait que tout manquement aux exigences du paragraphe 1 n'aurait pas nécessairement comme seule conséquence juridique d'engager la responsabilité. D'autres conséquences juridiques pourraient en résulter: par exemple, la partie défaillante pourrait ne plus être fondée à refuser l'opposabilité de la signature électronique.

221. Bien que cette dernière proposition ait été appuyée, l'opinion qui a prévalu a été que l'ensemble de la question des conséquences juridiques devant découler du manquement aux exigences du paragraphe 1, ainsi que la question d'une éventuelle distinction entre la situation juridique du signataire et du prestataire de services de certification, d'une part, et celle de la partie se fiant à la signature ou au certificat, d'autre part, devraient être régies par la loi applicable en dehors de la Loi type. À l'issue d'un débat, la Commission a décidé que le paragraphe 2 devrait en substance se lire comme suit: "Un signataire assume les conséquences juridiques de tout manquement aux exigences du paragraphe 1." La question a été renvoyée au groupe de rédaction.

Proposition tendant à ajouter un nouveau paragraphe

222. Il a été proposé (voir A/CN.9/492) d'ajouter au projet d'article 8 un paragraphe supplémentaire tel que:

"Il fournit au prestataire de services de certification à l'intention de toute partie se fiant au certificat des

moyens raisonnablement accessibles de déterminer, s'il y a lieu, à partir du certificat prévu à l'article 9 ou de toute autre manière, toute restriction relative à sa responsabilité."

Il a été expliqué que l'objectif du libellé proposé était de préciser que le signataire devrait informer (par l'intermédiaire du prestataire de services de certification) les parties se fiant à la signature électronique de toute restriction quant au montant maximal des transactions pour lesquelles sa signature électronique pouvait être utilisée. Bien qu'ayant appuyé le raisonnement sur lequel était fondée cette proposition, les membres ont estimé d'une manière générale que le libellé proposé n'était pas clair et sans doute inutile étant donné que, en application des sous-alinéas ii et iv de l'alinéa *d* du projet d'article 9-1, le prestataire de services de certification était tenu de fournir des moyens raisonnablement accessibles permettant à toute partie se fiant au certificat de déterminer "toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles les données afférentes à la création de signature ou le certificat peuvent être utilisées" et "toute restriction quant à l'étendue de la responsabilité stipulée par le prestataire de services de certification". Bien qu'une autre proposition tendant à ajouter les mots "ou par le signataire" à la fin du sous-alinéa iv de l'alinéa *d* du projet d'article 9-1 ait bénéficié d'un certain appui, l'opinion qui a prévalu était que ce point était couvert de façon adéquate par le texte actuel du sous-alinéa ii de l'alinéa *d* du projet d'article 9-1. En ce qui concerne le projet d'article 8, il a été convenu qu'aucune modification de fond n'était nécessaire étant donné qu'il serait dans l'intérêt du signataire d'informer les parties se fiant à sa signature électronique de toute restriction quant à la valeur maximale des transactions pour lesquelles cette signature pouvait être utilisée. Il serait donc superflu de créer une obligation supplémentaire opposable au signataire à cet égard.

Article 9

Paragraphe 1 d *iv*

223. Il a été proposé (voir A/CN.9/492) d'amender la fin du sous-alinéa iv de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 9 de manière qu'il se lise comme suit: "toute restriction quant à l'étendue de sa responsabilité stipulée par ses soins". Il a été convenu d'une manière générale que cette proposition concernait seulement la forme et, sur cette base, la Commission a renvoyé la question au groupe de rédaction.

Paragraphe 1 f

224. Il a été proposé (sur la base d'une proposition figurant dans le document A/CN.9/492/Add.2) d'apporter au projet d'article 9-1 *f* une modification de fond consistant à transformer l'obligation faite au prestataire de services de certification d'utiliser "des systèmes, des procédures et des ressources humaines fiables pour la prestation de ses services" en une obligation d'indiquer les systèmes, les procédures et les ressources humaines qu'il utilise pour la prestation de ses services. Il a été déclaré que cette proposition aurait simplement pour effet de permettre à la partie se fiant au certificat de déterminer si les systèmes, les procédures et les ressources humaines utilisés par le prestataire de services de certification sont fiables ou non. Il a été exprimé l'opinion que cela était nécessaire pour restreindre l'obligation incombant au prestataire de services de certification, qui était trop étendue et pourrait ne pas être adaptée si elle était appliquée à un large éventail de fonctions dans le domaine du commerce électronique. Il a été déclaré que le niveau de fiabilité exigé dans cet article était trop élevé pour un grand nombre de signatures électroniques et de services de certification, et notamment pour les nombreuses entreprises qui fournissent de tels services dans le cadre de leurs activités, par exemple à leurs employés. Cette proposition visait à supprimer l'actuel alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9 et à ajouter dans ce paragraphe, en tant que nouveau sous-alinéa vii de l'alinéa *d*, un membre de phrase tel que: "les systèmes, les procédures et les ressources humaines utilisés pour la prestation de ses services".

225. Bien qu'elle ait recueilli un certain appui, à condition que le lien avec l'article 10 soit conservé, selon l'opinion qui a prévalu, cette proposition n'était pas acceptable. Il a été exprimé la préoccupation suivante: en supprimant l'obligation faite au prestataire de services de certification d'utiliser des systèmes fiables et en imposant à la partie se fiant au certificat une nouvelle obligation, à savoir celle de s'assurer que les systèmes, les procédures et les ressources humaines utilisés par le prestataire de services de certification sont effectivement fiables, cette proposition modifierait l'équilibre des devoirs et des obligations entre les parties, équilibre qui avait déjà été examiné et fixé par le Groupe de travail. On s'est également déclaré préoccupé par le fait que la proposition semblait affaiblir l'article 10, qui était considéré comme une disposition importante du projet de Loi type.

226. À titre de compromis, il a été présenté une nouvelle proposition tendant à conserver cette disposition en tant qu'article 9-1 *f*, mais à en modifier le libellé de manière qu'elle se lise comme suit: "utilise des systèmes, des procédures et des ressources humaines dont la fiabilité est adaptée aux fins pour lesquelles le certificat doit être utilisé". Bien que cette proposition ait recueilli un certain appui, selon l'opinion qui a prévalu, elle n'était pas acceptable. Une objection majeure était que l'article 9 répondait à l'intention de faire en sorte que, lorsqu'une signature électronique susceptible de produire un effet juridique était étayée par un prestataire de services de certification, celui-ci remplisse certains critères et satisfasse à certaines obligations, et notamment utilise des systèmes, des procédures et des ressources fiables. En faisant mention de l'utilisation possible du certificat, la proposition de compromis écartait l'obligation générale faite au prestataire de services de certification d'utiliser des systèmes, des procédures et des ressources fiables, si bien que le projet de Loi type ne mettait plus l'accent sur les critères à remplir pour étayer de façon appropriée le processus de signature électronique.

227. À l'issue d'un débat, la Commission a décidé de maintenir l'article 9-1 *f* inchangé quant au fond.

Paragraphe 2

228. Il a été proposé (sur la base d'une proposition présentée dans le document A/CN.9/492/Add.2) de modifier l'article 9-2 afin de l'harmoniser avec les changements qu'il avait déjà été convenu d'apporter à l'article 8-2 et d'y ajouter un chapeau rappelant les limites de responsabilité énoncées dans les sous-alinéas ii et iv de l'alinéa *d* du paragraphe 1. Le libellé suivant a été proposé pour le paragraphe 2: "Sous réserve des restrictions éventuelles pouvant être déterminées en application de l'alinéa *d* du paragraphe 1, le prestataire de services de certification assume les conséquences juridiques de tout manquement aux dispositions du paragraphe 1."

229. La proposition tendant à ajouter un chapeau au paragraphe 2 de l'article 9 répondait à la préoccupation qui avait été exprimée concernant le point de savoir si, d'après le libellé du projet d'article, il était clair que les restrictions visées aux sous-alinéas ii et iv de l'alinéa *d* du paragraphe 1 modifieraient l'étendue de la responsabilité en application de l'article 9-2.

230. En ce qui concerne la première question, l'opinion qui a largement prévalu était que l'article 9-2 devait reprendre le même libellé que celui qui avait été accepté pour l'article 8-2, à savoir que le prestataire de services de certification devait assumer les conséquences juridiques de tout manquement aux exigences du paragraphe 1. En ce qui concerne la proposition d'ajouter un chapeau au paragraphe 2, il a été largement convenu que le libellé proposé n'était pas nécessaire. Il a été déclaré que comme les restrictions énoncées aux sous-alinéas ii et iv de l'alinéa *d* du paragraphe 1 seraient appliquées dans le droit national de tout État adoptant la Loi type, elles feraient donc partie du régime juridique déterminant les conséquences de tout manquement du prestataire de services de certification aux exigences du paragraphe 1. Compte tenu de cela, ainsi que du libellé général de l'amendement de l'article 9-2 qui avait été accepté, il a été estimé que les restrictions visées à l'alinéa *d* du paragraphe 1 étaient suffisamment prises en considération et que l'ajout proposé était donc inutile. Afin de faciliter la compréhension de ces dispositions de la Loi type, il a été proposé d'indiquer clairement dans le Guide que l'intention sous-jacente des articles 8-2 et 9-2 était de faire en sorte que les conséquences juridiques de tout manquement aux obligations énoncées dans ces articles soient déterminées par la loi nationale applicable. La Commission a décidé d'adopter la partie de cette proposition tendant à aligner le libellé de l'article 9-2 sur celui de l'article 8-2, et elle l'a renvoyée au groupe de rédaction (il est rendu compte des débats concernant l'article 8-2 dans les paragraphes 219 à 221 ci-dessus).

Article 10

231. Il a été proposé (voir A/CN.9/492/Add.2) de remplacer le début du projet d'article 10 par le libellé suivant:

> "Aux fins de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9, pour déterminer si, ou dans quelle mesure, tous systèmes, procédures et ressources humaines utilisés par le prestataire de services de certification sont fiables, il peut être tenu compte des facteurs suivants, dans la mesure où il en est généralement tenu compte dans la pratique commerciale pour le niveau de services fournis, et s'il en est tenu compte par la partie qui se fie à la signature ou au certificat."

La raison de cette proposition était que les normes actuellement énoncées au projet d'article 10 excédaient considérablement les pratiques actuelles concernant les services généralement fournis.

232. Cette proposition a bénéficié d'un certain appui, mais, selon l'avis qui a largement prévalu, l'objectif du projet d'article 10 n'était pas d'imposer une liste exhaustive de normes strictes auxquelles les prestataires de services de certification devaient satisfaire dans tous les cas, mais uniquement de donner à titre d'exemple une liste de facteurs qui pouvaient être pris en considération pour déterminer si le prestataire de services de certification avait utilisé des "systèmes, procédures et ressources humaines fiables pour la prestation de ses services". Il a été généralement estimé que le caractère indicatif et non obligatoire du projet d'article 10 ressortait suffisamment des mots "il peut être tenu compte des facteurs suivants". Après un débat, la Commission a décidé de conserver le libellé actuel du début du projet d'article 10 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Alinéa f

233. Il a été proposé (voir A/CN.9/492) de modifier l'alinéa *f* du projet d'article 10 pour qu'il se lise comme suit: "l'existence d'une déclaration de l'État, d'un organisme d'accréditation ou d'un organisme d'audit indépendant concernant le respect ou l'existence des critères énumérés ci-dessus".

234. Les partisans de cette modification ont déclaré que celle-ci se justifiait, en particulier dans le cas des pays en développement qui pourraient disposer de moins de ressources pour la création d'organismes d'accréditation tels que des prestataires de services de certification, afin qu'une telle fonction puisse être exercée par un organisme d'audit indépendant. La proposition tendant à supprimer la référence aux cas où une déclaration concernant le respect des facteurs énumérés au projet d'article 10 serait faite par le prestataire de services de certification lui-même, par exemple par le biais d'une déclaration relative aux pratiques de certification, a suscité une forte opposition. On fait remarquer que, dans de nombreux pays, de telles déclarations de la part des prestataires de services de certification eux-mêmes étaient essentielles pour le développement du commerce électronique. Aucune objection n'a été faite à l'ajout éventuel d'une référence aux cas dans lesquels une déclaration au titre du projet d'article 10 *f* serait faite des organismes d'audit indépendants. Après un débat, toutefois, il a été généralement estimé qu'un tel ajout serait inutile étant donné que la question de l'intervention éventuelle d'un organisme d'audit indépendant était suffisamment traitée par l'emploi des termes "un organisme d'audit indépendant" dans le texte actuel du projet d'article 10 *f* et par les termes "tout autre facteur pertinent" au projet d'article 10 *g*. La Commission a décidé de conserver le projet d'article 10 *f* quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 11

235. Une proposition faite antérieurement (voir A/CN.9/492/Add.2) a été retirée. Elle visait à modifier le projet d'article 11 de manière à prévoir que, conformément aux pratiques commerciales et transactionnelles, lorsqu'il y avait lieu, les parties se fiant à une signature ou un certificat assumeraient, s'agissant de déterminer la fiabilité d'une signature, une responsabilité plus grande que ce que prévoyait actuellement le texte. La proposition a été retirée, car il a été reconnu que les modifications apportées au projet de texte avaient équilibré de façon adéquate la situation respective des parties.

Alinéa b

236. Il a été proposé (voir A/CN.9/492) d'apporter à l'alinéa *b* du projet d'article 11 un amendement consistant à remplacer les mots "si une signature électronique est étayée par" par les mots "si une signature repose sur". On s'est déclaré opposé à cet amendement au motif qu'il pourrait réduire la portée de l'alinéa. À l'issue d'un débat, la Commission a décidé de maintenir inchangé quant au fond l'alinéa *b* du projet d'article 11 et de le renvoyer au groupe de rédaction.

Article 12

237. Il a été demandé de préciser ce que la Commission entendait par l'expression "niveau de fiabilité substantiellement équivalent" utilisée dans l'article 12. Se référant au paragraphe 152 du projet de guide, la Commission est convenue que le texte visait à tenir compte des différents niveaux de fiabilité que l'on trouvait à l'intérieur comme à l'extérieur des frontières nationales. Il a été reconnu que ce n'était pas l'évaluation du niveau de sécurité mais les exigences en matière de sécurité ou les exigences administratives qui pouvaient être différentes, et l'expression cherchait, en suivant l'approche fonctionnelle, à assurer la comparabilité en ce qui concerne ces questions. On a considéré qu'il pourrait être utile d'inclure dans la section du Guide portant sur l'article 12 un renvoi à une explication allant dans ce sens, telle que celle qui figurait au paragraphe 5 du projet de guide.

C. Examen des projets d'articles restants

238. Ayant achevé l'examen des propositions faites par les délégations sur la base des commentaires soumis par les gouvernements et les organisations internationales intéressés concernant le texte du projet de Loi type (A/CN.9/492 et Add. 1 à 3), la Commission est passée à un examen systématique des projets d'articles.

Titre

239. Le titre du projet de Loi type tel qu'examiné par la Commission était le suivant: "Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)".

240. La Commission a approuvé le titre du projet de Loi type quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article premier. *Champ d'application*

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

"La présente loi s'applique lorsque des signatures électroniques sont utilisées dans le contexte* d'activités commerciales**. Elle ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur."

242. La Commission a approuvé le projet d'article premier quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 2. *Définitions*

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

"Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue;

b) Le terme "certificat" désigne un message de données ou un autre enregistrement confirmant le lien entre un signataire et des données afférentes à la création de signature;

c) 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;

d) Le terme "signataire" désigne une personne qui détient des données afférentes à la création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui de la personne qu'elle représente;

e) Le terme "prestataire de services de certification" désigne une personne qui émet des certificats et peut fournir d'autres services liés aux signatures électroniques;

f) Le terme "partie se fiant à la signature ou au certificat" désigne une personne qui peut agir sur la base d'un certificat ou d'une signature électronique."

---

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

"La présente loi s'applique 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.

Alinéa a *("Signature électronique")*

244. Il a été proposé de remplacer les mots "pouvant être utilisées pour" par des mots tels que "étant techniquement capables d'". À l'encontre de cette proposition, on a fait valoir qu'un tel libellé n'était pas approprié dans un texte de caractère législatif, qu'il était moins souple que le libellé existant et qu'il pourrait introduire une exigence rigide dans la définition de la signature électronique. La Commission a rejeté la modification proposée, mais est néanmoins convenue que la question pourrait être mentionnée dans le Guide pour l'incorporation.

245. On a, de manière plus large, estimé que la définition du terme "signature électronique" à l'alinéa *a* de l'article 2, qui faisait référence à l'approbation par le signataire des informations contenues dans le message de données, était problématique et qu'il n'était pas impératif qu'une signature indique l'approbation d'un message. Il a été proposé d'inclure le mot "pouvant" avant le mot "indiquer" afin de bien préciser que l'approbation par le signataire du contenu du message de données n'était pas plus importante que l'élément de la définition qui indiquait que la signature électronique pouvait identifier le signataire. La Commission a rejeté toute modification du texte en faisant valoir que la définition avait fait l'objet d'un débat approfondi et que le texte avait été modelé de manière à s'harmoniser avec celui de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique qui énumérait les fonctions d'une signature électronique. Il a été noté que des clarifications supplémentaires concernant la question pourraient être apportées dans le projet de guide. En réponse à une question, la Commission a noté que le consentement d'un signataire à l'information contenue dans un message de données devait être déterminé au moment où la signature était apposée au document plutôt qu'au moment où la signature était créée.

246. Après un débat, la proposition visant à modifier la définition a été retirée.

Alinéa d *("Signataire")*

247. Sur le plan de la forme, il a été proposé d'assurer la cohérence entre les différentes langues en ce qui concerne l'utilisation de l'expression "agit soit pour son propre compte, soit pour celui de la personne qu'elle représente". La question a été renvoyée au groupe de rédaction pour examen.

248. En réponse à une question soulevée quant au fond, il a été rappelé que, comme il était indiqué dans le projet de guide, la notion de "signataire" ne pouvait être dissociée de la personne ou de l'entité qui crée effectivement la signature électronique, puisqu'un certain nombre d'obligations spécifiques opposables au signataire en vertu du projet de Loi type étaient logiquement liées au contrôle effectif des données afférentes à la création de signature. Toutefois, pour tenir compte des cas dans lesquels le signataire représenterait une autre personne, le membre de phrase "soit pour celui de la personne qu'elle représente" avait été conservé dans la définition du terme "signataire". La question de savoir dans quelle mesure une personne autre que celle qui apposait effectivement une signature électronique serait liée par ladite signature créée "pour son compte", par exemple par un de ses employés, devait être réglée conformément à la loi régissant selon qu'il convient la relation juridique entre le signataire et la personne pour le compte de laquelle la signature électronique était créée, d'une part, et la partie se fiant à ladite signature, d'autre part (A/CN.9/493, par. 103).

Alinéa e *("Prestataire de services de certification")*

249. Il a été déclaré qu'il était difficile de déterminer si la définition du terme "prestataire de services de certification" était compatible avec le projet d'article 8-1 *b* qui faisait référence à "toute personne dont il peut raisonnablement penser ... qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique" et le projet d'article 12-1 *b* où l'on employait le terme "émetteur". Il a été généralement convenu, à ce propos, que l'on pouvait comprendre que les deux dispositions faisaient référence, s'il y avait lieu, au prestataire de services de certification. S'agissant de savoir s'il fallait aligner davantage le texte du paragraphe 1 *b* du projet d'article 8 avec le libellé de la définition du "prestataire de services de certification" à l'alinéa *e* du projet d'article 2, la question a été renvoyée au groupe de rédaction.

Alinéa f *("Partie se fiant à la signature ou au certificat")*

250. Il a été estimé qu'il était difficile de déterminer si une personne qui correspondait à la définition du terme "prestataire de services de certification" pouvait être également visée par la définition du terme "partie se fiant à la signature ou au certificat". En réponse, on a attiré l'attention sur les paragraphes 139 et 150 du projet de guide qui précisaient bien que, dans certains cas, la "personne se fiant à la signature ou au certificat" pouvait être non seulement un tiers, mais également le signataire ou un prestataire de services de certification.

251. Après un débat, la Commission a approuvé le projet d'article 2 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 3. *Égalité de traitement des techniques de signature*

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

> "Aucune disposition de la présente Loi, 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 signature électronique satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 ou autrement satisfaisant aux exigences de la loi applicable."

253. La Commission a approuvé le projet d'article 3 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 4. *Interprétation*

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

"1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire."

255. La Commission a approuvé le projet d'article 4 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 5. *Dérogation conventionnelle*

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

"Il est possible de déroger aux dispositions de la présente Loi ou d'en modifier les effets par convention, à moins que cette convention soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable."

257. La Commission a approuvé le projet d'article 5 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 6. *Satisfaction de l'exigence de signature*

258. Le texte du projet d'article 6 tel qu'examiné par la Commission 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 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 données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire;

b) Les données afférentes à la création de signature étaient, 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 cette information après le moment de la signature est décelable.

4. Le paragraphe 3 ne restreint pas la possibilité pour toute personne:

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: [...]"

259. La Commission a approuvé le projet d'article 6 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 7. *Satisfaction des dispositions de l'article 6*

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

"1. [Toute *personne, tout organe ou toute autorité, de droit public ou privé, indiqué par l'État adoptant comme compétent en la matière*] peut déterminer quelles signatures électroniques satisfont aux dispositions 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'a d'incidence sur le fonctionnement des règles du droit international privé."

261. La Commission a approuvé le projet d'article 7 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 8. *Normes de conduite du signataire*

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

"1. Lorsque des données afférentes à la création de signature peuvent être utilisées pour créer une signature ayant des effets juridiques, chaque signataire:

a) Prend des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de ses données afférentes à la création de signature;

b) Avise, sans retard injustifié, toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique si:

i) Il sait que les données afférentes à la création de signature ont été compromises; ou

ii) Il estime, au regard des circonstances connues de lui, qu'il y a un risque important que les données afférentes à la création de signature aient été compromises;

c) Prend, lorsqu'un certificat est utilisé pour étayer la signature électronique, des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations essentielles qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou devant figurer dans le certificat sont exactes et complètes.

2. Un signataire est responsable de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1."

263. Sous réserve de ses délibérations précédentes sur le projet d'article 8 (voir les paragraphes 212 à 222 ci-dessus), la Commission a approuvé le projet d'article quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 9. *Normes de conduite du prestataire de services de certification*

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

"1. Lorsqu'un prestataire de services de certification fournit des services visant à étayer une signature électronique qui peut être utilisée pour produire des effets juridiques en tant que signature, ce prestataire:

a) Agit en conformité avec les déclarations qu'il fait concernant ses politiques et pratiques;

b) Prend des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations essentielles qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou figurant dans le certificat sont exactes et complètes;

c) Fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer à partir de ce certificat:

i) L'identité du prestataire de services de certification;

ii) Si le signataire identifié dans le certificat avait, au moment de l'émission de ce dernier, le contrôle des données afférentes à la création de signature;

iii) Si les données afférentes à la création de signature étaient valides au moment ou avant le moment de l'émission du certificat;

d) Fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer, s'il y a lieu, à partir de ce certificat ou de toute autre manière:

i) La méthode utilisée pour identifier le signataire;

ii) Toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles les données afférentes à la création de signature ou le certificat peuvent être utilisés;

iii) Si les données afférentes à la création de signature sont valides et n'ont pas été compromises;

iv) Toute restriction quant à l'étendue de la responsabilité stipulée par le prestataire de services de certification;

v) S'il existe des moyens pour le signataire d'adresser une notification conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8;

vi) La disponibilité d'un service de révocation en temps utile;

e) Lorsque des services sont fournis au titre du sous-alinéa v de l'alinéa *d*, donne au signataire le moyen d'adresser une notification conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8 et, lorsque des services sont fournis au titre du sous-alinéa vi de l'alinéa *d*, offre un service de révocation en temps utile;

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 de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1."

265. Sous réserve de ses délibérations précédentes sur le projet d'article 9 (voir les paragraphes 223 à 230 ci-dessus), la Commission a approuvé le projet d'article quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 10. *Fiabilité*

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

"Aux fins de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9, pour déterminer si, ou dans quelle mesure, tous systèmes, procédures et ressources humaines utilisés par le prestataire de services de certification sont fiables, il peut être 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'accréditation ou du prestataire de services de certification concernant le respect ou l'existence des critères énumérés ci-dessus; ou

g) Tout autre facteur pertinent."

267. La Commission a approuvé le projet d'article 10 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 11. *Normes de conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat*

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

"Une partie se fiant à une signature ou à un 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 étayée par un certificat, de prendre des mesures raisonnables pour:

i) Vérifier que le certificat est valide ou qu'il n'a pas été suspendu ou révoqué; et

ii) Tenir compte de toute restriction dont le certificat ferait l'objet."

269. La Commission a approuvé le projet d'article 11 quant au fond, en prenant note de la suggestion d'en harmoniser le titre dans toutes les langues, et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 12. *Reconnaissance des certificats et signatures électroniques étrangers*

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

"1. Pour déterminer si, ou dans quelle mesure, un certificat ou une signature électronique produit légalement ses effets, il n'est pas tenu compte:

a) Du lieu dans lequel le certificat est émis ou la signature électronique créée ou utilisée; ou

b) Du lieu dans lequel l'émetteur ou le signataire a son établissement.

2. Un certificat émis en dehors de [*l'État adoptant*] a les mêmes effets juridiques dans [*l'État adoptant*] qu'un certificat émis dans [*l'État adoptant*] à condition qu'il offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent.

3. Une signature électronique créée ou utilisée en dehors de [*l'État adoptant*] a les mêmes effets juridiques dans [*l'État adoptant*] qu'une signature électronique créée ou utilisée dans [*l'État adoptant*] à condition qu'elle offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent.

4. Pour déterminer si des certificats ou des signatures électroniques offrent un niveau de fiabilité substantiellement équivalent aux fins des paragraphes 2 ou 3, il est tenu compte des normes internationales reconnues et de tous autres facteurs pertinents.

5. Lorsque, nonobstant les paragraphes 2, 3 et 4, les parties conviennent, s'agissant de leurs relations, d'utiliser certains types de signatures électroniques ou certificats, cette convention est jugée suffisante aux fins de la reconnaissance internationale, à moins qu'elle soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable."

271. Il a été proposé de supprimer le mot "types" du paragraphe 5 de l'article 12 de façon qu'il y soit fait mention de "certaines signatures électroniques ou certains certificats". On s'est opposé à cette proposition en avançant que le Groupe de travail, après en avoir longuement débattu, avait précisément choisi d'inclure ce mot et que sa suppression pourrait effectivement réduire le champ d'application du paragraphe.

272. Il a également été proposé de supprimer le paragraphe 3 de l'article 12. Bien que cette proposition ait recueilli un certain appui, la Commission, après délibération, ne l'a pas adoptée.

273. Après délibération, la Commission a approuvé le projet d'article 12 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

D. Examen du projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques

274. Ayant terminé ses délibérations sur le texte du projet de Loi type, la Commission a procédé à l'examen d'un projet de guide établi par le secrétariat pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne (A/CN.9/493).

Paragraphes 135 et 159

275. Il a été proposé (voir A/CN.9/492/Add.2) de modifier les paragraphes 135 et 159 pour tenir compte des modifications apportées au paragraphe 69 à la suite de la trente-huitième session du Groupe de travail pour limiter le risque que les processus de normalisation volontaires menés par les entreprises ne reçoivent pas toute l'attention voulue.

276. Le texte suivant a été proposé pour remplacer la deuxième phrase du paragraphe 135:

"Le mot "normes" devrait être interprété dans un sens large englobant les pratiques volontaires des divers secteurs d'activité et les usages commerciaux, qui pourraient assurer la souplesse nécessaire à la pratique commerciale, promouvoir des normes ouvertes afin de faciliter l'interopérabilité et servir l'objectif de reconnaissance internationale (au sens de l'article 12). Les textes qui peuvent servir d'exemple sont notamment ceux qui émanent d'organisations internationales comme la Chambre de commerce internationale, les organes régionaux d'accréditation fonctionnant sous l'égide de l'Organisation internationale de normalisation (voir A/CN.9/484, par. 66), le World Wide Web Consortium (W3C), ainsi que les travaux de la CNUDCI elle-même (y compris la Loi type à l'examen et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique)."

Des avis favorables à la modification proposée ont été exprimés, mais on a estimé dans l'ensemble que le texte existant reconnaissait de façon adéquate le rôle des normes volontaires. Au terme d'un débat, il a été convenu que l'ajout des mots "les normes volontaires (au sens du paragraphe 69 ci-dessus)" après les mots "les pratiques des divers secteurs d'activité et les usages commerciaux" dans la deuxième phrase du paragraphe 135 constituerait une référence appropriée à ces normes volontaires.

277. Dans le cadre de ce débat, on a aussi proposé de mentionner dans le paragraphe 135 l'Initiative européenne de normalisation des signatures électroniques (EESSI), à titre d'exemple d'initiative régionale de normalisation dont il faudrait tenir compte lors de l'examen des normes applicables dans le domaine des signatures électroniques. Cette proposition a bénéficié d'un certain appui, mais on a souligné que d'autres initiatives du même genre existaient dans d'autres organisations internationales régionales et qu'il ne fallait pas que le Guide en distingue une. À la suite d'un débat, il a été convenu que le paragraphe 135 devait faire référence en termes généraux aux "initiatives régionales de normalisation".

278. Quant au paragraphe 159, il a été proposé d'en remplacer le texte par le libellé suivant:

"La notion de "norme internationale reconnue" devrait être interprétée de façon large comme englobant à la fois les normes internationales techniques et commerciales (c'est-à-dire les normes du marché) et les normes et règles adoptées par des organismes gouvernementaux ou intergouvernementaux (ibid., par. 49). Des "normes internationales reconnues" peuvent prendre la forme de déclarations sur les pratiques techniques, juridiques ou commerciales acceptées, qu'elles aient été mises au point par le secteur public ou par le secteur privé (ou les deux), de nature normative ou interprétative, généralement acceptées comme internationalement applicables. De telles normes peuvent se présenter sous forme d'exigences, de recommandations, de principes directeurs, de codes de conduite ou de déclarations de bonnes pratiques ou de règles (ibid., par. 101 à 104). Les normes techniques et commerciales internationales volontaires peuvent être à la base des spécifications techniques des produits, des critères en matière d'ingénierie et de conception et du consensus pour la recherche-développement concernant les nouveaux produits. Pour garantir la souplesse nécessaire à cette pratique commerciale, promouvoir des normes ouvertes en vue de faciliter l'interopérabilité et servir l'objectif de reconnaissance internationale (au sens de l'article 12), les États pourront souhaiter tenir dûment compte de la relation entre les spécifications pouvant figurer dans les réglementations nationales ou être autorisées par celles-ci et le processus de normalisation technique volontaire (voir A/CN.9/484, par 46)."

Pour les mêmes raisons que celles qui avaient été exposées dans le cadre du débat susmentionné concernant le paragraphe 135 (voir par. 43 ci-dessus), il a été convenu que l'ajout des mots "les normes volontaires (au sens du paragraphe 69 ci-dessus)" à la fin de la première phrase du paragraphe 159 constituerait une référence suffisante à la normalisation volontaire.

Paragraphe 54

279. En plus de la mention du fait que la signature numérique du prestataire de services de certification "peut être vérifiée au moyen de la clef publique de ce prestataire figurant sur un autre certificat délivré par un autre prestataire" qui figure actuellement au paragraphe 54, il a été proposé d'ajouter la phrase suivante après la deuxième phrase du paragraphe 54:

"Un moyen possible, parmi d'autres, de vérifier la signature numérique du prestataire de services de certification est d'enregistrer cette signature numérique sur un certificat, parfois appelé "certificat source", délivré par ce prestataire de services de certification lui-même."

Dans ce même ordre d'idées, il a été proposé de modifier la fin de la dernière phrase de façon qu'elle se lise comme suit: "en publiant la clef publique du fournisseur de services de certification (voir A/CN.9/484, par. 41) ou certaines données concernant le certificat source (par exemple une "empreinte digitale numérique") dans un bulletin officiel". Cette proposition a recueilli un certain appui, mais il a été objecté que, dans certains pays, il existait une forte opposition à l'utilisation de certificats sources dans la sphère commerciale, pour des raisons liées aux coûts de la mise en place des structures nécessaires et parce qu'on estimait que cela risquait d'aboutir à un système excessivement réglementé. Il a donc été proposé que ces objections soient aussi mentionnées au paragraphe 54. Après un débat, la Commission a convenu qu'il devrait être rendu compte de ces diverses propositions dans le paragraphe 54.

Paragraphe 62

280. Pour ce qui est de l'alinéa 3, il a été proposé de remplacer les mots "découlant à la fois du message signé et d'une clef privée donnée et qui leur est unique" par les mots "qui est unique au message signé". La Commission a adopté cette proposition.

Paragraphe 93

281. Il a été proposé de remplacer les mots "l'identification du signataire et l'intention de signer" par un libellé inspiré de celui qui est employé au paragraphe 29 pour décrire les fonctions fondamentales d'une signature, à savoir "l'identification d'une personne" et "l'association de cette personne avec la teneur d'un document". La Commission a adopté cette proposition.

Paragraphe 153

282. Il a été proposé de citer plus longuement dans le paragraphe 153 le texte du paragraphe 31 du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-septième session (A/CN.9/483). En particulier, on a souligné qu'il fallait faire apparaître dans le Guide que "le paragraphe 2 n'avait pas pour objet de mettre les prestataires étrangers de services de certification en meilleure posture que les prestataires nationaux". Cette proposition a été adoptée par la Commission.

283. Sous réserve de toute modification qui pourrait être nécessaire pour tenir compte des débats et des décisions de la Commission à sa session en cours en ce qui concerne tant le texte de la Loi type que le projet de guide lui-même, et sous réserve de toute modification de forme qui pourrait être nécessaire pour assurer la cohérence terminologique, la Commission a estimé que le texte du projet de guide concrétisait de façon adéquate l'intention de la Commission, à savoir: aider les États à incorporer la Loi type dans leur droit interne et à l'appliquer, et donner des indications aux autres utilisateurs de la Loi type. Le secrétariat a été prié d'établir la version définitive du Guide et de la publier avec le texte de la Loi type.

E. Adoption de la Loi type

284. La Commission, après avoir examiné le texte du projet de Loi type, tel que révisé par le groupe de rédaction, et le projet de guide pour son incorporation établi

par le secrétariat (A/CN.9/493), a adopté la décision ci-dessous à sa 727e séance, le 5 juillet 2001:

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

Rappelant que, conformément à la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1966, elle a pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération l'intérêt qu'ont tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement, à un large développement du commerce international,

Notant qu'un nombre croissant de transactions commerciales internationales font appel à une méthode de communication communément appelée "commerce électronique", qui suppose le recours à des moyens autres que les documents papier pour transmettre, conserver et authentifier l'information,

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

Rappelant également la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique qu'elle a adoptée à sa vingt-neuvième session, en 1996, et complétée par un article supplémentaire (5 *bis*) adopté à sa trente et unième session, en 1998,

Convaincue que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique aide de façon appréciable les États à rendre possible ou à faciliter le recours au commerce électronique en améliorant leur législation régissant l'utilisation d'autres moyens que les documents papier pour transmettre et conserver l'information et en élaborant des lois dans ce domaine lorsqu'ils n'en ont pas encore,

Consciente de la grande utilité des nouvelles technologies communément appelées "signatures électroniques" qui sont utilisées pour l'identification personnelle dans le commerce électronique,

Désireuse de s'appuyer sur les principes fondamentaux qui sous-tendent l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique en ce qui concerne l'exercice de la fonction de signature dans un environnement électronique,

Convaincue que la certitude juridique dans le contexte du commerce électronique sera renforcée par l'harmonisation de certaines règles concernant la reconnaissance juridique des signatures électroniques sur une base technologiquement neutre,

Estimant que la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques aidera de façon appréciable les États à renforcer leur législation régissant l'utilisation des techniques modernes d'authentification et à élaborer des lois dans ce domaine lorsqu'ils n'en ont pas encore,

Étant d'avis que l'établissement de dispositions législatives types facilitant le recours aux signatures électroniques de façon acceptable pour les États dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents pourrait contribuer au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

1. *Adopte* la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, telle qu'elle figure dans l'annexe II du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-quatrième session[7], ainsi que le Guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne;

2. *Prie* le Secrétaire général de transmettre le texte de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques ainsi que le Guide pour son incorporation dans le droit interne aux gouvernements et aux autre organes intéressés;

3. *Recommande* à tous les États d'examiner favorablement la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques nouvellement adoptée, ainsi que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique adoptée en 1996 et complétée en 1998, lorsqu'ils promulgueront des lois ou réviseront leur législation, compte tenu de la nécessité d'assurer l'uniformité du droit applicable aux moyens autres que les documents papier pour transmettre, conserver et authentifier l'information."

IV. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES DANS LE DOMAINE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

285. À la trente-deuxième session de la Commission, en 1999, diverses suggestions ont été faites en ce qui concerne les travaux futurs à mener dans le domaine du commerce électronique après l'achèvement de la Loi type sur les signatures électroniques. Il a été rappelé qu'à la fin de la trente-deuxième session du Groupe de travail il avait été proposé que celui-ci examine, à titre préliminaire, la possibilité d'élaborer une convention internationale fon-dée sur les dispositions pertinentes de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et du projet de règles uniformes sur les signatures électroniques (A/CN.9/446, par. 212). La Commission a été informée qu'un cer-tain nombre de pays s'étaient déclarés intéressés par l'élaboration d'un tel instrument[10].

286. L'attention de la Commission a été attirée sur une recommandation adoptée le 15 mars 1999 par le Centre pour la facilitation des procédures et des pratiques dans l'administration, le commerce et les transports (CEFACT) de la Commission économique pour l'Europe (CEE)[11] tendant à ce que la CNUDCI envisage les mesures à prendre pour veiller à ce que les termes "écrit", "signature" et "document" dans les conventions et accords relatifs au commerce international soient entendus comme autorisant les équivalents électroniques. On s'est déclaré favorable à l'élaboration d'un protocole global visant à modifier les régimes juridiques des traités multilatéraux pour faciliter le recours accru au commerce électronique.

[10]Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément nº 17* (A/53/17), par. 209.

[11]La recommandation du CEFACT à la CNUDCI est reproduite dans le document TRADE/CEFACT/1999/CRP.7. Il est rendu compte de son adoption par le CEFACT dans le rapport de celui-ci sur les travaux de sa cinquantième session (TRADE/CEFACT/1999/19, par. 60).

287. Les autres sujets ci-après ont notamment été proposés: transactions électroniques et droit des contrats; transfert électronique de droits sur des biens corporels; transfert électronique de droits incorporels; droits sur les données électroniques et les logiciels [éventuellement en coopération avec l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)]; clauses types pour la formation de contrats par des moyens électroniques]éventuellement en coopération avec la Chambre de commerce internationale (CCI)] et l'Internet Law and Policy Forum; droit applicable et compétence (éventuellement en coopération avec la Conférence de La Haye de droit international privé); et systèmes de règlement des litiges en ligne[12].

288. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission a procédé à un échange de vues préliminaire sur les travaux futurs dans le domaine du commerce électronique. Elle a concentré son attention sur trois des sujets mentionnés plus haut. Le premier concernait les contrats électroniques du point de vue de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après dénommée la "Convention des Nations Unies sur les ventes" ou la "Convention"). Le deuxième sujet était le règlement en ligne des litiges. Le troisième était la dématérialisation des titres représentatifs, en particulier dans l'industrie des transports.

289. La Commission a accueilli favorablement la proposition tendant à examiner plus avant la possibilité d'entreprendre des travaux sur ces trois sujets à l'avenir. Bien qu'aucune décision sur l'ampleur de ces travaux ne puisse être prise avant que le Groupe de travail sur le commerce électronique n'ait examiné la question, il a été convenu d'une manière générale par la Commission que, lorsqu'il aurait terminé son travail en cours, à savoir l'élaboration du projet de Loi type sur les signatures électroniques, le Groupe de travail examinerait, à sa première réunion en 2001, une partie ou la totalité des sujets susmentionnés, ainsi que tout autre sujet supplémentaire, afin de formuler des propositions plus précises sur les travaux futurs de la Commission. 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 susmentionnéss[13].

290. Le Groupe de travail a examiné ces propositions à sa trente-huitième session, en 2001, sur la base d'un ensemble de notes concernant une éventuelle convention destinée à éliminer les obstacles au commerce électronique dans les conventions internationales existantes (A/CN.9/WG.IV/WP.89), la dématérialisation des titres représentatifs (A/CN.9/WG.IV/WP.90) et les contrats électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.91).

291. Le Groupe de travail a conclu ses délibérations relatives aux travaux futurs en recommandant à la Commission de commencer à titre prioritaire les travaux en vue de l'élaboration d'un instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques. En même temps, il a convenu de recommander à la Commission de charger le secrétariat de mener les études nécessaires sur trois autres sujets qu'il avait examinés, à savoir: *a)* une étude complète des éventuels obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux, portant notamment mais pas exclusivement sur les instruments déjà mentionnés dans l'étude du CEFACT; *b)* une autre étude sur les questions que pose le transfert de droits, en particulier de droits sur des biens corporels, par des moyens électroniques, et les systèmes de publication et d'enregistrement des actes de transfert ou de création de sûretés sur de tels biens; *c)* une étude de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ainsi que du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI visant à déterminer s'ils répondent aux besoins spécifiques de l'arbitrage en ligne (A/CN.9/484, par. 94 à 127).

292. Les participants ont largement appuyé les recommandations du Groupe de travail, estimant qu'elles constituaient une base solide pour les travaux futurs de la Commission. Cependant, les vues divergeaient en ce qui concerne l'ordre de priorité à attribuer aux différents sujets. Certains estimaient qu'un projet visant à éliminer les obstacles au commerce électronique dans les instruments existants devrait avoir la priorité sur les autres sujets et en particulier sur l'élaboration d'un nouvel instrument international sur les contrats électroniques. Il a été dit que les termes "écrit", "signature" et "document", ainsi que d'autres expressions similaires dans les conventions établissant des règles juridiques uniformes et les accords commerciaux existants, créaient déjà des obstacles juridiques et constituaient une source d'incertitudes pour les transactions internationales effectuées par des moyens électroniques. Il ne faudrait pas retarder ni abandonner les efforts visant à éliminer ces obstacles en accordant un degré de priorité plus élevé aux questions concernant les contrats électroniques.

293. Cependant, l'opinion dominante a été favorable à l'ordre de priorité qui avait été recommandé par le Groupe de travail (voir le paragraphe 291). Il a été souligné à cet égard que l'élaboration d'un instrument international sur les contrats électroniques et l'examen de moyens appropriés pour éliminer les obstacles au commerce électronique dans les conventions établissant des règles juridiques uniformes et les accords commerciaux existants n'étaient pas incompatibles. Il a été rappelé à la Commission qu'il avait été convenu à sa trente-troisième session que le Groupe de travail pourrait être amené à étudier plusieurs sujets en parallèle ainsi qu'à procéder à un examen préliminaire de la teneur d'éventuelles règles uniformes sur certains aspects des sujets susmentionnés[14].

294. Des vues divergentes ont également été exprimées en ce qui concerne la portée des travaux futurs sur les contrats électroniques ainsi que sur le moment approprié pour commencer ces travaux. Selon un avis, ceux-ci ne devraient porter que sur les contrats de vente de biens corporels. L'opinion contraire, qui a prévalu au cours des délibérations de la Commission, a été qu'il fallait charger le Groupe de travail sur le commerce électronique d'examiner les questions relatives aux contrats électroniques dans le cadre d'un mandat étendu, sans limiter d'emblée la portée de ses travaux. Il a été entendu toutefois que les

[12] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 315 à 318.

[13] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 384 à 388.

[14] Ibid., par. 387.

transactions impliquant des consommateurs et les contrats autorisant l'utilisation limitée de droits de propriété intellectuelle ne seraient pas examinés par le Groupe de travail. La Commission a pris note de l'une des hypothèses de travail préliminaires formulées par le Groupe de travail, à savoir que l'instrument à établir pourrait revêtir la forme d'une convention à part entière (mais il n'était pas possible de prendre une décision définitive à ce sujet). Cet instrument devrait traiter largement des questions concernant la formation des contrats dans le commerce électronique (A/CN.9/484, par. 124), sans s'immiscer indûment dans le régime bien établi de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (A/CN.9/484, par. 95) et sans interférer inutilement avec le droit des contrats en général. Il a été déclaré à ce sujet que ces travaux devraient mettre l'accent uniquement sur les transactions internationales. Les membres de la Commission ont largement appuyé l'idée exprimée à la trente-huitième session du Groupe de travail, à savoir que, dans la mesure du possible, il ne faudrait pas traiter les opérations de vente sur Internet différemment de celles effectuées par des moyens plus traditionnels (A/CN.9/484, par. 102).

295. En ce qui concerne le calendrier des travaux futurs du Groupe de travail, on s'est déclaré favorable à ce que celui-ci commence à examiner sans retard ces travaux au cours du troisième trimestre de 2001. Toutefois, des participants se sont déclarés fermement convaincus qu'il serait préférable que le Groupe de travail attende le premier trimestre de 2002 afin de donner aux États le temps de mener des consultations internes. La Commission a pris note de cette suggestion et a décidé de revenir sur la question au cours de ses délibérations sur son programme de travail global et sur le projet de calendrier des réunions de ses groupes de travail (voir le paragraphe 425).

V. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

296. 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. Dans cette proposition, il était avancé que, vu le caractère universel de sa composition, 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 les questions du droit de l'insolvabilité. Dans cette proposition toujours, 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.

297. La Commission s'était déclarée consciente de l'importance pour tous les pays de disposer de régimes en matière d'insolvabilité solides. On a exprimé l'avis que le type de régime adopté par un pays était devenu un facteur de première importance dans les cotes de solvabilité internationales. On s'était toutefois déclaré préoccupé par les difficultés qu'entraîneraient des travaux à l'échelon international sur la législation relative à l'insolvabilité, qui faisait intervenir des choix sociopolitiques délicats et potentiellement divergents. Compte tenu de ces difficultés, on avait exprimé la crainte 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 devaient se fonder sur une approche souple laissant aux États divers choix et options. Bien qu'il y ait eu des partisans d'une telle approche souple, il avait été convenu dans l'ensemble 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.

298. Afin de faciliter cette étude, la Commission avait décidé d'organiser une session exploratoire d'un groupe de travail en vue de l'élaboration d'une proposition sur les travaux qu'il serait possible d'entreprendre, proposition qui devait lui être soumise à sa trente-troisième session. Le Groupe de travail a tenu cette session exploratoire à Vienne du 6 au 17 décembre 1999.

299. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission avait pris note de la recommandation que le Groupe de travail avait formulée dans son rapport (A/CN.9/469, par. 140) et lui avait donné 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 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.

300. Il avait été convenu que le Groupe de travail devrait, dans l'accomplissement de sa tâche, tenir dûment compte des travaux entrepris ou achevés par d'autres organisations, notamment la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, la Banque asiatique de développement, International Federation of Insolvency Professionals (INSOL International) et le Comité J de la Section sur le droit commercial de l'Association internationale du barreau (IBA). Pour connaître les vues de ces organisations et tirer parti de leurs connaissances spécialisées, le secrétariat, en coopération avec INSOL International et l'Association internationale du barreau, avait organisé à Vienne, du 4 au 6 décembre 2000, un colloque sur l'insolvabilité internationale.

301. À sa session en cours, la Commission était saisie du rapport du Colloque (A/CN.9/495).

302. La Commission a pris note du rapport avec satisfaction et s'est félicitée des travaux réalisés à ce jour, en particulier de la tenue du Colloque sur l'insolvabilité internationale et des efforts de coordination avec les activités menées par d'autres organisations internationales dans le domaine du droit de l'insolvabilité. La Commission a examiné les recommandations formulées lors du

Colloque, en particulier concernant la forme que pourraient prendre les travaux futurs et l'interprétation du mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-troisième session.

303. S'agissant du mandat confié au Groupe de travail, la Commission a généralement estimé que celui-ci devrait être interprété de manière large pour permettre à ce Groupe de fournir un produit qui tiendrait compte des éléments à inclure mentionnés dans ledit mandat (voir par. 299 ci-dessus et A/CN.9/495, par. 13). Quant à la forme possible des travaux futurs, il a été réaffirmé qu'une loi type sur les caractéristiques essentielles d'un régime d'insolvabilité ne serait ni souhaitable ni possible, étant donné la complexité et la diversité des questions relevant du droit de l'insolvabilité et la disparité des approches adoptées dans les différents systèmes juridiques. Selon une opinion largement partagée, les travaux devraient garantir la plus grande souplesse possible tout en ayant une utilité maximale. On a exprimé la crainte qu'un guide législatif, qui pouvait certes offrir la souplesse nécessaire, ne constitue un produit trop général et trop abstrait pour fournir les lignes directrices requises. De ce fait, il a été estimé que le Groupe de travail devrait toujours veiller à être aussi précis que possible dans ses travaux et, à cet égard, qu'il devrait inclure autant que possible des dispositions législatives types, même si celles-ci ne portaient que sur certaines des questions devant être traitées dans le guide.

304. On a largement estimé que les travaux devraient prendre la forme d'un guide législatif. On a fait observer qu'un tel produit final pourrait se révéler très utile non seulement pour les pays qui n'avaient pas de régime d'insolvabilité bien conçu et efficace et devaient en créer un, mais également pour ceux qui avaient entrepris ou envisageaient de revoir et de moderniser leurs systèmes nationaux. Toutefois, selon un avis, le Groupe de travail ne devait pas, dans ce guide, se contenter d'harmoniser les lois existantes, mais s'attacher également à favoriser les échanges et promouvoir le commerce.

305. On a déclaré que les trois grands volets autour desquels s'articulerait le guide [brièvement présentés dans le rapport du Colloque (A/CN.9/495, par. 30 à 33)] constituaient une structure appropriée pour les éléments essentiels et devraient servir de base pour les travaux envisagés. S'agissant du fond, un certain nombre de suggestions ont été faites, notamment celles de garder à l'esprit, lors de l'élaboration du guide, un certain nombre de principes et d'objectifs fondamentaux tels que: la prise en compte de l'ordre public et de l'intérêt général; le rôle directeur des tribunaux; la reconnaissance d'un régime particulier pour les créances publiques; la reconnaissance de la priorité du redressement sur la liquidation; le maintien de l'activité et des emplois; le système de garantie des salaires; le contrôle des mandataires par les tribunaux; l'égalité de traitement des créanciers et la transparence des procédures collectives. On a fait observer que ces principes ne devraient pas être considérés comme limitant le mandat du Groupe de travail, mais que ce dernier pourrait s'en servir utilement comme lignes directrices et éviter ainsi de donner au guide un caractère trop général. Il faudrait également garder hors champ ou préserver un régime particulier pour les banques et établissements financiers.

306. D'autres observations ont également bénéficié d'un certain appui, à savoir la nécessité de tenir compte d'un certain nombre de points qui avaient posé des problèmes dans l'insolvabilité internationale, tels que la difficulté qu'il y avait à rassembler et diffuser des informations sur les sociétés soumises à une procédure d'insolvabilité, la possibilité donnée aux créanciers étrangers de produire leurs créances, l'égalité de traitement des créanciers étrangers et le traitement des créances tardives, en particulier lorsqu'elles pouvaient émaner de créanciers étrangers. On a aussi signalé les problèmes liés à l'octroi d'un crédit et le fait que des décisions insuffisamment réfléchies d'accorder un tel crédit se révélaient souvent être l'une des causes, quoique apparemment lointaine, de l'insolvabilité. On a rappelé que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale traitait déjà un certain nombre de ces problèmes. Il a été noté que si certaines des questions pouvaient être pertinentes également dans le contexte du guide envisagé, l'intention n'était pas qu'il modifie de quelque façon que ce soit la Loi type.

307. La Commission a noté qu'il était important de former les professionnels de l'insolvabilité et les personnels des systèmes judiciaires à un fonctionnement efficace et ordonné d'un régime d'insolvabilité et a entendu des déclarations sur les travaux entrepris par d'autres organisations internationales pour atteindre cet important objectif.

308. Après un débat, la Commission a confirmé que le mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail à sa trente-troisième session devait être interprété de manière large de façon qu'on obtienne un produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif.

VI. RÈGLEMENT DES LITIGES COMMERCIAUX

309. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission était saisie d'une note intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460)[15]. 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

[15]Cette note s'inspirait des idées, suggestions et considérations exprimées dans différents contextes, tels que la Journée de la Convention de New York (*Exécution des sentences arbitrales dans le cadre 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 instances internationales, telles que la conférence donnée à Freshfields en 1998 par Gerold Herrmann, "Does the world need additional uniform legislation on arbitration?" (*Arbitration International*, vol. 15, nº 3 (1999), p. 211).

idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage[16].

310. La Commission a confié la tâche à l'un de ses 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[17], la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage[18], la force exécutoire des mesures conservatoires[19] et la possibilité d'exécution d'une sentence annulée dans l'État d'origine[20].

311. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/468). Elle a pris note du rapport avec satisfaction et réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter les questions identifiées pour les travaux futurs. 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 laissant 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 comme tels, 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[21].

312. À sa session en cours, la Commission a pris note avec satisfaction des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (A/CN.9/485 et A/CN.9/487, respectivement). Elle l'a félicité pour les progrès accomplis jusqu'à présent en ce qui concerne les trois principales questions examinées, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, les questions relatives aux mesures provisoires ou conservatoires et l'élaboration d'une loi type sur la conciliation.

313. En ce qui concerne la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, la Commission a noté que le Groupe de travail avait examiné le projet de disposition législative type modifiant le paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (voir A/CN.9/WG.II/WP.113, par. 13 et 14) et un projet d'instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York (par. 16). Conformément à un avis exprimé dans le cadre de la trente-quatrième session du Groupe de travail (A/CN.9/487, par. 30), on s'est demandé si une simple référence à des conditions d'arbitrage ou à un règlement d'arbitrage type disponible sous forme écrite remplissait la condition de la forme écrite. Il a été déclaré qu'une référence de ce genre ne devrait pas être considérée comme remplissant la condition de l'écrit, du fait que le texte auquel il était fait référence n'était pas la convention d'arbitrage elle-même, mais un ensemble de règles de procédure à suivre pour l'exercice de cet arbitrage (c'est-à-dire un texte qui le plus souvent existerait avant la convention et résulterait de l'action de personnes qui n'étaient pas parties à la convention d'arbitrage elle-même). Il a été souligné que, dans la plupart des cas concrets, c'était à la convention conclue entre les parties de compromettre qu'il faudrait imposer une forme susceptible de faciliter la preuve ultérieure de l'intention des parties. En réponse à cette préoccupation, il a été estimé généralement que, si le Groupe de travail ne devrait pas perdre de vue l'importance de la certitude quant à l'intention des parties de compromettre, il était important aussi d'œuvrer en vue de faciliter une interprétation plus souple de la prescription stricte de la forme écrite contenue dans la Convention de New York, afin de ne pas frustrer l'attente des parties lorsqu'elles conviennent d'arbitrer. À cet égard, la Commission a pris note de la possibilité pour le Groupe de travail d'examiner plus avant la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention de New York.

314. En ce qui concerne les questions liées aux mesures provisoires ou conservatoires, la Commission a noté que le Groupe de travail avait examiné un projet de texte visant à modifier l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et le texte du paragraphe 1 *a* i d'un projet de nouvel article établi par le secrétariat à ajouter à cette Loi type (A/CN.9/WG.II/WP.113, par. 18). Le Groupe de travail a été prié de poursuivre ses travaux sur la base du projet de dispositions révisé devant être établi par le secrétariat.

315. En ce qui concerne la conciliation, la Commission a noté que le Groupe de travail avait examiné les articles 1 à 16 du projet de dispositions législatives types (A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1). De l'avis général, on pouvait escompter que les travaux relatifs à ce projet de dispositions législatives types seraient achevés par le Groupe de travail à sa prochaine session. La Commission a prié le Groupe de travail d'examiner ces dispositions à titre prioritaire de manière que l'instrument soit présenté sous forme de projet de loi type pour examen et adoption par la Commission à sa trente-cinquième session en 2002.

[16] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.

[17] Ibid., par. 340 à 343.

[18] Ibid., par. 334 à 350.

[19] Ibid., par. 371 à 373.

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

[21] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 396.

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

316. Il a été rappelé que la Commission, à sa vingt-huitième session, en 1995, avait approuvé le projet, entrepris conjointement avec le Comité D de l'Association internationale du barreau, consistant à suivre l'application de la Convention de New York[22] dans la législation des États contractants. Il a été souligné que le projet, tel qu'approuvé par la Commission, se limitait à cet objectif et, en particulier qu'il n'avait pas pour but de suivre toutes les décisions judiciaires prises en application de la Convention. Pour pouvoir établir un rapport sur le sujet, le secrétariat avait envoyé aux États parties à la Convention un questionnaire portant sur le régime juridique régissant dans ces États la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères.

317. Il a été noté que, au début de la session en cours de la Commission, le secrétariat avait reçu 59 réponses au questionnaire (sur un total de 125 États parties).

318. La Commission a de nouveau demandé aux États parties à la Convention de répondre le plus tôt possible au questionnaire s'ils ne l'ont pas encore fait ou d'informer le secrétariat, le cas échéant, de tous faits nouveaux survenus depuis qu'ils y ont répondu. Elle a demandé au secrétariat d'établir, pour qu'elle l'examine à une session ultérieure, une note présentant des conclusions tirées de l'analyse des informations recueillies.

VIII. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES DANS LE DOMAINE DU DROIT DES TRANSPORTS

319. Lorsqu'elle a examiné les travaux qui pourraient être menés dans le domaine du commerce électronique, à la suite de l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique à sa vingt-neuvième session, en 1996[23], la Commission a étudié une proposition tendant à inscrire à son programme de travail un examen des pratiques et lois actuelles dans le domaine du transport international de marchandises par mer, en vue de déterminer s'il était nécessaire d'établir des règles uniformes lorsqu'il n'en existait pas et d'uniformiser davantage les textes législatifs[24].

320. À cette session, la Commission avait été informée que les lois nationales et les conventions internationales en vigueur comportaient d'importantes lacunes sur des questions telles que le fonctionnement des connaissements et des lettres de transport maritime, la relation entre ces documents de transport et les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur des marchandises ainsi que la situation juridique des entités assurant le financement à une partie au contrat de transport. Certains États avaient bien des dispositions juridiques en la matière, mais celles-ci étaient disparates, et beaucoup n'en avaient pas, ce qui entravait la libre circulation des marchandises et augmentait le coût des opérations. Les moyens électroniques de communication étant de plus en plus largement utilisés pour le transport de marchandises, les conséquences du caractère fragmentaire et disparate de ces lois étaient d'autant plus graves et il devenait nécessaire d'introduire des dispositions uniformes pour régler les questions propres à l'utilisation des nouvelles technologies[24].

321. Il a donc été proposé que le secrétariat soit prié de demander non seulement aux gouvernements, mais aussi et surtout aux organisations intergouvernementales et non gouvernementales compétentes représentant les différents intérêts dans le transport international de marchandises par mer leurs vues et leurs suggestions sur ces difficultés[25]. Il a été déclaré qu'une analyse de ces vues et suggestions permettrait au secrétariat de présenter à la Commission, à une prochaine session, un rapport qui donnerait à cette dernière la possibilité de prendre, en connaissance de cause, une décision sur la manière de procéder la plus souhaitable[25].

322. Plusieurs réserves ont été formulées au sujet de cette proposition[26]. Tout d'abord, les questions à traiter étaient nombreuses et complexes, ce qui grèverait les ressources limitées du secrétariat. Il fallait accorder la priorité à d'autres sujets qui étaient, ou devaient être prochainement, à l'ordre du jour de la Commission. En outre, étant donné la coexistence continue de différents traités régissant la responsabilité dans le transport de marchandises par mer et la lenteur du processus d'adhésion à la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg), il était peu probable que l'addition d'un nouveau traité aux traités en vigueur se traduise par une plus grande harmonie des lois. De fait, le manque d'harmonie entre les lois risquait de s'accroître[27].

323. De plus, on a dit que tout travail impliquant un réexamen du régime de responsabilité risquait de décourager les États d'adhérer aux Règles de Hambourg, ce qui serait regrettable. On a souligné que, si une étude était menée, elle ne devrait pas porter sur le régime de responsabilité. On a répondu, toutefois, qu'un examen du régime de responsabilité n'était pas l'objectif principal des travaux proposés. Ce qui était nécessaire en fait, c'était d'apporter des solutions modernes aux problèmes qui n'étaient pas ou pas suffisamment abordés dans les traités[27].

324. Compte tenu de cette divergence de vues, la Commission n'a pas inscrit l'examen des questions proposées à son ordre du jour. Elle a néanmoins décidé que le secrétariat devait centraliser les informations, idées et opinions quant aux problèmes qui se posaient dans la pratique et quant aux solutions pouvant y être apportées. Il a également été convenu que ce recueil d'informations devrait se faire auprès d'un grand nombre de sources, à savoir, outre les gouvernements, des organisations internationales représentant les secteurs commerciaux intervenant dans le transport de marchandises par mer, comme le Comité

[22]Ibid., *cinquantième session, Supplément nº 17* (A/50/17), par. 401 à 404, et ibid., *cinquante et unième session, Supplément nº 17* (A/51/17), par. 238 à 243.

[23]Ibid., *cinquante et unième session, Supplément nº 17* (A/51/17).

[24]Ibid., par. 210.

[25]Ibid., par. 211.

[26]Ibid., par. 211 à 214.

[27]Ibid., par. 213.

maritime international (CMI), la CCI, l'Union internationale d'assurances transports, la Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés (FIATA), la Chambre internationale de la marine marchande et l'Association internationale des ports[28].

325. À sa trente et unième session, en 1998, la Commission a entendu une déclaration, faite au nom du CMI, dans laquelle celui-ci se félicitait de l'invitation à coopérer avec le secrétariat pour obtenir les vues des secteurs intervenant dans le transport international des marchandises et analyser ces informations. Il a été déclaré qu'une telle analyse permettrait à la Commission de se prononcer en connaissance de cause sur la marche à suivre[29]. À cette session, les travaux exploratoires entrepris par le CMI et le secrétariat ont été fermement appuyés. La Commission a remercié le Comité d'avoir accepté de se lancer dans ce projet important et d'envergure, pour lequel aucun précédent ou presque n'existait au niveau international[30].

326. À la trente-deuxième session de la Commission, en 1999, il a été déclaré, au nom du CMI, qu'un groupe de travail de ce dernier avait été chargé 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 secteurs concernés[31]. Lors de cette étude, il est apparu que lesdits secteurs portaient un grand intérêt à la réalisation de ce projet et qu'ils se proposaient d'y participer en apportant leurs connaissances techniques et juridiques. À en juger par cette réaction favorable et par les premières conclusions du groupe de travail du CMI, il a semblé qu'une harmonisation plus poussée du droit des transports profiterait énormément au commerce international. Le groupe de travail du CMI avait recensé plusieurs points qui n'étaient pas traités par les instruments d'unification existants. Certains d'entre eux 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 du CMI avait constaté 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, par exemple). Le groupe de travail du CMI souhaitait mettre au clair la nature et la fonction de ces relations et recueillir et analyser les règles qui les régissaient, ce qui l'amènerait ultérieurement à réévaluer les principes de responsabilité pour déterminer leur compatibilité avec les règles relatives au transport de marchandises en général[31].

327. À cette session, on a également indiqué que le groupe de travail du CMI avait envoyé un questionnaire à toutes les organisations membres du CMI couvrant un grand nombre de systèmes juridiques. L'intention du CMI était, une fois reçues les réponses au questionnaire, de créer un sous-comité international chargé d'analyser les informations recueillies et de définir une base de travail en vue d'harmoniser la législation dans le domaine du transport international de marchandises. La Commission avait reçu l'assurance que le CMI l'aiderait à établir un instrument d'harmonisation universellement acceptable[32].

328. Toujours à cette session, la Commission a remercié le CMI d'avoir donné suite à sa demande de coopération et 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[33].

329. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission avait été 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. Elle avait également entendu un rapport oral fait au nom du CMI. Le groupe de travail du CMI avait entrepris, en coopération avec le secrétariat, une enquête sur la base d'un questionnaire couvrant différents systèmes juridiques adressé aux organisations membres du CMI. Il a aussi été noté parallèlement que plusieurs tables rondes avaient été organisées en vue d'examiner les principaux aspects des travaux futurs avec des organisations internationales représentant divers secteurs. Ces réunions ont permis à ceux-ci de témoigner de leur soutien continu et de leur intérêt toujours aussi vif pour le projet.

330. Il a été indiqué que, une fois reçues les réponses au questionnaire, le CMI avait 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 aussi précisé que, compte tenu de l'enthousiasme dont l'industrie du transport avait jusqu'ici fait preuve et des premières conclusions quant aux domaines du droit qui devaient être mieux harmonisés, il était probable que ce projet débouche, à terme, sur un instrument d'harmonisation universellement acceptable.

331. Lors des débats du sous-comité du CMI, il a été noté que, si des connaissements étaient certes encore utilisés, en particulier lorsqu'un document négociable était exigé, le transport effectif par mer représentait parfois seulement 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 a été proposé, par conséquent, d'examiner également, lors de l'élaboration d'un régime

[28]Ibid., par. 215.

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

[30]Ibid., par. 266.

[31]Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 413.

[32]Ibid., par. 415.

[33]Ibid., par. 418.

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 le chargement et après le déchargement, ainsi que les questions qui se posaient en cas de transport multimodal. Il a été noté que les travaux, au départ, devaient essentiellement consister à examiner les domaines du droit régissant le transport de marchandises qui n'étaient pas déjà visés par un accord international, mais on s'était de plus en plus rendu compte que l'actuel projet, d'une assise assez large, devrait inclure également la mise en place d'un régime de responsabilité actualisé qui compléterait les dispositions de l'instrument d'harmonisation proposé.

332. Certains ont déclaré au sein de la Commission que le moment était venu de s'employer activement 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. On a aussi fait observer que 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.

333. Dans le cadre de la trente-troisième session de la Commission, un colloque sur le droit des transports, organisé conjointement par le secrétariat et le CMI, s'est tenu à New York le 6 juillet 2000. Ce colloque avait pour but de recueillir des idées et des avis d'experts sur des problèmes se posant dans le transport international de marchandises, en particulier le transport de marchandises par mer, de recenser les questions relatives au droit des transports sur lesquelles la Commission souhaiterait peut-être se pencher dans le cadre de travaux futurs et, dans la mesure du possible, de proposer des solutions envisageables. Le colloque a permis à de nombreuses organisations intéressées, ainsi qu'à des représentants d'organisations de transporteurs et de chargeurs, d'exprimer leurs vues sur les domaines du droit des transports devant éventuellement faire l'objet d'une réforme.

334. Une majorité d'intervenants ont reconnu que les lois nationales et les conventions internationales en vigueur comportaient d'importantes lacunes sur des questions telles que le fonctionnement des connaissements et des lettres de transport maritime, la relation entre ces documents de transport et les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur des marchandises ainsi que la situation juridique des bailleurs de fonds d'une partie au contrat de transport. De l'avis général, face aux changements apportés par le développement du transport multimodal et l'utilisation du commerce électronique, il était nécessaire de réformer le droit des transports de manière à réglementer tous les contrats de transport, qu'ils s'appliquent à un ou à plusieurs modes de transport et qu'ils soient conclus sous forme électronique ou par écrit. Les aspects qu'il convenait d'examiner dans tout processus de réforme étaient notamment les suivants: définition plus précise du rôle, des responsabilités, des obligations et des droits de toutes les parties concernées et définition plus claire du moment auquel la livraison était présumée avoir lieu; élaboration de règles pour les cas où l'on ignorait à quel stade du transport des marchandises avaient été perdues ou endommagées; établissement des conditions ou du régime de responsabilité devant s'appliquer et détermination des limites financières de la responsabilité; et insertion de dispositions visant à prévenir l'utilisation frauduleuse des connaissements.

335. À cette session, la Commission s'est félicitée de la coopération fructueuse entre le CMI et le secrétariat. Plusieurs intervenants ont déclaré qu'il était nécessaire d'associer d'autres organisations intéressées, notamment celles représentant les intérêts des propriétaires de cargaison, à l'ensemble des travaux préparatoires. La Commission a prié le secrétariat de continuer à coopérer activement avec le CMI en vue de lui présenter, à sa prochaine session, un rapport indiquant les points du droit des transports qu'elle pourrait examiner lors de travaux futurs.

336. Il a été noté avec satisfaction qu'un sous-comité international du CMI, aux travaux duquel toutes les associations de droit maritime membres du CMI avaient été invitées à participer, s'était réuni quatre fois en 2000 pour examiner la portée d'un futur instrument sur le droit des transports et les solutions de fond envisageables pour un tel instrument (les 27 et 28 janvier, 6 et 7 avril, 7 et 8 juillet et 12 et 13 octobre). Plusieurs autres organisations non gouvernementales, dont la FIATA, le Conseil maritime baltique et international (BIMCO), la CCI, la Chambre internationale de la marine marchande, l'Union internationale d'assurances transports et l'International Group of P & I Clubs avaient participé à ces réunions en qualité d'observateurs. Les tâches du sous-comité, telles que définies par le CMI en consultation avec le secrétariat, étaient les suivantes: déterminer dans quels domaines du droit des transports qui ne sont pas soumis actuellement à des régimes internationaux de responsabilité il est possible de parvenir à une plus grande uniformité au niveau international; définir les grandes lignes d'un projet d'instrument visant à uniformiser le droit des transports puis rédiger des projets de dispositions devant être insérées dans l'instrument proposé, y compris des dispositions relatives à la responsabilité. En outre, le sous-comité devait examiner comment l'instrument pourrait couvrir d'autres formes de transport associées au transport par mer. Les grandes lignes du projet d'instrument ainsi qu'un document concernant les questions de transport de porte à porte ont été examinés lors de la grande conférence internationale du CMI tenue à Singapour du 12 au 16 février 2001. Il a été

annoncé que, comme suite aux débats de la conférence, le sous-comité poursuivrait ses travaux en vue de trouver des solutions susceptibles de recueillir l'agrément des secteurs intervenant dans le transport international de marchandises par mer.

337. À sa trente-quatrième session, la Commission était saisie d'un rapport du Secrétaire général (A/CN.9/497) qui avait été établi à sa demande.

338. Le rapport dont la Commission était saisie présentait un résumé des remarques et des suggestions issues des travaux du sous-comité international du CMI. Les solutions législatives envisageables n'y étaient pas présentées en détail parce que le sous-comité était en train de les examiner. Ce rapport avait pour objet de permettre à la Commission d'évaluer l'objectif et la portée de ces solutions et de déterminer comment elle entendait procéder. Il y était indiqué que les questions devant être traitées dans le futur instrument étaient notamment les suivantes: champ d'application de l'instrument, durée de la responsabilité du transporteur, obligations du transporteur, responsabilité du transporteur, obligations du chargeur, documents de transport, fret, livraison au destinataire, droit des parties ayant un intérêt dans la cargaison à en disposer pendant le transport, transfert des droits sur des marchandises, détermination de la partie qui a le droit d'intenter une action contre le transporteur et prescription des actions contre le transporteur.

339. Il était dit dans le rapport que les consultations que le secrétariat avait menées conformément au mandat que lui avait confié la Commission en 1996 montraient que des travaux pourraient utilement être entrepris en vue d'élaborer un instrument international (pouvant éventuellement revêtir la forme d'un traité international) qui moderniserait le droit des transports, tiendrait compte des progrès techniques les plus récents comme le commerce électronique et supprimerait les écueils juridiques mis en évidence par la Commission dans le domaine du transport international de marchandises par mer. L'examen d'éventuelles solutions législatives par le CMI progressait rapidement et un texte préliminaire comprenant des projets de dispositions possibles pour un futur instrument législatif, assorti de variantes et de commentaires, devait en principe être élaboré d'ici à décembre 2001.

340. Il a été suggéré que la Commission commence à examiner la faisabilité, la portée et le contenu d'un futur instrument législatif en 2002 en confiant cette tâche à un groupe de travail intergouvernemental.

341. La Commission a été informée par un représentant du CMI que les membres de ce dernier avaient largement appuyé les travaux du sous-comité. Lors des consultations menées par le CMI, l'importance de ce projet avait été reconnue, ainsi que la nécessité de faire en sorte que ses objectifs soient compatibles avec le commerce électronique et de clarifier davantage les relations entre le chargeur, le transporteur et le destinataire, même si ces relations étaient déjà couvertes par les régimes internationaux existants. La Commission a exprimé sa gratitude au CMI pour les consultations intenses et fructueuses qu'il avait menées jusqu'à maintenant.

342. Selon une opinion, il était important de concentrer l'attention sur les questions qui n'étaient pas traitées par les conventions internationales existantes. En particulier, on a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'élaborer de nouvelles règles sur des questions déjà couvertes par des traités internationaux comme la responsabilité du transporteur, car il n'était pas certain que les États accepteraient un nouveau régime. En outre, il a été estimé que le régime devant être élaboré ne devrait s'appliquer qu'aux opérations de transport de port à port et qu'il ne fallait pas l'étendre au transport intérieur ni essayer d'y inclure les opérations de transport de porte à porte. Selon une opinion contraire, les conventions internationales existantes traitaient souvent les questions de manière divergente et il y avait des décalages entre les textes existants et les problèmes dus au fait que des États différents étaient parties à des instruments différents. Selon une opinion, la Commission ne devrait pas aborder les questions concernant le transport de porte à porte sans entreprendre une analyse approfondie des régimes nationaux et internationaux applicables aux transports multimodaux. Il a été annoncé au nom de la CNUCED que celle-ci avait entrepris récemment des études sur les questions intéressant le transport multimodal qui montraient que la Convention des Nations Unies sur le transport multimodal international de marchandises, bien que n'étant pas entrée en vigueur et n'ayant recueilli qu'un petit nombre d'adhésions, avait exercé une influence sur les législations nationales et les efforts d'harmonisation régionale dans ce domaine[34]. Tout en notant que les travaux qu'il était envisagé de confier à la CNUDCI présentaient de l'intérêt pour la CNUCED, on s'est également déclaré préoccupé par le fait qu'il était jugé inopportun d'étendre les règles régissant le transport de marchandises par mer au transport intérieur.

343. Une autre opinion a été qu'il ne faudrait pas se limiter aux questions qui n'étaient pas traitées par les conventions internationales existantes et que le programme de travail indiqué dans le rapport sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports (A/CN.9/497) était approprié, car il englobait les questions de responsabilité et envisageait, sous réserve que de nouvelles études plus détaillées soient effectuées, la possibilité d'aborder des questions qui se posent au-delà du trajet marin d'un contrat de transport dans le contexte des opérations de transport de porte à porte. L'idée de confier un mandat aussi large à un groupe de travail a été largement appuyée.

344. Il a été annoncé que le secrétariat de la CEE, en coopération avec des experts gouvernementaux et des représentants de divers secteurs d'activités intervenant dans le transport international de marchandises, étudiait les possibilités de concilier et d'harmoniser les régimes de responsabilité civile régissant le transport multimodal. Des débats organisés par la CEE avaient montré qu'il n'existait à l'heure actuelle aucun consensus sur les mesures à prendre au niveau international dans ce domaine. Les experts, qui représentaient principalement les intérêts maritimes ainsi que les transitaires et les assureurs, n'étaient pas favorables d'une manière générale à l'élabo-

[34] *Implementation of Multimodal Transport Rules*, rapport établi par le secrétariat de la CNUCED, UNCTAD/SDTE/ TLB/2, 25 juin 2001.

ration d'un régime juridique international obligatoire de responsabilité civile couvrant les opérations de transport multimodal, alors que les experts représentant le secteur des transports routiers et ferroviaires, les exploitants de transport combiné, les clients des transporteurs et les chargeurs estimaient que des travaux visant à harmoniser les régimes de responsabilité régissant les divers modes de transport devaient être menés d'urgence et qu'un régime international unique de responsabilité civile régissant les opérations de transport multimodal était nécessaire. Il a été noté que la CEE poursuivait ses travaux exploratoires concernant le transport multimodal et était disposée à partager son expérience dans ce domaine avec la Commission. Selon un avis, toutefois, la Commission devrait, à ce stade, éviter les questions du transport multimodal, étant donné la difficulté de fusionner les pratiques dans les quatre modes de transport.

345. Après délibération, la Commission a décidé de créer un groupe de travail pour examiner les questions indiquées dans le rapport sur les travaux futurs possibles (A/CN.9/497). Le secrétariat établirait, à l'intention de ce groupe de travail, un document de travail préliminaire dans lequel seraient présentés, assortis de variantes et de commentaires, les projets de dispositions possibles pour un futur instrument législatif que le CMI était en train d'élaborer. En ce qui concerne la portée des travaux, il a été décidé que les questions de responsabilité devraient être incluses. La Commission a décidé que, dans un premier temps, le groupe de travail examinerait les opérations de transport de port à port; cependant, le groupe de travail avait toute latitude pour étudier s'il serait souhaitable et réaliste d'examiner également les opérations de transport de porte à porte ou certains aspects de ces opérations et, en fonction des résultats de ces études, recommander à la Commission d'étendre, le cas échéant, son mandat. Il a été déclaré que les solutions adoptées dans la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991) devraient également être prises dûment en compte. Il a également été convenu que les travaux devraient être menés en coopération étroite avec les organisations intergouvernementales qui mènent des travaux dans le domaine du droit des transports [telles que la CNUCED, la CEE, d'autres commissions régionales de l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation des États américains (OEA)], ainsi que d'autres organisations internationales non gouvernementales.

IX. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES DANS LE DOMAINE DES SÛRETÉS

346. La Commission a examiné une note du secrétariat sur la question des sûretés (A/CN.9/496). Il a été rappelé qu'à sa trente-troisième session, en 2000, la Commission avait examiné un rapport sur les activités en cours dans le domaine des sûretés (A/CN.9/475). Ce rapport faisait non seulement état de l'intérêt porté par la Commission à la question des sûretés depuis la fin des années 70, de ses travaux antérieurs sur ce sujet et de l'évolution observée dans ce domaine au cours des 25 dernières années, mais présentait également des propositions quant aux domaines qui pourraient se prêter à de futurs travaux.

347. À la même session, il a été reconnu que la question des sûretés était d'une grande importance et avait été portée 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 des lois modernes sur le crédit assorti d'une sûreté pourraient réduire les inégalités entre parties des pays développés et parties 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 que ces lois 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[35].

348. À la même session encore, un certain nombre de propositions ont été formulées quant à la portée des travaux. Selon l'une d'entre elles, il convenait d'élaborer une loi uniforme qui traiterait des sûretés sur les valeurs mobilières (par exemple les actions, obligations, swaps et produits dérivés). Il a été déclaré que de telles valeurs, qui étaient détenues sous la forme d'écritures sur un registre par un intermédiaire et, matériellement, par un établissement dépositaire, étaient des instruments importants qui servaient de base à l'octroi d'énormes quantités de crédit, 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, divers pays dont les lois étaient souvent incompatibles entre elles, voire inadéquates pour traiter les problèmes qui se posaient, étaient normalement impliqués. 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 en outre constaté qu'il était 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 envisageait de traiter cette question révélait tant son importance que son urgence. Il convenait de souligner à cet égard que les travaux de la Commission pourraient être parfaitement compatibles avec ceux 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[36].

349. Toujours à cette session, la Commission avait 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, et de l'adoption d'une décision sur les travaux susceptibles d'être entrepris à l'avenir.

[35] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 459.

[36] Ibid., par. 462.

350. Concernant cette étude, une déclaration a été faite au nom du secrétariat de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) dans laquelle il a été noté que, vu les ressources consacrées à des travaux de recherche et à l'élaboration de dispositions types sur le droit des opérations assorties d'une sûreté, le secrétariat d'Unidroit était sensible à l'importance de cette question. Il a été déclaré en outre que, compte tenu des travaux réalisés par le secrétariat d'Unidroit dans un domaine défini dans l'étude comme celui des "sûretés sur des valeurs mobilières" et de la nécessité de tout mettre en œuvre pour éviter un chevauchement d'activités, il semblait souhaitable que la Commission s'abstienne d'entreprendre des travaux sur ce sujet. On a exprimé l'espoir que l'omission d'un rapport sur les développements en cours dans le même domaine du droit serait rectifiée dans la documentation future. Il a été fait référence en particulier au projet de convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, qui traitait de nombre des mêmes questions et qui devrait être prêt en novembre 2001, ainsi qu'à une loi nationale type de l'OEA sur les opérations garanties, qui devrait aussi être prête en novembre 2001.

351. Après s'être félicitée de l'étude établie par le secrétariat, la Commission a ouvert le débat. Des vues divergentes ont été exprimées quant à l'opportunité pour la Commission d'entreprendre des travaux sur les sûretés. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, de tels travaux devraient être entrepris en raison des incidences économiques bénéfiques de dispositions législatives modernes applicables au crédit garanti. Il a été constaté que des insuffisances dans ce domaine pouvaient — l'expérience l'avait montré — avoir d'importants effets négatifs sur le système économique et financier d'un pays. Il a également été déclaré qu'un cadre juridique efficace et prévisible présentait des avantages macroéconomiques à court et à long terme. À court terme, à savoir en cas de crise du secteur financier dans un pays donné, un tel cadre était indispensable, notamment dans l'optique de la réalisation des créances, pour aider les banques et d'autres établissements financiers à remédier à la détérioration de leurs créances grâce à des mécanismes d'exécution rapides et pour faciliter la restructuration des entreprises en offrant un vecteur susceptible de créer des incitations en vue d'un financement provisoire. À plus long terme, un cadre juridique à la fois souple et efficace en matière de sûretés pouvait constituer un instrument utile pour doper la croissance économique. De fait, faute de pouvoir accéder au crédit à des conditions abordables, il était impossible de promouvoir la croissance économique, la compétitivité et le commerce international, les entreprises étant dans l'incapacité de se développer pour réaliser tout leur potentiel.

352. Il a été déclaré d'autre part que, comme le montrait l'étude, la question des sûretés était fort complexe et délicate à traiter. On a déploré que l'étude ne précise pas clairement les incidences que les résultats d'efforts éventuels dans ce domaine du droit pouvaient avoir sur le droit national. Il a été noté que l'étude n'envisageait pas la façon dont les travaux de la CNUDCI pouvaient être coordonnés avec ceux d'autres organisations sur des questions connexes. Il a donc été suggéré de s'abstenir de remettre à plus tard toute décision sur le point de savoir si des travaux devaient être entrepris dans ce domaine, car il était trop tôt pour pouvoir prendre une décision en connaissance de cause, d'autant que l'étude n'examinait pas tous les aspects pertinents de manière approfondie.

353. Ces préoccupations n'ont pas été partagées pour diverses raisons. D'une part, il a été déclaré que l'étude constituait, au contraire, une base permettant de prendre une décision dûment étayée à la session en cours. D'autre part, il a été indiqué que le fait de ne pas prendre de décision à ce sujet reviendrait à manquer une occasion de contribuer à promouvoir l'expansion d'un crédit meilleur marché. Il a été largement estimé que, comme plusieurs institutions l'avaient attesté, il semblait nécessaire de mettre en place un régime juridique applicable aux sûretés. Il a été noté qu'un régime de ce type serait bénéfique non seulement aux pays qui souhaitaient participer au commerce international et étaient dépourvus de règles concernant les opérations garanties, mais également à ceux qui avaient des régimes dépassés. On a fait état, par exemple, de plusieurs pays qui avaient récemment adopté de nouvelles règles relatives aux sûretés et où l'offre de crédit à des taux modiques s'était accrue. Il a donc été proposé de créer un groupe de travail chargé d'examiner la question des sûretés. Cette proposition a été largement appuyée.

354. Notant que l'idée de créer un groupe de travail faisait l'objet d'un large soutien, la Commission a centré son attention sur la portée des travaux qu'il devrait entreprendre. Il a été suggéré que le groupe de travail ne s'occupe pas des sûretés sur les valeurs mobilières, cette question intéressant tout particulièrement Unidroit. La Commission a approuvé cette suggestion.

355. Il a également été jugé préférable que le groupe de travail n'examine pas la question des sûretés sur les droits de propriété intellectuelle, vu que les travaux à entreprendre dans ce domaine semblaient moins nécessaires et qu'il ne fallait donc pas leur accorder la priorité. On a déclaré aussi que le recoupement du droit de la propriété intellectuelle, du droit des contrats et du droit du financement garanti s'était révélé alors être une tâche difficile dans d'autres forums et qu'il n'y avait pas actuellement de consensus sur la question. On a indiqué que s'il était ultérieurement décidé d'effectuer des travaux en la matière, les efforts éventuels visant à élaborer un régime applicable aux sûretés sur les droits de propriété intellectuelle devraient faire l'objet d'une coordination avec d'autres organisations telles que l'OMPI, vu son expérience particulière du droit de la propriété intellectuelle. Cette suggestion a bénéficié d'un appui suffisant au sein de la Commission.

356. Il a été suggéré par ailleurs que le groupe de travail envisagé se concentre sur la question des sûretés sur les marchandises faisant l'objet d'une activité commerciale. La nécessité de prévoir un régime efficace concernant les sûretés sur les stocks de marchandises utilisées dans l'activité manufacturière ou destinées à la vente a été soulignée en particulier. On s'est opposé à cette suggestion en faisant valoir qu'un tel axe de travail semblait trop res-

treint. On a fait observer que l'étude laissait elle aussi entrevoir un domaine d'activité plus large, vu que son chapitre IV portait sur les "sûretés en général". À cela, il a été répondu que le chapitre en question mettait moins l'accent sur les objets qui pouvaient servir de garantie que sur les questions à traiter s'agissant de sûretés sur des objets autres que ceux qui relevaient plutôt d'un régime particulier, tels les droits de propriété intellectuelle et les valeurs mobilières. Il a été déclaré en outre que le fait de se concentrer sur les marchandises susmentionnées permettrait d'obtenir plus rapidement un résultat que si les travaux portaient sur les sûretés en général. Par ailleurs, on a souligné que la décision de limiter le champ d'activité du groupe de travail aux marchandises faisant l'objet d'une activité commerciale, notamment les stocks de marchandises utilisées dans le secteur manufacturier ou destinées à la vente, n'excluait pas la possibilité d'étendre la portée de ces travaux à un stade ultérieur.

357. Diverses déclarations ont été faites au sujet de la forme que devaient revêtir les travaux à entreprendre. On a pensé qu'une loi type pourrait être trop rigide et qu'il valait mieux élaborer un instrument relativement souple. L'important était d'atteindre les objectifs sous-jacents de la mise en place d'un régime applicable aux sûretés. Pour y parvenir, diverses formes étaient envisageables en vue de répondre aux différents besoins. Il a donc été suggéré que le groupe de travail rédige un ensemble de principes fondamentaux relatifs à un régime juridique efficace régissant les opérations assorties de sûretés à insérer dans un guide législatif (présentant des approches souples aux fins de la mise en œuvre de ces principes et d'autres approches éventuelles, ainsi que les avantages et les inconvénients de celles-ci). Il a en outre été suggéré que ce guide législatif contienne, si possible, des dispositions législatives types.

358. Après un débat, la Commission a décidé de créer un groupe de travail chargé d'élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les marchandises faisant l'objet d'une activité commerciale, y compris les stocks, et de recenser les questions à traiter, notamment: la forme de l'instrument, la gamme exacte des actifs qui peuvent servir de garantie, l'opposabilité de la sûreté, l'ampleur des formalités à accomplir, la nécessité d'un système d'exécution efficace et bien équilibré, l'éventail des créances susceptibles d'être garanties, les moyens de faire connaître l'existence de sûretés, les restrictions éventuelles applicables aux créanciers qui peuvent prétendre à une garantie, les effets d'une faillite sur la réalisation de la sûreté et le caractère certain et prévisible de la priorité du créancier sur des droits concurrents.

359. La Commission, consciente des incidences financières de la tenue d'un colloque de deux ou trois jours sur les sûretés, a souligné l'importance du sujet et la nécessité de consulter des praticiens et des organisations ayant des compétences dans ce domaine. En conséquence, elle a recommandé qu'un colloque soit organisé avant la prochaine session du Groupe de travail sur les sûretés (voir par. 425 *f*). Le coût de ce colloque devrait être absorbé par le budget ordinaire existant de l'Organisation des Nations Unies.

X. TRAVAUX FUTURS ÉVENTUELS DANS LE DOMAINE DES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

360. Il a été rappelé qu'à sa trente-troisième session la Commission avait adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé, composé des recommandations concernant la législation (A/CN.9/471/Add.9), telles qu'amendées par la Commission à cette session, 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 (A/55/17, par. 372)[37]. Il a été indiqué que ce Guide avait depuis été publié dans toutes les langues officielles.

361. Il a aussi été rappelé qu'à la même session la Commission avait aussi examiné une proposition concernant des travaux futurs dans ce domaine. L'avis avait été émis que, même si le Guide législatif devait constituer une référence utile pour le législateur national lors de l'établissement d'un cadre juridique favorable aux investissements privés dans les infrastructures publiques, il serait cependant souhaitable que la Commission formule des orientations plus concrètes sous forme de dispositions législatives types, voire d'une loi type portant sur des questions particulières[38].

362. Après examen de cette proposition, la Commission avait décidé d'étudier, à sa trente-quatrième session, l'opportunité et la possibilité d'établir une loi type ou des dispositions législatives types sur certaines questions traitées dans le Guide. Pour l'aider à prendre une décision en toute connaissance de cause, le secrétariat avait été prié d'organiser un colloque, en coopération avec d'autres organisations internationales ou institutions financières internationales intéressées, en vue de diffuser des informations sur le Guide[39].

363. Un colloque intitulé "Projets d'infrastructure à financement privé: cadre juridique et assistance technique" a été préparé avec l'appui financier organisationnel du mécanisme d'assistance technique pluridonateur Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), qui a pour vocation d'aider les pays en développement à améliorer la qualité de leurs infrastructures en mobilisant la participation du secteur privé. Le colloque s'est tenu à Vienne du 2 au 4 juillet 2001, au cours de la deuxième semaine de la trente-quatrième session de la Commission.

364. À sa trente-quatrième session, la Commission a pris note avec satisfaction des résultats du Colloque, dont le compte rendu figure dans une note du secrétariat (A/CN.9/488) et a exprimé sa gratitude au PPIAF pour son appui financier et organisationnel. Elle a également exprimé ses remerciements aux diverses organisations internationales, intergouvernementales et non gouvernementales représentées, ainsi qu'aux orateurs du Colloque. Enfin, elle est convenue que les actes du Colloque seraient publiés par l'Organisation des Nations Unies.

[37]Ibid., par. 195 à 368 et 372.

[38]Ibid., par. 375.

[39]Ibid., par. 379.

365. La Commission a fait sienne la recommandation formulée lors du Colloque, selon laquelle le secrétariat devrait prendre des mesures, conjointement avec d'autres organisations, pour faire largement connaître le Guide.

366. Diverses opinions ont été exprimées quant à l'opportunité et à la faisabilité de travaux plus poussés par la Commission dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé.

367. Selon un avis qui a bénéficié d'un large appui, il existait une importante demande de législation type offrant des lignes directrices plus précises, notamment dans les pays en développement et les pays à économie en transition. À cet égard, il a été estimé qu'on devrait mettre en œuvre le Guide législatif en élaborant un ensemble de dispositions types fondamentales sur certaines des questions de fond qui étaient soulevées et traitées dans cet ouvrage. On a fait remarquer que, si le Guide était en soi un outil précieux pour aider les législateurs nationaux dans l'adoption ou la révision des textes législatifs dans ce domaine, des dispositions législatives types permettraient d'accroître considérablement l'efficacité de ce processus. Il a été également souligné qu'en se mettant rapidement à la tâche on pourrait tirer parti de la masse de connaissances spécialisées accumulée pendant le processus ayant conduit à l'adoption du Guide législatif et que les travaux pourraient être achevés facilement et efficacement dans des délais raisonnables. Enfin, on a fait observer qu'il n'y avait pas d'incompatibilité entre ces travaux et des mesures visant à faire connaître et diffuser le Guide législatif.

368. Selon un avis semble-t-il largement partagé, on pouvait craindre que le laps de temps trop court entre l'adoption du Guide législatif et la décision d'entreprendre d'autres travaux dans le même domaine ne nuise au travail considérable et précieux ayant conduit à l'adoption de cet instrument, ce qui en réduirait finalement l'impact. On a fait observer que les approches souples présentées dans le Guide offraient déjà une orientation suffisante pour les législateurs qui souhaitaient l'utiliser comme modèle lors de l'adoption ou de la révision des lois nationales. Selon une autre opinion, un ensemble limité de dispositions législatives types n'apporterait pas une aide beaucoup plus grande puisqu'il demeurerait nécessaire de se reporter aux recommandations figurant dans le Guide. En conséquence, il a été proposé de reporter l'examen de l'opportunité de travaux supplémentaires, afin de permettre aux législateurs de connaître l'existence du Guide et de se familiariser avec son contenu, ainsi que d'en vérifier l'utilité dans la pratique. Selon un autre avis, un tel report pourrait également être utile, car il permettrait de recenser exactement les questions sur lesquelles devraient véritablement porter les efforts d'harmonisation.

369. Après examen des différentes vues exprimées, la Commission est convenue qu'il faudrait confier à un groupe de travail le soin d'élaborer des dispositions législatives types fondamentales dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé. S'agissant du contenu possible de telles dispositions, il a été proposé de centrer le projet sur la phase de sélection du concessionnaire. La Commission a été d'avis que, si l'on voulait que les travaux soient réalisés dans un délai raisonnable, il était essentiel de choisir un domaine spécifique parmi les nombreuses questions traitées dans le Guide. Il a donc été convenu que le groupe de travail devrait consacrer sa première session au recensement des questions particulières susceptibles de donner lieu à des dispositions législatives types, qui pourraient éventuellement prendre la forme d'un additif au Guide.

XI. ÉLARGISSEMENT DE LA COMPOSITION DE LA COMMISSION

370. La Commission a noté que, au paragraphe 13 de sa résolution 55/151 du 12 décembre 2000, l'Assemblée générale avait prié 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 avait invité les États Membres à communiquer leurs vues à ce sujet. Elle a également noté que, en réponse à une note verbale datée du 25 janvier 2001, une trentaine d'États avaient présenté leurs commentaires et que le secrétariat avait préparé une note (A/CN.9/500) pour permettre aux États d'exprimer leurs vues et éventuellement de formuler une recommandation à l'Assemblée générale. Prenant note avec satisfaction des informations générales contenues dans cette note, la Commission a constaté qu'un élargissement de la composition de la Commission n'aurait guère d'impact sur les services de conférence. En particulier, il a été remarqué qu'on ne prévoyait aucune incidence sur les services d'interprétation et de traduction des documents avant et après les sessions ni sur les services de séances, car leur coût était fixe quel que soit le nombre de membres. On a également fait remarquer que, en ce qui concerne la reproduction des documents de session, l'impact ne devrait pas être suffisamment important pour avoir des conséquences sur le plan financier. Il a été noté enfin que tous les États ayant présenté leurs commentaires étaient favorables à l'élargissement de la Commission.

371. L'avis général a été que la composition de la Commission devait être élargie. Il a été déclaré que cet élargissement permettrait à la Commission de continuer à représenter tous les systèmes économiques et toutes les traditions juridiques, compte tenu en particulier de l'augmentation considérable du nombre des membres de l'Organisation des Nations Unies. On a fait observer en outre qu'un élargissement aiderait la Commission à mieux s'acquitter de son mandat du fait qu'elle tirerait parti d'une réserve d'experts venant d'un nombre plus grand de pays et que ses textes seraient plus acceptables. Il a également été déclaré qu'un tel élargissement refléterait de façon adéquate l'importance accrue du droit commercial international pour le développement économique et le maintien de la paix et de la stabilité, et qu'il favoriserait la participation des États ne pouvant pas justifier l'engagement de ressources humaines et autres requises pour préparer les réunions de la Commission et de ses groupes de travail et y participer, sauf s'ils en étaient membres. De plus, un élargissement faciliterait la coordination avec les travaux d'autres organisations œuvrant à l'unification du droit privé, car il y aurait une augmentation du nombre de membres communs à la Commission et à ces organisations. On a fait observer aussi qu'un élargissement de la Commission n'aurait aucune incidence sur son efficacité

et ses méthodes de travail ni, en particulier, sur la participation en qualité d'observateurs d'États non membres et d'organisations internationales, gouvernementales ou non gouvernementales, actives dans le domaine du droit commercial international ou sur le principe de l'adoption des décisions par consensus, sans vote formel.

372. On a cependant exprimé la crainte que la participation effective n'augmente pas sensiblement si les mesures nécessaires n'étaient pas prises pour apporter une aide aux représentants des pays en développement. Pour répondre à cette préoccupation, il a été proposé que l'on s'efforce davantage d'accroître les contributions volontaires versées au Fonds d'affectation spéciale créé pour aider les représentants des pays en développement à participer aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail. La Commission a approuvé cette proposition.

373. La Commission a ensuite examiné dans quelle proportion sa composition devait être élargie. Plusieurs propositions ont été avancées, allant de 48 à 72 sièges. L'avis a également été exprimé que l'on devrait laisser au secrétariat le soin de déterminer le nombre exact de sièges à recommander à l'Assemblée générale, étant entendu que la décision finale serait prise par la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Tous les avis exprimés convergeaient sur ce point, à savoir qu'il fallait faire de la Commission un organe plus représentatif de la composition de l'Organisation, sans compromettre son efficacité ou ses méthodes de travail. Selon l'avis qui a prévalu, il faudrait porter le nombre des membres à 72, en particulier du fait qu'une telle augmentation permettrait de maintenir la répartition actuelle entre les groupes régionaux.

374. On a cependant exprimé la crainte qu'une telle augmentation ne soit excessive et, compte tenu du fait que tous les membres ne seraient pas à même de participer, qu'elle n'entraîne pas une plus grande participation. Une délégation a émis l'avis qu'il fallait, au moment de décider dans quelle proportion élargir la composition de la Commission, tenir compte de l'impact éventuel de cette décision sur d'autres organes de l'Organisation. Elle a indiqué que le fait de doubler le nombre de membres pouvait créer un précédent que d'autres organes auraient des difficultés à suivre. On a craint aussi, en raison de la décision prise par la Commission à la session en cours de changer ses méthodes de travail, que cette augmentation n'ait involontairement pour effet de réduire son efficacité. En réponse à ces vues et préoccupations, on a fait observer que 74 États étaient représentés à la session en cours sans que cela nuise à l'efficacité de la Commission, comme en témoignait l'adoption de deux textes importants. Il a également été souligné que l'efficacité ne serait pas nécessairement réduite du seul fait qu'il y aurait deux fois plus de membres. Selon un avis largement partagé, pour ne pas susciter d'inquiétudes politiques au sujet de la répartition des sièges entre les groupes régionaux, il faudrait maintenir la répartition actuelle. En conséquence, la Commission a décidé de recommander à l'Assemblée générale de doubler le nombre de ses membres et de maintenir la répartition actuelle des sièges entre les groupes régionaux. Elle a également décidé de lui recommander d'élire les nouveaux membres le plus rapidement possible en fixant la durée de leur mandat de manière à maintenir la pratique consistant à renouveler la composition de la Commission tous les trois ans. Les groupes régionaux ont été encouragés à mener des consultations avant la cinquante-sixième session de l'Assemblée générale et de s'entendre sur des candidats pour les nouveaux sièges. À l'issue du débat, une délégation a rappelé qu'elle émettait des réserves quant au nombre de sièges supplémentaires (tel que recommandé au paragraphe 375) et a déclaré que ce point devait être examiné plus avant au sein de la Sixième Commission.

375. À sa 236e séance, le 11 juillet 2001, la Commission a adopté la recommandation à l'Assemblée générale ci-après:

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

Ayant examiné une note du secrétariat[40] destinée à aider la Commission à formuler une recommandation à l'intention de l'Assemblée générale sur l'élargissement éventuel de la composition de la Commission,

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

Satisfaite de la pratique consistant à inviter les États non membres de la Commission et les organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales compétentes à participer en tant qu'observateurs aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail et à prendre part à l'élaboration des textes de la Commission, ainsi que de la pratique consistant à prendre des décisions par consensus sans vote formel,

Considérant que la principale conséquence de la qualité de membre de la Commission peut être d'encourager les États à se faire représenter aux réunions de la Commission et de ses groupes de travail, que les États membres de la Commission sont peut-être plus susceptibles de désigner leurs représentants parmi les personnes possédant une compétence reconnue dans le domaine du droit commercial international, comme l'Assemblée générale le souhaitait dans sa résolution 2205 (XXI), et que le fait d'être membre de la Commission peut stimuler l'intérêt pour ses travaux et justifier davantage l'engagement de ressources humaines et autres pour préparer les réunions et y participer,

Constatant que le nombre considérable d'États ayant participé en tant qu'observateurs et contribué utilement aux travaux de la Commission indique que les 36 États actuellement membres de la Commission sont loin d'être les seuls à vouloir participer activement à ses travaux,

Soulignant l'importance des travaux de la Commission pour les pays en développement et les pays à économie en transition et préoccupée par le fait que, ces dernières années, la présence d'experts de pays en dé-

[40] A/CN.9/500.

veloppement aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail a été irrégulière et loin d'être optimale du fait en partie de l'insuffisance de ressources pour financer le voyage de ces experts,

Réaffirmant l'importance du Fonds d'affectation spéciale constitué en vue d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général,

Invitant instamment les gouvernements, les organismes compétents des Nations Unies, des organisations, des institutions et des particuliers à envisager de prendre des mesures pour accroître leurs contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale afin de permettre aux États membres de participer pleinement aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail,

Étant informée que l'impact d'un élargissement de la composition de la Commission sur les services du secrétariat nécessaires pour faciliter ses travaux ne serait pas assez sensible pour être quantifié et que cet élargissement n'aurait donc aucune incidence financière,

Recommande à l'Assemblée générale d'approuver un élargissement de la composition de la Commission qui, des 36 États actuels, passerait à 72 et, maintenant la répartition actuelle entre les groupes régionaux, d'approuver la distribution suivante des sièges supplémentaires: 18 pour le Groupe des États d'Afrique, 14 pour le Groupe des États d'Asie, 10 pour le Groupe des États d'Europe orientale, 12 pour le Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes et 18 pour le Groupe des États d'Europe occidentale et autres États, et d'élire les nouveaux membres le plus rapidement possible."

XII. MÉTHODES DE TRAVAIL DE LA COMMISSION

376. Dans le cadre de ses délibérations sur les incidences d'un élargissement de sa composition (voir par. 370 à 375), la Commission a décidé d'examiner ses méthodes de travail actuelles afin de chercher comment utiliser le mieux possible les ressources mises à sa disposition. Elle est convenue de fonder ses délibérations sur une note que le secrétariat avait établie à cet effet (A/CN.9/499).

377. Cette note donnait un aperçu des sujets actuellement examinés par la Commission et de ceux qui étaient proposés pour des travaux futurs. Elle contenait également une brève description des méthodes de travail actuelles de la Commission et de ses groupes de travail ainsi que des propositions tendant à les modifier. Il était souligné dans cette note que, le nombre de sessions de groupe de travail étant limité à six par an, une augmentation du nombre de projets traités par la Commission signifierait qu'une seule session annuelle d'un groupe de travail pourrait normalement être consacrée à chaque projet. Comme le temps auquel avait droit chaque organe subsidiaire de l'Assemblée générale pour ses conférences était globalement restreint, il était improbable que davantage de temps puisse être alloué à la Commission pour ses réunions.

378. Dans ce contexte, la Commission a examiné les solutions ci-après proposées pour modifier ses méthodes de travail: *a)* porter à six le nombre des groupes de travail, chacun d'eux tenant deux sessions annuelles d'une semaine seulement; ou *b)* confier à chaque groupe de travail deux sujets différents pendant sa session (soit un par semaine) ou faire en sorte que deux groupes de travail se partagent la même période de deux semaines, une session se tenant la première semaine et l'autre la seconde (soit deux sessions consécutives).

379. La Commission a accueilli favorablement les propositions visant à modifier ses méthodes de travail. Une telle modification était jugée nécessaire du fait de sa charge de travail croissante et de l'élargissement possible de sa composition. Toutefois, plusieurs délégations ont aussi exprimé la crainte que les États membres aient de plus en plus de difficultés à dégager des ressources pour participer aux travaux de la Commission dans le cadre de six projets différents à la fois. On a craint que les travaux de la Commission ne pâtissent du fait que les groupes de travail auraient moins de temps pour leurs délibérations, et que l'aboutissement de leur tâche s'en trouverait retardé. Il a également été indiqué que la nécessité d'assurer le service de six groupes de travail différents imposait une charge supplémentaire au secrétariat de la Commission et que la progression des travaux de cette dernière risquait d'être compromise si les ressources mises à la disposition de son secrétariat n'étaient pas sensiblement accrues. La Commission a donc été instamment priée d'établir clairement la priorité relative de chacun de ses projets et de prévoir qu'ils puissent être exécutés à des rythmes différents.

380. S'agissant des deux solutions proposées, la Commission a déclaré qu'elle préférait confier deux sujets différents à chaque groupe de travail (soit un par semaine) pendant sa session ou faire en sorte que deux groupes de travail se partagent la même période de deux semaines, une session se tenant la première semaine et l'autre la seconde (soit deux sessions consécutives). L'autre solution, consistant à traiter les six sujets séparément en tenant deux sessions d'une semaine par an pour chaque sujet, n'a pas eu sa faveur, car elle entraînerait des frais de voyage supplémentaires pour les délégations comme pour le secrétariat, en raison, pour ce dernier, de l'organisation par alternance des sessions de la Commission et de ses groupes de travail.

381. Afin de tirer le meilleur parti possible des services de conférence mis à la disposition des groupes de travail, la Commission est convenue que ceux-ci pourraient tenir des débats sur le fond pendant les huit premières séances d'une demi-journée chacune (par exemple, du lundi au jeudi), le secrétariat établissant un projet de rapport sur toute la période pour adoption à la dixième et dernière séance (vendredi après-midi). La Commission a reconnu que, dans cette solution, il ne pourrait être établi de rapport détaillé sur les débats tenus durant la neuvième séance (vendredi matin). Certaines délégations ont estimé qu'on pourrait se passer de rendre compte des derniers débats sur le fond ou que les groupes de travail pourraient adopter les dernières parties du rapport au début de la session suivante, comme cela était la pratique dans certaines organisations, ou encore que le secrétariat pourrait publier le rapport ultérieurement comme son propre

compte rendu des débats. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, il était important que les groupes de travail adoptent l'intégralité du rapport pendant la même session. À cette fin, la Commission est convenue que le président devrait donner brièvement lecture, à la dixième séance, des principales conclusions auxquelles un groupe de travail serait parvenu à sa neuvième séance afin qu'il en soit pris acte et que ces conclusions devraient ensuite être incorporées dans le rapport.

382. Il était entendu par la Commission que ces nouveaux arrangements devaient être appliqués avec souplesse et que, selon le degré de priorité assigné, un groupe de travail pourrait consacrer la totalité d'une session de deux semaines à l'examen d'un seul sujet, tandis que d'autres sujets pourraient être abordés ensemble par un groupe de travail également pendant une session de deux semaines. Dans cette perspective, il faudrait s'efforcer dans toute la mesure possible de choisir des sujets proches pour qu'ils soient examinés successivement par un groupe de travail. Afin d'utiliser au mieux le temps alloué aux conférences, la Commission a invité les délégations à recourir aux consultations informelles avant la réunion elle-même, afin de réserver cette dernière uniquement aux questions devant faire l'objet de longues délibérations, tant formelles qu'informelles, dans le cadre des sessions de la Commission et de ses groupes de travail.

383. La Commission a exprimé l'espoir que les nouvelles méthodes de travail permettraient de faire face à l'augmentation de son programme de travail tout en maintenant le haut niveau de compétence professionnelle qui caractérisait ses travaux et contribuait tant à son excellente réputation. La Commission a décidé d'examiner l'application des nouvelles méthodes de travail à une prochaine session.

XIII. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX TEXTES DE LA CNUDCI

384. La Commission a pris note avec satisfaction des 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). À cet égard, il a été précisé que, jusqu'à la session en cours, 34 numéros avaient été publiés dans le cadre de ce système, rendant compte de 393 affaires. Il a été 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.

385. La Commission a exprimé sa reconnaissance aux correspondants nationaux pour leur travail de collecte des décisions judiciaires et sentences arbitrales pertinentes et de préparation de sommaires. Elle a aussi remercié le secrétariat pour son travail de compilation, d'édition, de publication et de distribution de ces sommaires.

XIV. RECUEIL ANALYTIQUE DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES VENTES: INTERPRÉTATION DES TEXTES

386. La Commission a été saisie d'une note du secrétariat contenant une proposition sur la manière de continuer de s'acquitter de son mandat consistant à encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, entre autres, en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans ce domaine (A/CN.9/498). Il a été rappelé que, lorsque l'Assemblée générale avait confié à la Commission son mandat, elle l'avait chargée de l'exécuter, entre autres en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international ainsi qu'en rassemblant et en diffusant des informations sur les législations nationales et sur l'évolution juridique moderne, y compris celle de la jurisprudence, dans le domaine du droit commercial international[41].

387. Il a en outre été rappelé que, lorsque la Commission avait décidé, en 1988, de mettre en place le système de rapports sur la jurisprudence, elle avait également étudié l'opportunité de créer un comité de rédaction qui, entre autres tâches, pourrait procéder à une analyse comparée des décisions rassemblées et lui faire rapport sur l'état de l'application des textes juridiques. Ces rapports pourraient mettre en évidence les similitudes ou divergences d'interprétation de telle ou telle disposition des textes juridiques, ainsi que les lacunes dans des textes qui pourraient apparaître dans la pratique des tribunaux. La Commission avait cependant décidé de ne pas créer le comité envisagé à ce stade, mais de réexaminer la proposition à la lumière de l'expérience acquise dans la collecte de décisions et la diffusion de renseignements dans le cadre du recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI[42].

388. Dans le document préparé par le secrétariat en vue du débat à la trente-quatrième session de la Commission, on a estimé qu'il serait indiqué que la Commission réexamine comment elle devrait contribuer à l'interprétation uniforme des textes issus de ses travaux. Un tel réexamen a été jugé opportun du fait que, depuis la mise en place du recueil de jurisprudence, il avait été rendu compte de 393 affaires, dont plus de 250 concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Vu les divergences relevées dans l'interprétation de la Convention, les utilisateurs de ce système avaient indiqué à maintes reprises que des orientations et des conseils appropriés seraient utiles pour favoriser une interprétation plus uniforme de cet instrument. L'élaboration d'un recueil analytique des décisions judiciaires et des sentences arbitrales faisant apparaître les tendances observées en matière d'interprétation serait un moyen de fournir les orientations et conseils en question. Ledit re-

[41] Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, partie II par. 8 *d* et *e*; Annuaire de la CNUDCI, vol. I: 1968-1970, première partie, II.E.

[42] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 107 à 109.

cueil pourrait soit indiquer simplement les divergences de jurisprudence à des fins d'information, soit fournir des orientations quant à l'interprétation de la Convention, en se fondant en particulier sur la genèse de la disposition considérée et les raisons de son élaboration (A.CN.9/498, par. 3).

389. Le document présenté à la Commission à sa session en cours contenait un résumé de la jurisprudence concernant les articles 6 et 78 de la Convention et visait à donner à la Commission un exemple de la façon dont les décisions judiciaires et sentences arbitrales pourraient être présentées en vue d'encourager une interprétation uniforme des textes. Dans ce document, il était suggéré que la Commission examine si le secrétariat devrait, en concertation avec des experts des différentes régions, élaborer un recueil analytique complet de la jurisprudence sur les divers articles de la Convention. Dans l'affirmative, la Commission pourrait également déterminer si la démarche suivie pour l'élaboration du spécimen de recueil analytique, dans le document considéré, notamment le mode de présentation et le niveau de précision, était appropriée (A/CN.9/498, par. 4).

390. Il était indiqué, dans la note du secrétariat, que les raisons pour lesquelles la Commission pourrait souhaiter prendre des dispositions tendant à favoriser l'interprétation uniforme de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises valaient également dans le cas de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985). Concernant cette Loi type, des sommaires avaient été établis sur quelque 135 affaires pour lesquelles des interprétations variables ou divergentes avaient été constatées. Dans ce contexte, on a estimé que la Commission pourrait prier le secrétariat d'analyser les décisions et sentences interprétant les dispositions uniformes de la Loi type et d'en présenter un recueil analytique à la Commission à une prochaine session ou à son Groupe de travail sur l'arbitrage, pour que la Commission puisse déterminer s'il fallait prendre une mesure analogue à celle qui était suggérée ci-dessus pour la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises (A/CN.9/498, par. 5).

391. La Commission a pris note avec satisfaction du document dans son ensemble et, en particulier, des exemples sur la façon dont les décisions judiciaires et sentences arbitrales pourraient être présentées afin de favoriser une interprétation uniforme des textes. Elle a rendu hommage au secrétariat pour son approche novatrice concernant l'exécution du mandat que l'Assemblée générale lui avait confié, à savoir promouvoir et assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales. Selon une opinion largement partagée, étant donné la quantité d'informations recueillies, la décision prise en 1988 devait être réexaminée, le document en question constituant une bonne base de départ pour des discussions sur ce point. On a estimé que le secrétariat devrait également examiner si d'autres initiatives pourraient être prises pour aider la Commission à s'acquitter de son mandat.

392. S'agissant du contenu du document, on a estimé que le projet ne devrait pas porter seulement sur la jurisprudence, mais également sur la doctrine existante. Pour ce qui était de la procédure d'élaboration du recueil analytique, le secrétariat devrait recourir au réseau de correspondants nationaux, car ces derniers connaissaient bien le recueil de jurisprudence et son contexte. On a également estimé que le recueil analytique devrait avoir pour objet non seulement de relever les divergences dans la jurisprudence des différents pays ou de donner des orientations quant à l'interprétation des textes de loi uniformes, mais aussi de mettre en évidence les lacunes dans ces textes. Il incomberait alors à la Commission de déterminer comment combler ces lacunes. Enfin, le projet devrait s'inscrire dans la durée, en ce qu'il devrait être mis à jour continuellement, à mesure que de nouvelles décisions seraient rendues.

393. En réponse, certaines préoccupations ont été exprimées. Ainsi, on ne savait pas très bien à qui le recueil analytique s'adresserait, étant donné que les destinataires naturels de tout texte de la CNUDCI étaient les États. Ces derniers, toutefois, n'avaient peut-être pas besoin d'un recueil du type envisagé. En ce qui concernait les praticiens et les magistrats, on a estimé qu'ils n'avaient pas besoin d'un tel recueil, du fait qu'il existait une abondante littérature visant à les aider à comprendre la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises. S'agissant du contenu, on a estimé que le recueil pourrait être une simple compilation des différences dans l'interprétation de la Convention plutôt qu'un guide. On a fait valoir à l'appui de cette opinion que, si le recueil envisagé devait faire office de guide, il devrait nécessairement indiquer une préférence pour certaines vues par rapport à d'autres, ce qui pourrait être interprété comme une critique des décisions rendues par les tribunaux nationaux, résultat jugé non souhaitable.

394. Pour apaiser certaines de ces inquiétudes, on a déclaré par exemple que, s'il existait certes une abondante littérature concernant la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises dans certains pays, dans d'autres une telle littérature faisait défaut. Il a également été indiqué que tous travaux réalisés par la CNUDCI auraient l'avantage non seulement d'être traduits dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies (et, partant, d'avoir une très large diffusion), mais également de refléter une approche plus internationale que la plupart des commentaires et documents existants, qui étaient rédigés dans une optique nationale.

395. Comme toute décision prise par la Commission concernant le recueil analytique devrait être réexaminée à une prochaine session, on a estimé qu'il faudrait donner au secrétariat mandat de poursuivre l'élaboration de ce recueil. Il a de nouveau été souligné que, à l'exemple du spécimen présenté par le secrétariat dans le document A/CN.9/498, le recueil ne devrait pas contenir de critique sur la jurisprudence nationale. À l'issue du débat, la Commission a prié le secrétariat d'établir un recueil analytique concernant l'intégralité de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises. Ce faisant, le secrétariat devrait faire appel au réseau de correspondants nationaux et éviter toute critique sur les décisions des tribunaux nationaux.

XV. FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE

396. La Commission a été saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/494) présentant les activités entreprises depuis sa trente-troisième 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.

397. On a indiqué que, depuis la dernière session, les séminaires et missions d'information ci-après avaient été organisés en 2000: La Havane (22-26 mai); Tachkent (16-19 octobre); Séoul (6-9 novembre); Beijing (13-16 novembre); Le Caire (20-23 novembre). En outre, des membres du secrétariat avaient participé à un certain nombre de réunions convoquées par d'autres organisations et un colloque avait été organisé à Bologne (Italie) les 2 et 3 avril 2001 en collaboration avec l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). Le secrétariat de la Commission a indiqué qu'il avait été impossible d'accéder à un certain nombre de demandes faute de ressources et que pour le reste de l'année 2001 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.

398. 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 les textes juridiques qu'elle avait élaborés et promouvoir leur adoption. 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.

399. La Commission a pris note des diverses formes que pouvait prendre l'assistance technique offerte aux États préparant des lois fondées sur les textes de la CNUDCI: examen d'avant-projets de textes de lois sur la base des textes de la CNUDCI; élaboration d'une réglementation pour l'application de ces lois; commentaires sur les rapports des commissions de réforme du droit; réunions d'information à l'intention des législateurs, des juges, des arbitres, des responsables de la passation des marchés et d'autres utilisateurs des textes de la CNUDCI incorporés dans le droit interne. 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.

400. La Commission a pris note avec satisfaction des contributions du Canada, de Chypre, de la Finlande, de la France, de la Grèce, du Mexique et de la Suisse au titre du programme de séminaires. Elle a également exprimé ses remerciements à l'Autriche, au Cambodge, à Chypre, au Kenya et à Singapour pour les contributions qu'ils avaient versées au Fonds d'affectation spéciale pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI depuis la création de ce Fonds. 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.

401. 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 également été suggéré que le secrétariat s'efforce activement d'obtenir des contributions de pays et d'organismes donateurs, par exemple en formulant des propositions de projets concrets pour appuyer ses activités de formation et d'assistance technique. Il a été noté que le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques ne pouvait pas être utilisé pour financer l'octroi d'une assistance technique aux gouvernements, ce qui a été jugé regrettable étant donné qu'une telle assistance était de plus en plus nécessaire et de plus en plus demandée. Il a donc été proposé que le mandat du Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI soit modifié afin qu'il soit possible d'utiliser les ressources du Fonds pour financer les activités d'assistance technique entreprises par le secrétariat, et la Commission a accepté cette proposition.

402. 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.

403. 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 d'envisager de prier le Secrétaire général d'augmenter sensiblement les ressources humaines et financières de son secrétariat.

XVI. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES DE LA CNUDCI

404. Sur la base d'une note du secrétariat (A/CN.9/501), 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 depuis le 7 juillet 2000 (date de clôture de sa trente-troisième 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). Dépôt d'un nouvel instrument par la Yougoslavie. Nombre d'États parties: 24;

c) Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg). Dépôt de nouveaux instruments par la Jordanie et Saint-Vincent-et-les Grenadines. Nombre d'États parties: 28;

d) Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). Dépôt de nouveaux instruments par l'Islande, Saint-Vincent-et-les Grenadines et la Yougoslavie. Nombre d'États parties: 59;

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). Dépôt de nouveaux instruments par l'Albanie, le Honduras, Saint-Vincent-et-les Grenadines et la Yougoslavie. Nombre d'États parties: 126;

i) Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, 1985. Nouveaux pays ayant adopté une législation fondée sur la Loi type: Bélarus, Grèce, Madagascar et République de Corée;

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: États de Jersey (dépendance de la Couronne du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord), Irlande, Philippines et Slovénie;

m) Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, 1997. Nouveau pays ayant adopté une législation fondée sur la Loi type: Afrique du Sud.

405. 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.

406. 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 de lois fondées sur les différentes lois types élaborées par la CNUDCI, en particulier la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

407. Il a été noté que, malgré l'intérêt et l'utilité universels de ces textes, un certain nombre d'États n'en avaient pas encore adopté un seul. Les représentants et observateurs ayant participé aux réunions de la Commission et de ses groupes de travail ont été exhortés à contribuer, dans la mesure où ils le jugeaient eux-mêmes approprié, à faciliter l'examen des textes de la Commission par les organes législatifs de leurs pays.

XVII. RÉSOLUTION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE SUR LES TRAVAUX DE LA COMMISSION

408. La Commission a pris note avec satisfaction de la résolution 55/151 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000, relative au rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-troisième session. En particulier, elle a noté avec satisfaction qu'au paragraphe 2 de cette résolution l'Assemblée l'avait félicitée d'avoir achevé et adopté le Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé ainsi que des progrès considérables qu'elle avait réalisés dans ses travaux sur le financement par cession de créances.

409. La Commission a également noté avec satisfaction qu'au paragraphe 3 de la résolution 55/151 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 des sentences arbitrales étrangères, qui leur avait été adressé par le secrétariat.

410. La Commission a en outre noté avec satisfaction qu'au paragraphe 5 de la résolution 55/151 l'Assemblée 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 chevauchement d'activités et de favoriser l'effica-

cité et la cohérence dans l'unification et l'harmonisation du droit commercial international, et avait recommandé à la Commission de continuer, par l'intermédiaire de son secrétariat, à coopérer étroitement avec les autres organes et organismes internationaux, y compris les organismes régionaux qui s'occupent du droit commercial international.

411. La Commission a noté avec satisfaction qu'au paragraphe 6 de la résolution 55/151 l'Assemblée générale avait réaffirmé l'importance, en particulier pour les pays en développement, de l'œuvre que la Commission accomplissait en matière de formation et d'assistance technique dans le domaine du droit commercial international, 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.

412. La Commission a également noté avec satisfaction que l'Assemblée, au paragraphe 7 *b* de sa résolution, avait invité instamment les gouvernements, organismes, organisations 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, il a été noté que l'Assemblée 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 celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes (le Fonds d'affectation spéciale a été créé en application de la résolution 48/32 du 9 décembre 1993).

413. On s'est également félicité que l'Assemblée générale, au paragraphe 9 de sa résolution, ait invité 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 (pour une recommandation de la Commission tendant à ce que l'Assemblée modifie le mandat du Fonds d'affectation spéciale afin que les ressources de celui-ci puissent être utilisées pour financer des projets d'assistance technique, voir par. 401).

414. La Commission a en outre noté avec satisfaction la décision prise par l'Assemblée générale, au paragraphe 10 de la résolution 55/151, de continuer à envisager, dans le cadre de la grande commission compétente au cours de la cinquante-cinquième session de l'Assemblée, 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.

415. La Commission a en outre noté avec satisfaction que l'Assemblée générale, au paragraphe 11 de la résolution, avait prié 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. À cet égard, elle a noté avec satisfaction les premières mesures prises en vue de donner suite à la demande de l'Assemblée. Toutefois, elle a noté que les effectifs de fonctionnaires de la catégorie des administrateurs que comptait son secrétariat étaient toujours inférieurs à ce qu'ils étaient lors de sa création. Elle a donc recommandé, compte tenu de l'augmentation considérable de sa charge de travail et de celle de son secrétariat ainsi que de l'importance de l'unification du droit commercial pour le développement économique, et donc pour la paix et la stabilité, que l'Assemblée générale prie le Secrétaire général d'intensifier et d'accélérer les efforts visant à renforcer son secrétariat dans les limites des ressources dont dispose l'Organisation.

416. 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.

417. La Commission a également noté qu'au paragraphe 13 l'Assemblée générale avait prié 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 avait invité les États Membres à communiquer leurs vues à ce sujet.

XVIII. COORDINATION ET COOPÉRATION

A. Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique

418. Au nom de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO, anciennement AALCC), il a été déclaré que, compte tenu de l'importance que l'AALCO attachait aux travaux de la Commission, elle avait examiné, à sa quarantième session annuelle, le rapport de la Commission sur sa trente-troisième session et s'était déclarée satisfaite des progrès que celle-ci avait réalisés. L'AALCO s'est félicitée de l'achèvement du Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé et avait pris note avec intérêt et satisfaction des travaux de fond qui avaient été accomplis en vue de la finalisation d'un projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international, qui pourrait contribuer à accroître l'offre de crédit à des taux plus abordables. Par ailleurs, l'AALCO appuyait les travaux de la Commission visant à élaborer une Loi type sur les signatures électroniques, compte tenu en particulier du

bon accueil général qui avait été réservé à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Le succès des centres régionaux d'arbitrage du Caire, de Kuala Lumpur et de Lagos avait eu pour effet d'accroître l'intérêt de l'AALCO pour les travaux de la Commission relatifs à l'arbitrage. Il a été annoncé qu'un quatrième centre d'arbitrage entrerait en service à Téhéran dans un proche avenir. En outre, un certain nombre de membres de l'AALCO s'étaient déclarés intéressés par un élargissement de la composition de la Commission.

B. Cour permanente d'arbitrage

419. Au nom de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, il a été indiqué que celle-ci continuait à suivre avec beaucoup d'intérêt les travaux de la Commission et qu'elle avait développé ses activités apparentées. La Cour avait récemment établi de nouvelles règles d'arbitrage et de conciliation à l'usage des États, des organisations intergouvernementales et des particuliers ainsi que des règles pour le règlement des différends relatifs aux ressources naturelles et à l'environnement, qu'elle avait adoptées le 19 juin 2001. Ces règles étaient fondées sur les Règlements d'arbitrage et de conciliation de la CNUDCI. Entre autres nouvelles activités, la Cour avait organisé des séminaires internationaux sur des sujets tels que le droit de l'air et de l'espace, le règlement des différends relatifs aux investissements, la protection de l'environnement et les tribunaux spécialisés dans les actions collectives, à quoi s'ajoutait la publication, notamment, d'exposés présentés lors des séminaires, en coopération avec Kluwer Law International, de CD-ROM sur l'arbitrage et, en coopération avec le Conseil international pour l'arbitrage commercial, de l'annuaire de l'arbitrage commercial du Conseil. À cet égard, le secrétariat de la Commission a été remercié de ses efforts pour fournir les textes de la CNUDCI sous forme de CD-ROM. La Cour et le Conseil international pour l'arbitrage commercial, en coopération avec le secrétariat de la CNUDCI, continuaient d'analyser les réponses au questionnaire envoyé aux États dans le cadre du projet CNUDCI/Association internationale du barreau relatif à l'application, dans les lois nationales, de la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Il a été annoncé qu'un premier document serait prêt dans un proche avenir.

C. Initiative de coopération pour l'Europe du Sud-Est

420. Au nom de l'Initiative de coopération pour l'Europe du Sud-Est (SECI), il a été indiqué que celle-ci avait été lancée en 1996 sur la base des points d'accord qui s'étaient dégagés entre l'Union européenne et les États-Unis pour l'élaboration d'une stratégie économique viable en faveur de la région. La SECI s'occupait essentiellement de projets transfrontaliers concernant le développement des infrastructures, le commerce et les transports, la sécurité, l'énergie, l'environnement et le développement du secteur privé. Des travaux avaient été réalisés, en particulier, sur la facilitation du passage aux frontières, les infrastructures de transport, l'interconnexion des réseaux de gaz naturel, l'interconnexion accrue des réseaux électriques, la dépollution des cours d'eau et des lacs, la lutte contre la criminalité transfrontalière, la promotion des investissements, l'arbitrage commercial et la médiation. Des projets de la SECI étaient exécutés par des experts d'États participant ou fournissant un appui à l'Initiative, avec le soutien technique de la Commission économique pour l'Europe et d'autres institutions. La SECI tenait compte, dans le cadre de ses activités, des textes élaborés par la CNUDCI et espérait bénéficier du programme d'assistance technique de celle-ci.

XIX. QUESTIONS DIVERSES

A. Bibliographie

421. La Commission a pris note avec satisfaction de la bibliographie des écrits récents ayant trait à ses travaux (A/CN.9/502). Elle a souligné qu'il était important que cette bibliographie soit aussi complète que possible et a donc prié les gouvernements, les établissements universitaires, les autres organismes concernés et les auteurs de faire parvenir des exemplaires des publications pertinentes au secrétariat.

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

422. 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 huitième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis à Vienne du 5 au 12 avril 2001. 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 Chambre de commerce internationale. Quatre-vingt-quatorze équipes représentant des facultés de droit de 31 pays avaient participé au Concours de 2001, qui avait réuni quelque 550 étudiants et 240 arbitres. Le neuvième Concours se tiendra à Vienne du 22 au 28 mars 2002.

423. La Commission 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. Il a été largement estimé que le Concours, de par son caractère international, était un excellent moyen de diffuser des informations sur les textes juridiques uniformes et d'enseigner le droit commercial international.

XX. DATE ET LIEU DES RÉUNIONS À VENIR

A. Trente-cinquième session de la Commission

424. Il a été décidé que la Commission tiendrait sa trente-cinquième session à New York, du 10 au 28 juin 2002.

B. Sessions des groupes de travail

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

a) Le Groupe de travail I, qui doit examiner les questions relatives aux projets d'infrastructure à financement privé, tiendra sa quatrième session à Vienne du 24 au 28 septembre 2001 (une semaine);

b) Le Groupe de travail II, qui travaille actuellement sur l'arbitrage, tiendra sa trente-cinquième session à Vienne, du 19 au 30 novembre 2001 (deux semaines) et sa trente-sixième session à New York, du 4 au 8 mars 2002 (une semaine), immédiatement avant la trente-neuvième session du Groupe de travail IV sur le commerce électronique (voir alinéa *d* ci-après);

c) Le Groupe de travail III, qui doit examiner les questions relatives au droit des transports, tiendra sa neuvième session à New York, du 15 au 26 avril 2002 (deux semaines);

d) Le Groupe de travail IV, qui travaille actuellement sur le commerce électronique, tiendra sa trente-neuvième session à New York, du 11 au 15 mars 2002 (une semaine), immédiatement après la trente-sixième session du Groupe de travail II sur l'arbitrage (voir alinéa *b* plus haut);

e) Le Groupe de travail V, qui travaille actuellement sur l'insolvabilité, tiendra sa vingt-quatrième session à New York, du 23 juillet au 3 août 2001 (deux semaines), sa vingt-cinquième session à Vienne, du 3 au 14 décembre 2001 (deux semaines) et sa vingt-sixième session à New York, du 13 au 17 mai 2002 (une semaine), immédiatement avant la première session du Groupe de travail VI sur les sûretés (voir alinéa *f* ci-après);

f) Le Groupe de travail VI qui doit examiner les questions relatives aux sûretés, tiendra sa première session, à New York, du 20 au 24 mai 2002 (une semaine), immédiatement après la vingt-sixième session du Groupe de travail V sur l'insolvabilité (voir alinéa *e* ci-dessus).

ANNEXE

[Les annexes I et II et la liste des documents dont la Commission était saisie à sa trente-quatrième session sont reproduites dans la troisième partie du présent *Annuaire*.]

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED): extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur sa quarante-huitième session [TD/B/48/18 (Vol. I)]

I.D.4 Développement progressif du droit commercial international: trente-quatrième rapport annuel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (point 6 b) de l'ordre du jour)

2. À sa 925e séance plénière, le 4 octobre 2001, le Conseil a pris note du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-quatrième session (A/56/17).

C. Assemblée générale: rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-quatrième session: rapport de la Sixième Commission (A/56/588)

I. INTRODUCTION

1. À sa 3e séance plénière, le 19 septembre 2001, l'Assemblée générale a décidé, sur la recommandation du Bureau, d'inscrire à l'ordre du jour de sa cinquante-sixième session la question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-quatrième session" et de la renvoyer à la Sixième Commission.

2. La Sixième Commission a examiné la question à ses 2e, 3e et 4e séances ainsi qu'à ses 24e, 27e et 28e séances, les 8 et 9 octobre, ainsi que les 9, 19 et 21 novembre 2001. On trouvera dans les comptes rendus analytiques correspondants l'exposé des vues des représentants qui ont pris la parole durant l'examen de la question (A/C.6/56/SR.2 à 4, 24, 27 et 28).

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

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

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3).

b) Rapport du Secrétaire général sur l'élargissement de la composition de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (A/56/315).

4. À la 2e séance, le 8 octobre, le Président de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à sa trente-quatrième session a présenté le rapport de la Commission sur les travaux de sa session (voir A/C.6/56/SR.2).

5. À la 4e séance, le 9 octobre, le Président de la Commission a fait une déclaration récapitulative (voir A/C.6/56/SR.4).

II. EXAMEN DES PROPOSITIONS

A. Projet de résolution A/C.6/56/L.8

6. À la 24e séance, le 9 novembre, le représentant de l'Autriche, au nom des pays suivants: *Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Angola, Argentine, Arménie, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Bélarus, Belgique, Belize, Bosnie-Herzégovine, Botswana, Brésil, Bulgarie, Burkina Faso, Canada, Chili, Chine, Chypre, Colombie, Croatie, Danemark, Équateur, Espagne, Estonie, Éthiopie, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Fidji, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Grenade, Guatemala, Guinée, Guinée-Bissau, Haïti, Hongrie, Inde, Irlande, Israël, Italie, Jamaïque, Japon, Kenya, Lesotho, Liban, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Madagascar, Malaisie, Malte, Maroc, Mexique, Monaco, Népal, Nicaragua, Nigéria, Norvège, Nouvelle-Zélande, Ouganda, Pakistan, Paraguay, Pays-Bas, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République de Corée, République dominicaine, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Saint-Marin, Saint-Vincent-et-les Grenadines, Sénégal, Sierra Leone, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Soudan, Suède, Swaziland, Thaïlande, Turquie, Ukraine, Uruguay, Venezuela* et *Yougoslavie*, 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-quatrième session" (A/C.6/56/L.8).

7. À sa 27e séance, le 19 novembre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/56/L.8 sans l'avoir mis aux voix (voir par. 15, projet de résolution I).

B. Projet de résolution A/C.6/56/L.11

8. À la 24e séance, le 9 novembre, le Président de la Commission a présenté un projet de résolution intitulé "Loi type sur les signatures électroniques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international" (A/C.6/56/L.11).

9. À sa 27e séance, le 19 novembre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/56/L.11 sans l'avoir mis aux voix (voir par. 15, projet de résolution II).

C. Projet de résolution A/C.6/56/L.12 et Corr.1

10. À la 24e séance, le 9 novembre, le Président de la Commission a présenté un projet de résolution intitulé "Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international" (A/C.6/56/L.12 et Corr.1).

11. À sa 27e séance, le 19 novembre, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/56/L.12 et Corr. 1 sans l'avoir mis aux voix (voir par. 15, projet de résolution III).

D. Projet de résolution A/C.6/56/L.10 et Corr.1 et projet de décision A/C.6/56/L.26

12. À la 24e séance, le 9 novembre, le Président a présenté un projet de résolution intitulé "Élargissement de la composition de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international" (A/C.6/56/L.10), qui se lisait comme suit:

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,

Rappelant également sa résolution 3108 (XXVIII) du 12 décembre 1973, par laquelle elle a décidé de porter de 29 à 36 États le nombre des membres de la Commission,

Prenant note de ce que la Commission a recommandé que sa composition soit élargie en maintenant la répartition actuelle entre les groupes régionaux,

Convaincue qu'une participation plus large des États aux travaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international favoriserait l'avancement de ces travaux,

Ayant pris connaissance des vues communiquées par les États et du rapport du Secrétaire général sur les incidences de l'élargissement de la composition de la Commission présenté conformément au paragraphe 13 de la résolution 55/151 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2000,

Satisfaite de la pratique selon laquelle la Commission invite les États qui ne comptent pas au nombre de ses membres et les organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales compétentes à participer en tant qu'observateurs à ses sessions et à celles de ses groupes de travail et à prendre part à l'élaboration de ses textes, ainsi que de la pratique selon laquelle la Commission prend ses décisions par consensus sans vote formel,

Considérant que l'élargissement de la composition de la Commission peut renforcer l'intérêt à l'égard de ses travaux et mieux justifier l'affectation de moyens en personnel et d'autres moyens à la préparation de ses séances et à leur participation,

Constatant que le nombre considérable d'États ayant participé en tant qu'observateurs et contribué utilement aux travaux de la Commission indique que les 36 États membres de la Commission sont loin d'être les seuls à vouloir participer activement à ses activités,

Réaffirmant l'importance du Fonds d'affectation spéciale constitué en vue d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général,

1. *Note* que l'impact d'un élargissement de la composition de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les services du secrétariat nécessaires pour faciliter les travaux de la Commission ne serait pas assez sensible pour être quantifié et que cet élargissement n'aurait donc aucune incidence financière;

2. *Décide* d'élargir la composition de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international en portant de 36 à 60 le nombre de ses États membres;

3. *Décide également* que les 24 membres additionnels de la Commission seront élus par l'Assemblée générale conformément aux règles suivantes:

a) L'Assemblée générale respectera la répartition suivante des sièges:

i) Six pour les États d'Afrique;
ii) Cinq pour les États d'Asie;
iii) Trois pour les États d'Europe orientale;
iv) Quatre pour les États d'Amérique latine et des Caraïbes;
v) Six pour les États d'Europe occidentale et autres États;

b) Sur les 24 membres additionnels, le mandat de 11 membres prendra fin le jour précédant l'ouverture de la trente-septième session de la Commission, en 2004, tandis que le mandat de 13 membres prendra fin le jour précédant l'ouverture de la quarantième session de la Commission, en 2007; le Président de l'Assemblée générale désignera ces membres par tirage au sort comme suit:

i) Pour un mandat prenant fin le jour précédant l'ouverture de la trente-septième session de la Commission, en 2004:
   a. Trois membres choisis parmi les membres élus des États d'Afrique et trois membres choisis parmi les membres élus des États d'Europe occidentale et autres États;
   b. Deux membres choisis parmi les membres élus des États d'Asie et deux membres choisis parmi les membres élus des États d'Amérique latine et des Caraïbes;
   c. Un membre choisi parmi les membres élus des États d'Europe orientale;

ii) Pour un mandat prenant fin le jour précédant l'ouverture de la quarantième session de la Commission, en 2007:
   a. Trois membres choisis parmi les membres élus des États d'Afrique, trois membres choisis parmi les membres élus des États d'Asie et trois membres choisis parmi les membres élus des États d'Europe occidentale et autres États;
   b. Deux membres choisis parmi les membres élus des États d'Europe orientale et deux membres choisis parmi les membres élus des États d'Amérique latine et des Caraïbes;

c) Les 24 membres additionnels entreront en fonctions le 1er janvier 2003;

d) Les dispositions des paragraphes 4 et 5 de la section II de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale s'appliqueront également aux membres additionnels;

4. *Invite instamment* les gouvernements, les organismes compétents des Nations Unies, les organisations et les institutions concernées 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;

5. *Prie* la Commission d'évaluer, à sa quarantième session, l'impact du présent élargissement et de faire rapport à l'Assemblée générale sur les incidences qu'impliquerait le fait d'avoir porté le nombre des membres à 72."

13. À la 28e séance, le 21 novembre, le Président de la Commission, à l'issue de consultations officieuses, a retiré le projet de résolution A/C.6/56/L.10 et a présenté un projet de décision intitulé "Élargissement de la composition de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international" (A/C.6/56/L.26).

14. À la même séance, la Commission a adopté le projet de décision A/C.6/56/L.26 sans l'avoir mis aux voix (voir par. 16).

III. RECOMMANDATIONS DE LA SIXIÈME COMMISSION

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

[Le texte des projets de résolution n'est pas reproduit dans cette section. Ceux-ci ont été adoptés, avec des modifications de forme, en tant que résolutions 56/79, 56/80 et 56/81 de l'Assemblée générale (voir la section D ci-après).]

D. Résolutions 56/79, 56/80 et 56/81 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2001

RÉSOLUTIONS ADOPTÉES PAR L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

[*sur le rapport de la Sixième Commission (A/56/588)*]

56/79. *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-quatrième 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 l'intérêt que présente la participation d'États se trouvant à tous les niveaux de développement économique et appartenant à des systèmes juridiques différents, à l'harmonisation et à l'unification du droit commercial international,

Ayant examiné le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-quatrième session[1],

Craignant que les activités menées 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, c'est-à-dire à l'opposé de l'efficacité et de la cohérence dont elle a fait les objectifs de l'unification et de l'harmonisation du droit commercial international 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-quatrième session[1];

2. *Se félicite* que la Commission ait mené à son terme et adopté le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international[2] et la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[3];

3. *Prend note* de l'avancement des travaux de la Commission sur le droit de l'arbitrage et celui de l'insolvabilité, et de sa décision de commencer à travailler sur les contrats électroniques, les projets d'infrastructure à financement privé, les sûretés et le droit des transports, et exprime sa satisfaction de la décision qu'a prise la Commission de modifier ses méthodes de travail afin de faire face à sa charge de travail croissante sans rien perdre de la qualité de ses travaux;

4. *Constate avec satisfaction* que le secrétariat de la Commission a publié et distribué le *Guide législatif sur les projets d'infrastructure à financement privé*[4], engage le secrétariat à le faire largement diffuser en associant à ses efforts des organisations intergouvernementales telles que les commissions régionales des Nations Unies, le Programme des Nations Unies pour le développement, l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel, les institutions du Groupe de la Banque mondiale et les banques régionales de développement, et invite les États à prendre favorablement en considération les dispositions du *Guide législatif* lorsqu'ils remanient ou adoptent des textes législatifs dans le domaine dont il traite;

5. *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 de la reconnaissance et de 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[5];

6. *Invite* les États à proposer des personnes pour travailler auprès de la fondation privée créée afin d'encourager le secteur privé à appuyer la Commission;

7. *Réaffirme* que la Commission, principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner l'activité juridique dans cette discipline et, à cet égard:

a) Engage tous les organismes des Nations Unies et invite les autres institutions internationales à garder à l'esprit le mandat de la Commission et la nécessité d'éviter tout chevauchement d'activités, et à favoriser l'efficacité et la cohérence de l'unification et de 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 de droit commercial international;

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/56/17 et Corr. 1 et 3).

[2] Ibid., annexe I.

[3] Ibid., annexe II.

[4] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4.

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

8. *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, par exemple le concours qu'elle apporte à l'élaboration des législations nationales fondées sur les textes juridiques issus de ses travaux;

9. *Juge souhaitable* que la Commission cherche à parrainer des séminaires et des colloques plus nombreux pour dispenser cette formation et cette assistance technique et, à cet égard:

a) Remercie la Commission d'avoir organisé des séminaires et des missions d'information au Bélarus, au Burkina Faso, en Chine, en Colombie, en Croatie, à Cuba, en Égypte, au Kenya, en Lituanie, en Ouzbékistan, au Pérou, en République dominicaine, en République de Corée, en Tunisie et en Ukraine;

b) Remercie les gouvernements dont les contributions ont permis d'organiser les séminaires et les missions d'information des Nations Unies, et invite instamment les gouvernements, organismes, organisations et 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 les pays en développement, ainsi qu'à accorder des bourses à des candidats de pays en développement pour leur permettre d'y participer;

10. *Engage* le Programme des Nations Unies pour le développement et les autres organismes d'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 agissant 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;

11. *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, afin que tous les États Membres puissent participer pleinement aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail;

12. *Décide*, pour que tous les États Membres puissent participer pleinement aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de poursuivre l'examen à sa cinquante-sixième session, dans le cadre de la grande commission compétente, de la question de l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays les moins avancés qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général;

13. *Prie de nouveau* le Secrétaire général de renforcer le secrétariat de la Commission étant donné le surcroît de travail qu'elle prévoit, dans les limites des ressources dont dispose l'Organisation, de manière à assurer et à renforcer la réalisation effective du programme de la Commission;

14. *Prie* le Secrétaire général de modifier les statuts du Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international pour qu'il soit possible de l'utiliser pour financer les activités de formation et d'assistance technique du secrétariat;

15. *Souligne* qu'il importe, pour l'unification et l'harmonisation du droit commercial international, au niveau mondial, de mettre en application les 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.

85e séance plénière
12 décembre 2001

56/80. *Loi type sur les signatures électroniques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*

L'Assemblée générale,

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

Notant que les opérations commerciales internationales recourent de plus en plus souvent à un moyen de communication qualifié généralement de "commerce électronique", qui suppose l'utilisation de moyens autres que les documents papier pour communiquer, conserver et authentifier l'information,

Rappelant la recommandation sur la valeur juridique des enregistrements informatiques que la Commission a adoptée à sa dix-huitième session, en 1985, et l'alinéa *b* du paragraphe 5 de sa propre résolution 40/71 du 11 décembre 1985, dans lequel elle a demandé aux gouvernements et aux institutions internationales de prendre des mesures, selon qu'il conviendrait, conformément à la recommandation de la Commission[1], pour assurer la sécurité juridique dans le contexte de l'utilisation la plus large possible du traitement automatique de l'information dans le commerce international,

Rappelant également que la Loi type sur le commerce électronique a été adoptée par la Commission à sa vingt-neuvième session, en 1996[2], et complétée par un article supplémentaire 5 *bis* adopté par la Commission à sa trente et unième session, en 1998[3], et rappelant le paragraphe 2 de sa propre résolution 51/162 du 16 décembre 1996, dans lequel elle a recommandé que tous les États prennent dûment en considération la Loi type lorsqu'ils promulgueraient des lois ou réviseraient leur législation, compte tenu de la nécessité d'assurer l'uniformité du droit applicable aux moyens autres que les documents papier pour communiquer et conserver l'information,

---

[1]Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément nº 17* (A/40/17), chap. VI, sect. B.

[2]Ibid., *cinquante et unième session, Supplément nº 17* (A/51/17), chap. III, sect. F, par. 209.

[3]Ibid., *cinquante-troisième session, Supplément nº 17* (A/53/17), chap. III, sect. B.

Convaincue que la Loi type sur le commerce électronique est d'une utilité certaine pour les États en ce qu'elle rend possible ou facilite le recours au commerce électronique, comme l'attestent le fait qu'elle ait été mise en application dans plusieurs pays et le fait qu'elle soit universellement tenue pour une référence indispensable en droit du commerce électronique,

Consciente de la grande utilité de la nouvelle technologie communément appelée "signatures électroniques" utilisée pour s'assurer de l'identité des personnes dans le commerce électronique,

Désireuse de faire fond sur les principes fondamentaux qui sous-tendent l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique[4] en ce qui concerne l'exercice de la fonction de signature dans un contexte électronique, pour favoriser le recours aux signatures électroniques pour produire un effet juridique lorsque ces signatures sont l'équivalent fonctionnel de signatures manuscrites,

Convaincue que la sécurité juridique du commerce électronique se trouvera renforcée par l'harmonisation de certaines règles applicables à la reconnaissance légale des signatures électroniques sur une base technologiquement neutre et par la mise en place d'une méthode d'évaluation, sur une base technologiquement neutre, de la fiabilité pratique et de l'utilité commerciale des techniques de signature électronique,

Convaincue également que la Loi type sur les signatures électroniques complètera utilement la Loi type sur le commerce électronique et aidera de façon appréciable les États à renforcer l'encadrement législatif du recours aux techniques modernes d'authentification et à légiférer dans cette matière lorsqu'ils n'ont encore aucune législation,

Estimant que l'établissement d'une législation type facilitant le recours aux signatures électroniques dans des conditions acceptables par des États dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents, favoriserait le développement de relations économiques internationales harmonieuses,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir achevé et adopté le texte de la Loi type sur les signatures électroniques figurant en annexe à la présente résolution, et d'avoir établi le Guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne;

2. *Recommande* à tous les États de prendre dûment en considération la Loi type sur les signatures électroniques ainsi que la Loi type sur le commerce électronique adoptée en 1996 et complétée en 1998 lorsqu'ils promulgueront des lois ou réviseront leur législation, eu égard à l'uniformisation nécessaire du droit applicable aux moyens autres que les documents papier pour communiquer, conserver et authentifier l'information;

3. *Recommande également* de tout faire pour que la Loi type sur le commerce électronique, la Loi type sur les signatures électroniques et les guides pour l'incorporation de leurs dispositions dans le droit interne soient largement diffusés et accessibles à tous.

85e séance plénière
12 décembre 2001

[4]Résolution 51/162, annexe.

ANNEXE

LOI TYPE SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

[L'annexe est reproduite dans la troisième partie, section II, du présent *Annuaire*.]

56/81. *Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international*

L'Assemblée générale,

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

Considérant que l'incertitude qui règne quant à la nature et au contenu du régime juridique applicable à la cession de créances fait obstacle au commerce international,

Convaincue que l'adoption d'une convention sur la cession de créances dans le commerce international sera favorable à la transparence, contribuera à réduire les incertitudes qui règnent dans cette matière, rendra les capitaux et le crédit accessibles à des conditions plus favorables, en même temps qu'elle sauvegardera les pratiques actuelles, facilitera le développement de pratiques nouvelles et protégera dans la mesure nécessaire les intérêts des débiteurs en cas de cession de créances,

Rappelant qu'à sa vingt-huitième session, en 1995, la Commission a décidé d'élaborer une législation uniforme sur le financement par cession de créances et qu'elle a chargé le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de préparer un projet de texte[1],

Constatant que le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a consacré neuf sessions, de 1995 à 2000, à l'élaboration du projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international, projet que la Commission a examiné à sa trente-troisième session, en 2000[2], et à sa trente-quatrième session, en 2001[3],

Gardant à l'esprit que tous les États et les institutions internationales intéressées ont été invités à participer à l'élaboration du projet de convention à toutes les sessions du Groupe de travail ainsi qu'aux trente-troisième et trente-quatrième sessions de la Commission, en qualité de membre ou d'observateur, et qu'ils ont eu tout loisir de faire des déclarations et des propositions,

Notant avec satisfaction que le texte du projet de Convention a été distribué, pour observations, une première fois avant la trente-troisième session de la Commission et une deuxième fois, dans sa version révisée, avant

[1]Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément nº 17* (A/50/17), par. 381.

[2]Ibid., *cinquante-cinquième session*, *Supplément nº 17* (A/55/17), chap. III.

[3]Ibid., *cinquante-sixième session*, *Supplément nº 17* et rectificatifs (A/56/17 et Corr.1 et 3), chap. III.

la trente-quatrième session de la Commission, à tous les gouvernements et aux institutions internationales invitées à participer aux travaux de la Commission et du Groupe de travail en qualité d'observateur, et que la Commission a été saisie des observations reçues à ses trente-troisième[4] et trente-quatrième[5] sessions,

Notant avec satisfaction également la décision prise par la Commission à sa trente-quatrième session de lui présenter le projet de Convention pour examen[6],

Prenant note du projet de Convention adopté par la Commission[7],

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir élaboré le projet de Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[7];

2. *Adopte et ouvre à la signature ou à l'adhésion* la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, dont le texte figure en annexe à la présente résolution;

3. *Invite* tous les États à envisager de devenir partie à la Convention.

85e séance plénière
12 décembre 2001

ANNEXE

CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL

[L'annexe est reproduite dans la troisième partie, section I, du présent *Annuaire*.]

[4]Voir A/CN.9/472 et Add.1 à 5.

[5]Voir A/CN.9/490 et Add.1 à 5.

[6]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/56/17 et Corr.1 et 3), par. 200.

[7]Ibid., annexe I.

Deuxième partie

ÉTUDES ET RAPPORTS SUR DES SUJETS ÉTUDIÉS PAR LA COMMISSION

I. FINANCEMENT PAR CESSION DE CRÉANCES

A. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-troisième session (Vienne, 11-22 décembre 2000)

(A/CN.9/486) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Pages*
INTRODUCTION		1-9	76
I.	DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	10-11	77
II.	PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL	12-136	77
	Section II. Débiteur	12-38	77
	Article 18. Notification de la cession au débiteur	12-20	77
	Article 19. Paiement libératoire du débiteur	21-29	79
	Article 20. Exceptions et droits à compensation du débiteur	30-32	80
	Article 21. Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation	33-34	81
	Article 22. Modification du contrat initial	35-36	81
	Article 23. Recouvrement des paiements	37-38	81
	Section III. Autres parties	39-69	81
	Article 24. Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties	39-63	81
	Article 25. Ordre public et droits préférentiels	64-65	86
	Article 26. Règles spéciales relatives au produit	66-67	86
	Article 27. Renonciation	68-69	86
	Chapitre V. Conflit de lois	70-90	86
	Champ d'application ou objet du chapitre V (par. 4 de l'article premier)	70-75	86
	Forme de la cession	76	87
	Article 28. Loi applicable aux droits et obligations du cédant et du cessionnaire	77-79	87
	Article 29. Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur	80-84	88
	Article 30. Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties	85-86	88
	Article 31. Règles impératives	87-88	89
	Article 32. Ordre public	89-90	89
	Chapitre VI. Clauses finales	91-136	89
	Article 33. Dépositaire	91-92	89
	Article 34. Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion	93-94	89
	Article 35. Application aux unités territoriales	95-97	90
	Article 36. Conflits avec d'autres accords internationaux	98-108	90
	Article 37. Application du chapitre V	109-111	92
	Article 38. Limitations concernant les personnes publiques	112-114	92
	Article 39. Autres exclusions	115-118	92
	Article 40. Application de l'annexe	119-120	93
	Article 41. Effet des déclarations	121-123	93

		Paragraphes	*Pages*
	Article 42. Réserves	124-126	94
	Article 43. Entrée en vigueur	127-131	94
	Article 44. Dénonciation	132-133	94
	Paragraphe 5 du projet d'article 41	134	95
	Article X. Révision et amendements	135-136	95
III.	ANNEXE DU PROJET DE CONVENTION	137-169	95
	Observations générales	137-142	95
	Section I. Règles de priorité fondées sur l'enregistrement	143-149	96
	Article premier. Priorité entre plusieurs cessionnaires	143-145	96
	Article 2. Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant	146-149	96
	Section II. Enregistrement	150-161	97
	Article 3. Création d'un système d'enregistrement	150-153	97
	Article 4. Enregistrement	154-159	97
	Article 5. Recherches dans le registre	160-161	98
	Section III. Règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession	162-165	98
	Article 6. Priorité entre plusieurs cessionnaires	162-163	98
	Article 7. Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant	164-165	99
	Règles de priorité supplémentaires	166-168	99
	Article 40. Application de l'annexe	169	99
IV.	RAPPORT DU GROUPE DE RÉDACTION	170-173	99
V.	TRAVAUX FUTURS	174-175	100

ANNEXES

I.	Projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international	101
II.	Renumérotation des articles du projet de convention	110

INTRODUCTION

1. À sa présente session, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a poursuivi ses travaux sur l'élaboration d'un projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international, conformément à une décision prise par la Commission à sa trente-troisième session, tenue à New York du 12 juin au 7 juillet 2000[1].

2. À sa session précédente, tenue à Vienne du 11 au 22 octobre 1999, le Groupe de travail avait achevé ses travaux et soumis le projet de convention à la Commission (A/CN.9/466, par. 19). Toutefois, faute de temps, la Commission n'a examiné et adopté que les projets d'articles 1er à 17 du projet de convention, à l'exception des passages entre crochets de ces dispositions[2] et a renvoyé le projet de convention au Groupe de travail, le chargeant de réexaminer les projets d'articles 18 à 44 du projet de convention et les projets d'articles 1er à 7 de l'annexe du projet, ainsi que les passages qui restaient entre crochets dans les projets d'articles 1er à 17 du projet de convention; de veiller à la cohérence et à l'uniformité de l'ensemble du projet de convention, compte tenu des modifications apportées par la Commission aux projets d'articles 1er à 17; de porter à l'attention de la Commission tous nouveaux problèmes de fond qui pourraient être relevés par le Groupe de travail dans les projets d'articles 1er à 17 et de formuler des recommandations permettant à la Commission de résoudre ces problèmes; et de n'apporter au projet de convention que des changements susceptibles d'être largement approuvés[3].

3. La Commission a prié le Groupe de travail d'accomplir sa tâche avec diligence de manière à finaliser le projet de convention et à le lui présenter pour adoption à sa trente-quatrième session, en 2001[4]. La Commission a également prié le secrétariat d'établir et de distribuer une version révisée du commentaire sur le projet de conven-

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 186 à 192.

[2] Ibid., par. 180.

[3] Ibid., par. 187.

[4] Ibid., par. 188.

tion une fois que le Groupe de travail aurait achevé ses travaux. Elle lui a en outre demandé de transmettre en même temps, pour observations, le texte du projet de convention à tous les États et aux organisations internationales, y compris les organisations non gouvernementales qui étaient normalement invitées à assister aux réunions de la Commission et de ses groupes de travail en qualité d'observateurs, ainsi que d'élaborer et de faire distribuer une compilation analytique des observations ainsi formulées[5].

4. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa présente session à Vienne, du 11 au 22 décembre 2000. Y ont participé les représentants des États suivants, membres du Groupe de travail: Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Cameroun, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Honduras, Hongrie, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Mexique, Nigéria, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Roumanie, Soudan et Thaïlande.

5. Ont également participé à la session les observateurs des États suivants: Arabie saoudite, Bolivie, Canada, Équateur, Indonésie, Iraq, Liban, Malaisie, Pérou, République de Corée, République tchèque, Slovaquie, Suède, Suisse et Turquie.

6. Les observateurs des organisations internationales suivantes ont aussi participé à la session: Association du barreau de la ville de New York (ABCNY), Banque centrale européenne (BCE), Comité consultatif juridique afro-asiatique (AALCC), Commercial Finance Association (CFA), Factors Chain International (FCI), Fédération bancaire de l'Union européenne, Fédération européenne des associations de sociétés d'affacturage (EUROPAFACTORING), Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) et Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA).

7. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

Président: M. David Morán BOVIO (Espagne)
Rapporteur: M. Hossein GHAZIZADEH (République islamique d'Iran)

8. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.V/WP.51), projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international, tel qu'adopté par le Groupe de travail en octobre 1999 (A/CN.9/466, Annexe I); projets d'articles 1er à 17 du projet de convention, tels qu'adoptés par la Commission en juillet 2000 (A/55/17, Annexe I); et commentaire analytique sur le projet de convention établi par le secrétariat (A/CN.9/470). Le Groupe de travail était également saisi de commentaires sur le projet de convention faits par des gouvernements et des organisations internationales (A/CN.9/472 et Add. 1 à 5).

[5]Ibid., par. 191.

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

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration du projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

10. Le Groupe de travail a examiné les projets d'articles 1er (par. 4), 4 (par. 4) et 18 à 44 du projet de convention, ainsi que les projets d'articles 1er à 7 de l'annexe.

11. Les délibérations et conclusions du Groupe de travail sont présentées ci-après aux chapitres III à V. À l'exception des projets d'articles 4 (par. 4) et 39, qui ont été conservés entre crochets et renvoyés à la Commission, le Groupe de travail a adopté les projets d'articles 1er (par. 4), 18 à 38 et 40 à 44 du projet de convention, ainsi que les projets d'articles 1er à 7 de l'annexe. Ayant achevé ses travaux, le Groupe de travail a décidé de soumettre le projet de convention à la Commission pour adoption à sa trente-quatrième session, devant avoir lieu à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001.

II. PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL

...

Section II. Débiteur

Article 18. *Notification de la cession au débiteur*

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

"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."

Paragraphe 1

13. En réponse à une question concernant la relation entre une notification et des instructions de paiement, il a été indiqué que, du fait de l'alinéa *d* du projet d'article 5 et des projets d'articles 15 et 18, une notification n'avait pas besoin de contenir des instructions de paiement pour produire ses effets, mais que des instructions de paiement

ne pouvaient être données que dans une notification ou subséquemment à une notification par le cessionnaire (voir également par. 24).

Paragraphe 3

14. Le paragraphe 3 a suscité un certain nombre de craintes. Par exemple, si les cessions d'une série de cessions n'étaient pas toutes notifiées au débiteur, il serait très difficile à ce dernier de déterminer quelle était la dernière de ces cessions subséquentes de façon à effectuer un paiement libératoire valable en vertu du paragraphe 4 du projet d'article 19. Par ailleurs, en cas de combinaison de cessions doubles et de cessions subséquentes, il serait encore plus difficile au débiteur de déterminer s'il devait payer conformément à la première notification reçue avant le paiement (paragraphe 2 du projet d'article 19) ou conformément à la notification de la dernière cession subséquente (paragraphe 4 du projet d'article 19).

15. Pour apaiser ces craintes, plusieurs propositions ont été formulées, dont une consistant à modifier le paragraphe 3 comme suit:

> "La notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure, dans la mesure où cette notification identifie raisonnablement tout cédant de cette cession antérieure."

16. On a fait valoir, à l'encontre de cette proposition, qu'elle aboutirait involontairement à compliquer inutilement la notification des cessions subséquentes en imposant une condition supplémentaire pour que cette notification produise des effets et en introduisant des termes vagues tels que "identifie raisonnablement tout cédant antérieur" (pour le débat sur une proposition connexe concernant le paragraphe 5 du projet d'article 19, voir par. 25 à 29). On a également fait observer que les paragraphes 2 et 4 du projet d'article 19 traitaient suffisamment les cas dans lesquels des notifications de cessions doubles étaient combinées à des notifications de cessions subséquentes. Selon une autre proposition, il fallait modifier le paragraphe 3 de manière à ne faire référence qu'à une seule cession antérieure. À l'appui de cette proposition, il a été déclaré que cela suffirait à englober les opérations d'affacturage international, qui représentaient le principal objet du paragraphe 3. Cette proposition n'a toutefois pas bénéficié d'un appui suffisant.

17. On a également émis la crainte que le paragraphe 3, tel qu'actuellement libellé, n'indique pas de façon suffisamment claire que le cédant d'une cession antérieure pouvait notifier une cession subséquente à laquelle il n'était pas partie. Or, une telle situation était courante dans les opérations d'affacturage international dans lesquelles l'exportateur (cédant) adressait, avec la facture, une notification directe à l'importateur (débiteur) de la cession subséquente effectuée par l'affactureur du pays de l'exportateur (premier cessionnaire) au profit de l'affactureur du pays de l'importateur (deuxième cessionnaire). Pour apaiser cette crainte, il a été proposé d'ajouter à la fin du paragraphe 3 le libellé suivant: "même si la notification de la cession subséquente est donnée par le cédant au titre de la cession antérieure". Le Groupe de travail est convenu qu'une telle modification n'était pas nécessaire et pouvait poser des problèmes d'interprétation dans le contexte d'autres dispositions du projet de convention traitant de la notification, qui ne comprendraient pas le libellé proposé. Il a été convenu par ailleurs que le commentaire devrait indiquer qu'il était entendu que ni la définition de la notification à l'alinéa *d* du projet d'article 5, ni le projet d'article 15, relatif à la notification dans la relation entre le cédant et le cessionnaire, ni le projet d'article 18 n'empêchaient le cédant d'une cession antérieure d'adresser au débiteur une notification valable d'une cession subséquente.

Notification de cessions de fractions de créances ou de droits indivis sur ces créances

18. Rappelant que la Commission n'avait pas eu le temps d'examiner la situation juridique du débiteur en cas d'une ou de plusieurs notifications concernant la cession d'une fraction d'une ou de plusieurs créances ou de droits indivis sur celles-ci[6], le Groupe de travail a noté que la question pouvait être traitée dans le projet d'article 18. Des délégations se sont déclarées en faveur d'une disposition en vertu de laquelle une notification serait considérée, à l'appréciation du débiteur, comme sans effets aux fins du projet d'article 19 (paiement libératoire du débiteur) si, dans les instructions de paiement correspondantes, il était demandé au débiteur de payer à un bénéficiaire désigné un montant inférieur au montant dû en vertu du contrat initial.

19. Il a été déclaré qu'une telle approche permettrait de protéger le débiteur de façon suffisante mais souple, sans édicter de règle sur ce que le cédant, le débiteur ou le cessionnaire devaient faire et sans créer de responsabilité. On a également fait observer que l'on pourrait ainsi englober toutes les combinaisons possibles de cessions uniques ou multiples de fractions de créances ou d'intérêts indivis sur ces créances, que les paiements soient effectués en une seule fois ou en plusieurs fois. Il n'y aurait pas non plus d'incidences sur l'efficacité de la notification d'une cession partielle à toute fin autre que le paiement libératoire du débiteur (par exemple pour le gel des droits à compensation qui découlaient de contrats n'étant pas liés au contrat initial et que le débiteur pouvait opposer après la notification). On a craint toutefois qu'en établissant une telle distinction on ne permette pas au débiteur d'éviter un double paiement en invoquant un droit à compensation. Il a donc été proposé de permettre au débiteur de ne pas tenir compte de la notification d'une cession partielle à des fins générales. On a fait observer que ce résultat était déjà implicite dans le projet d'article 17, qui prévoyait que le projet de convention était sans incidence sur les droits et obligations du débiteur, à moins que celui-ci n'y consente et "sauf disposition contraire de la présente Convention". On a aussi fait valoir que la proposition avancée perturberait involontairement des pratiques utiles. Par ailleurs, les projets d'articles 9 et 18 validaient respectivement les cessions partielles et les notifications de cessions partielles et le projet d'article 17 ne prévoyait rien qui invalide ces cessions ou notifications. Compte tenu de ces considérations, le Groupe de travail a décidé qu'il fallait traiter uniquement la question du paiement

[6]Ibid., par. 173.

libératoire du débiteur en cas de cession partielle et que le projet d'article 19, qui portait sur le paiement libératoire du débiteur, était l'endroit pour ce faire.

20. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 18 quant au fond, sans y apporter de modifications, et l'a renvoyé au groupe de rédaction. L'élaboration d'une disposition sur la base du paragraphe 19 ci-dessus, qui devrait figurer au projet d'article 19, a également été confiée au groupe de rédaction.

Article 19. *Paiement libératoire du débiteur*

21. 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. 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'incidence 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."

Paiement libératoire de bonne foi à "un cessionnaire apparent"

22. Il a été noté que, pour faire en sorte que le débiteur puisse se fonder sur une notification de prime abord légitime, il faudrait prévoir au projet d'article 19 qu'il pourrait effectuer un paiement libératoire de bonne foi à un cessionnaire apparent. Le Groupe de travail est convenu que, ce cas se présentant très rarement dans la pratique, il n'était pas nécessaire de le traiter dans le projet de convention. Il est également convenu qu'une règle permettant une libération valable du débiteur en cas de cession apparente irait à l'encontre de la loi dans de nombreux systèmes juridiques, où l'acquisition de bonne foi de droits de propriété sur des créances n'était pas autorisée.

Paragraphe 1

23. Il a été noté que le droit du débiteur de se libérer de son obligation avant d'avoir reçu une notification en payant le cessionnaire plutôt que le cédant pouvait perturber des pratiques dans lesquelles le débiteur était censé continuer de payer le cédant même après avoir reçu une notification (titrisation par exemple). Le Groupe de travail est convenu qu'il ne fallait apporter aucun changement au paragraphe 1, puisqu'un tel cas se présenterait très rarement dans la pratique, du fait en particulier qu'un débiteur qui paierait le cessionnaire avant d'avoir reçu une notification risquerait d'avoir à payer deux fois.

24. Selon un avis, il faudrait que la deuxième phrase du paragraphe 1 fasse ressortir de manière suffisamment claire que ce sont des instructions de paiement et non une simple notification qui peuvent entraîner un changement dans la façon dont le débiteur peut se libérer de son obligation. On a toutefois fait observer à cet égard que le paragraphe 1 était centré, à juste titre, sur la notification, puisque dans la plupart des cas une notification serait accompagnée d'instructions de paiement et qu'il fallait aussi tenir compte des pratiques dans lesquelles une notification était adressée sans instructions de paiement. Il a aussi été déclaré que le cessionnaire ne devrait pas être autorisé à adresser de notification en cas d'insolvabilité du cédant, car il pourrait ainsi obtenir une préférence indue par rapport aux autres créanciers. On a fait observer, toutefois, qu'une notification ne pouvait, en elle-même, donner une préférence à un cessionnaire, puisque cette question devait être réglée par la loi régissant la priorité. Par ailleurs, si, en vertu de cette loi, le rang de priorité était basé sur la date de la notification, un cessionnaire ne pourrait obtenir la priorité sur les créanciers du cédant ou sur l'administrateur de l'insolvabilité, sauf si la notification avait été adressée avant le commencement d'une procédure d'insolvabilité et à condition qu'elle ne constitue pas un transfert frauduleux ou préférentiel.

Paragraphe 5 bis

25. Pour tenir compte des préoccupations exprimées au paragraphe 14 ci-dessus, il a été proposé d'ajouter au projet d'article 19 un paragraphe 5 *bis* libellé comme suit:

"S'il reçoit du cessionnaire notification d'une cession subséquente, le débiteur est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession subséquente et toute cession antérieure ont été effectuées; le débiteur peut effectuer un paiement libératoire au dernier cessionnaire d'une cession subséquente qui est prouvée de manière appropriée. 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."

26. Cette proposition a été appuyée. Il a été déclaré qu'il suffisait de protéger le débiteur en cas de doute quant à la manière dont il devait exécuter son obligation s'il recevait des notifications multiples relatives à des cessions subséquentes. Sur le plan de la forme, on pourrait aboutir au même résultat en combinant le paragraphe 5 existant et le paragraphe 5 *bis* proposé. Un nouveau paragraphe 5 pourrait accorder au débiteur le droit de demander qu'une cession unique ou toutes les cessions d'une série de cessions soient prouvées de façon appropriée. Par ailleurs, ce nouveau paragraphe pourrait disposer que, si une telle preuve n'était pas donnée au débiteur dans un délai raisonnable, ce dernier pourrait effectuer un paiement libératoire, en cas de cession unique, conformément au paragraphe 1 et, en cas d'une série de cessions, conformément au paragraphe 4. En outre, on a fait observé que si l'on combinait, comme proposé, le paragraphe 5 et le paragraphe 5 *bis*, en cas de cession de A à B, de B à C et de C à D, si B seulement adressait une notification, le débiteur pourrait effectuer un paiement libératoire à B; et si D adressait une notification mais pas B ou C, le débiteur pourrait effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial.

27. Cette proposition a bénéficié d'un appui, mais on s'est demandé s'il était en fait nécessaire de modifier le paragraphe 5, qui était déjà suffisamment souple pour qu'un tribunal l'interprète de manière à obtenir les résultats voulus. On a fait observer par ailleurs qu'il pourrait y avoir une certaine incohérence entre ce nouveau paragraphe 5 et le paragraphe 3 de l'article 18, en vertu duquel une notification d'une cession subséquente valait notification de toute cession antérieure. À cette observation on a répondu que le paragraphe 5, dans sa formulation actuelle, ne réglait pas complètement la question de savoir si le débiteur pouvait demander une preuve appropriée de la série de cessions dans son ensemble ni la manière dont il pouvait effectuer un paiement libératoire en l'absence d'une telle preuve. En outre, le paragraphe 3 du projet d'article 18 visait à traiter l'efficacité d'une notification dans le cas d'une série de cessions, alors que le paragraphe 5 du projet d'article 19 visait à garantir que le débiteur pouvait demander une preuve appropriée et savoir comment effectuer un paiement libératoire en l'absence d'une telle preuve.

28. Pour régler ces questions, il a été proposé de modifier le paragraphe 5 comme suit:

"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 et toute cession antérieure ont été effectuées; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément au présent article comme s'il n'avait pas reçu de notification. 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."

29. Il a été généralement convenu que le texte proposé tenait compte de la meilleure façon possible des préoccupations exprimées (voir par. 14). Sous réserve de ce changement, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 19 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 20. *Exceptions et droits à compensation du débiteur*

30. Le texte du projet d'article 20 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"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."

31. Selon un avis, le fait de laisser à la loi applicable en dehors du projet de convention le soin de définir la notion de droits "pouvant être invoqués" figurant au paragraphe 2, sans spécifier la loi en question, risquait de créer des incertitudes quant à savoir si un droit à compensation devait être effectif et avéré, arrivé à échéance ou quantifié au moment de la notification. On a fait observer qu'il en allait non seulement du principe selon lequel une cession ne devait pas porter atteinte à la situation juridique du débiteur, mais également de celui selon lequel, après notification, le débiteur ne devait pas pouvoir priver le cessionnaire de ses droits. Pour répondre à cette préoccupation, on a proposé que la question de savoir si un droit à compensation devait être considéré comme pouvant être "invoqué" par le débiteur soit renvoyée à la loi régissant la créance. Cette proposition a suscité des objections. Il a été indiqué qu'une disposition similaire au paragraphe 2 avait été insérée dans la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international (Ottawa, 1988; ci-après dénommée "la Convention d'Ottawa") sans aucun problème. On a également fait observer que, si la loi régissant la créance pouvait être désignée comme la loi applicable aux droits à compensation découlant du contrat initial et des contrats connexes, cette solution ne serait pas appropriée pour d'autres droits à compensation tels que ceux découlant, par exemple, de contrats non connexes, d'obligations non contractuelles ou de décisions judiciaires. En outre, il a été souligné que le fait d'indiquer la loi régissant les droits à compensation pouvait ne pas créer la certitude souhaitable, car, dans de nombreux États, la compensation était considérée comme une question de procédure et, en tant que telle, relevait de la loi du for. Par ailleurs, le projet d'article 29 pouvait suffire pour

soumettre les droits à compensation découlant du contrat initial et des contrats connexes à la loi régissant ledit contrat.

32. À l'issue du débat, le Groupe de travail a adopté, quant au fond, le projet d'article 20 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 21. *Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation*

33. Le texte du projet d'article 21 examiné par le Groupe de travail était 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 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."

34. Le Groupe de travail a adopté, sans le modifier, le projet d'article 21, quant au fond, et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 22. *Modification du contrat initial*

35. 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 incidence sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux."

36. Selon un avis, le paragraphe 2 pouvait convenir pour le financement de projet, mais non pour les opérations d'affacturage dans le cadre desquelles, après notification, une modification du contrat initial n'avait pas force obligatoire pour le cessionnaire. Il a été déclaré que, pour qu'une telle modification soit contraignante pour le cessionnaire, celle-ci devrait au moins lui être notifiée. En réponse, on a fait observer que ce point serait généralement réglé dans le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire. En outre, le paragraphe 2, en tout état de cause, partait du principe que la modification serait notifiée au cessionnaire, même si, dans la pratique, cette question était laissée à la discrétion du cédant. À l'issue du débat, le Groupe de travail a adopté, quant au fond, le projet d'article 22, sans le modifier, et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 23. *Recouvrement des paiements*

37. Le texte du projet d'article 23 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 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."

38. Le Groupe de travail est convenu que la référence aux "droits du débiteur en vertu de l'article 20" était peu claire et devait être supprimée. Il a été largement estimé que le projet d'article 23, relatif au recouvrement effectif, et le projet d'article 20, ne concernant que les exceptions et droits à compensation, ne se recoupaient pas. Sous réserve de ce changement, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 23, quant au fond, et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Section III. Autres parties

Article 24. *Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties*

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

"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."

Chapeau

40. Le Groupe de travail est convenu qu'il n'était pas nécessaire de faire référence au projet d'article 27 dans le chapeau. Il a été largement estimé que, contrairement aux projets d'articles 25 et 26, le projet d'article 27 n'était pas censé avoir préséance sur la loi applicable en vertu du projet d'article 24 mais seulement valider les conventions de renonciation. Il a aussi été largement estimé que le membre de phrase "à l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention" constituait un renvoi suffisant aux conventions visées au projet d'article 27. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le chapeau quant au fond sans modification et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Alinéa a

41. Le chapeau de l'alinéa *a* a suscité un certain nombre de craintes, notamment celle que la loi du lieu de situation du cédant ne puisse pas traiter tous les conflits de priorité concernant la créance cédée. On a donné à cet égard l'exemple d'une cession de créances qui, en vertu de la loi du lieu de situation du cédant, devait être enregistrée pour produire ses effets, alors qu'en vertu de la loi du lieu de situation du cessionnaire elle produirait ses effets même en l'absence d'enregistrement mais uniquement entre le cédant et le cessionnaire; toutefois, en vertu du lieu de situation du débiteur, elle ne produirait ses effets que si elle ne comprenait pas de créances futures. Il a été déclaré que dans un tel cas la loi du lieu de situation du cédant ne pouvait pas supplanter la loi locale, en particulier lorsqu'il y avait insolvabilité du cédant ou du débiteur. On a également fait observer que, dans les pays où des formalités étaient nécessaires pour constituer une sûreté (acte d'un officier public, notification ou enregistrement par exemple) et où l'on ne faisait aucune différence entre l'existence, l'étendue et la priorité du droit du cessionnaire, toutes ces questions seraient régies par la loi du pays dans lequel les formalités étaient effectuées. À cette observation, on a répondu que le projet de convention avait précisément pour but de traiter des cas tels que celui qui avait été mentionné et qu'il annulerait toute limitation à la cessibilité de créances futures. En outre, il serait particulièrement approprié, dans l'exemple cité, de faire régir les conflits de priorité par la loi du lieu de situation du cédant, puisque cette loi exigeait un enregistrement et que les tiers escompteraient que la loi applicable soit celle du cédant. Cette dernière serait aussi appropriée du fait qu'elle régirait la procédure d'insolvabilité principale concernant le cédant. Si cette procédure était ouverte dans un autre pays (par exemple celui où était situé le débiteur), la loi du lieu de situation du cédant régirait la priorité sauf en cas de règle manifestement contraire à l'ordre public du lieu de situation du débiteur et sous réserve des droits non consensuels et préférentiels de ce pays.

42. On a craint par ailleurs qu'en parlant de "l'étendue" du droit du cessionnaire sur la créance cédée on n'élargisse par trop le champ d'application du projet d'article 24 ou que l'on n'introduise à tout le moins une incertitude à cet égard. Le terme "étendue" était ambigu. Par ailleurs, si "l'étendue" du droit du cessionnaire avait un rapport avec la priorité (c'est-à-dire si elle se référait au caractère personnel (*ad personam*) ou réel (*in rem*) du droit du cessionnaire ou à la question de savoir s'il s'agissait d'un véritable droit de propriété ou uniquement d'une sûreté), la question était couverte par la référence à la priorité, et si elle n'avait pas de rapport avec la priorité, alors elle dépassait le champ d'application du projet de convention. En outre, en faisant régir la question de la nature réelle ou personnelle du droit du cessionnaire par la loi du lieu de situation du cédant on risquait de ne pas obtenir la certitude souhaitée, puisque, par exemple, un transfert pur et simple en vertu de la loi d'un pays pourrait être considéré comme une sûreté dans un autre pays. Par ailleurs, on a fait observer qu'il pourrait être inapproprié de faire référence à "l'étendue" ou à "la nature" d'une cession comme à un transfert pur et simple ou à une sûreté, puisque de nombreux pays faisaient une distinction claire entre la cession et l'opération sous-jacente (ou le but de la cession), ce sur quoi le projet de convention ne devrait pas empiéter. Pour répondre à cette préoccupation, il a été proposé de supprimer les mots "étendue du droit du cessionnaire sur la créance cédée".

43. Cette proposition a soulevé des objections. Selon un avis, il était certes possible d'améliorer le libellé du chapeau de l'alinéa *a*, mais si l'on ne traitait pas la question de la nature réelle ou personnelle du droit du cessionnaire et celle de savoir s'il s'agissait d'une sûreté ou d'un droit de pleine propriété, on risquait de réduire considérablement l'utilité de l'ensemble du projet de convention. On a expliqué qu'en l'absence de certitude sur la manière d'obtenir un droit réel un cessionnaire ne pourrait avoir aucune garantie d'être payé en cas d'insolvabilité du cédant. On a expliqué aussi que toute incertitude quant à la loi applicable à la nature du droit du cessionnaire (pleine propriété ou sûreté) continuerait d'entraver des opérations telles que la titrisation dans laquelle l'efficacité du transfert pur et simple impliqué était essentielle. En outre, il était particulièrement utile de faire régir ces questions par la loi du lieu de situation du cédant en cas d'insolvabilité de ce dernier, car ce serait très probablement cette loi qui, dans la plupart des cas, régirait l'insolvabilité.

44. On a aussi exprimé la crainte que le chapeau de l'alinéa *a* ne soit pas suffisant pour traiter la question de l'existence du droit du cessionnaire sur la créance cédée. En effet, le projet de convention traitait un certain nombre de questions relatives à l'existence de ce droit, mais peut-être pas toutes, en particulier l'existence d'un tel droit comme condition préalable à la priorité, question qui devrait être régie par la loi du lieu de situation du cédant. On a donné à titre d'exemple la notification comme préalable à la fois à l'existence et à la priorité du droit du cessionnaire sur la créance cédée. Pour tenir compte de

cette préoccupation, il a été proposé d'inclure dans le chapeau de l'alinéa *a* une référence à "l'existence du droit du cédant sur la créance cédée".

45. Cette proposition a aussi soulevé des objections. On a déclaré que la question de l'existence du droit du cessionnaire sur la créance cédée était traitée de manière complète au chapitre III du projet de convention et, en particulier, dans les projets d'article 8 et 9 qui avaient trait à la validité, quant au fond et à la forme, d'une cession même d'une seule créance existante. On a fait observer qu'en faisant régir la question par la loi du lieu de situation du cédant on compromettrait la certitude obtenue en particulier par le projet d'article 9. S'agissant de l'exemple susmentionné, on a fait observer que, pour ce qui était de la validité quant à la forme, la notification serait régie par la loi du lieu de situation du cédant ou par toute autre loi applicable; pour ce qui était de la validité quant au fond, l'exigence de notification se trouverait annulée par le projet d'article 9 (la cession serait par conséquent efficace et le droit du cessionnaire "existerait" même en l'absence de notification); et pour ce qui était de la priorité, la notification serait régie par la loi du lieu de situation du cédant.

46. Devant l'absence de consensus sur la manière de traiter l'existence et l'étendue du droit du cessionnaire sur la créance cédée, il a été rappelé que, selon le mandat qu'il avait reçu de la Commission (voir par. 2), le Groupe de travail ne devait approuver aucun changement qui n'aurait pas bénéficié d'un large appui. On a fait valoir, à l'encontre de cette observation, qu'une telle règle ne pouvait s'appliquer à l'emploi du terme "étendue" du droit du cessionnaire sur les créances (alinéa *a*) ou des termes "existence et étendue" des droits de tiers sur le produit (alinéa *b*), puisque ces termes avaient été ajoutés par le groupe de rédaction à la précédente session du Groupe de travail sans mandat spécifique et sans qu'il y ait eu un débat suffisant au sein du Groupe de travail (A/CN.9/466, par. 45 à 49). Il a toutefois été indiqué qu'à cette même session le Groupe de travail avait examiné le rapport du groupe de rédaction et l'avait approuvé sans émettre d'objection. Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait prendre une décision sur la base de considérations de fond et non de procédure. Il a convenu par ailleurs qu'il devrait faire de son mieux pour résoudre autant de problèmes que possible et éviter de les renvoyer à la Commission, qui n'aurait peut-être pas suffisamment de temps pour les régler.

47. Après un débat, il a été convenu qu'aucune référence ne devrait être faite, à l'alinéa *a*, à l'existence du droit du cessionnaire sur la créance cédée. Il a été convenu également qu'il faudrait modifier cet alinéa de manière à y indiquer plus clairement que "l'étendue" du droit du cessionnaire s'entendait de la nature de ce droit en tant que droit personnel ou réel et que droit en pleine propriété ou à titre de garantie et que la question devrait être traitée uniquement dans le cadre des conflits de priorité. Quant à la manière de mieux exprimer cette idée à l'alinéa *a*, diverses propositions ont été faites, notamment celles de parler de "la nature et la priorité" ou de "la priorité y compris la nature" du droit du cessionnaire et de définir le terme "priorité" en spécifiant qu'il englobait "la nature" du droit du cessionnaire sur la créance cédée. Toutes ces propositions visaient à faire en sorte que le projet d'article 24 ne comprenne pas de règle indépendante concernant l'étendue ou la nature du droit du cessionnaire sur la créance cédée à des fins générales, mais une règle limitée aux conflits de priorité. Il a été également proposé de fusionner l'alinéa *c* et le sous-alinéa ii de l'alinéa *a*. Cette proposition a bénéficié d'un large appui (voir toutefois par. 147). Sous réserve de cette modification et des autres changements nécessaires pour que le caractère personnel ou réel du droit du cessionnaire sur la créance cédée et la question de savoir s'il s'agissait d'un droit de propriété à part entière ou d'une garantie, dans le contexte d'un conflit de priorité, soient effectivement traités, le Groupe de travail a adopté l'alinéa *a* quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Conflits de priorité concernant les cessions subséquentes

48. En réponse à une question, il a été déclaré qu'il ne pouvait y avoir de conflit de priorité entre les cessionnaires dans une série de cessions subséquentes. Mais on a aussi fait observer qu'un tel conflit pouvait apparaître entre un cessionnaire et les créanciers ou l'administrateur de l'insolvabilité du cédant de qui le cessionnaire tenait les créances. Dans un tel cas, le projet d'article 24 offrirait la solution appropriée en renvoyant un conflit de priorité à la loi du lieu de situation du cédant de qui le cessionnaire en question avait obtenu directement les créances.

Alinéa b

49. L'alinéa *b* a suscité un certain nombre de préoccupations. On a notamment craint que la première partie n'aille au-delà du champ d'application du projet de convention dans la mesure où elle ne traitait pas de la priorité sur le produit mais de l'existence et de l'étendue des droits de tiers sur le produit des créances (et le produit du produit). Si ce produit contenait des actifs corporels, l'existence et l'étendue des droits des tiers sur de tels actifs devraient être régies par la loi du pays dans lequel ils étaient situés, afin d'éviter d'aller à l'encontre des attentes justifiées des parties qui accordaient un financement au cédant en se basant sur cette loi. Pour répondre à cette préoccupation, il a été proposé de supprimer la première partie de l'alinéa *b*.

50. À l'encontre de cette proposition, on a fait valoir que toute incertitude concernant la loi applicable à l'existence et à l'étendue des droits de parties concurrentes sur un produit réduirait considérablement la valeur du projet d'article 24 et la certitude qu'il apportait. Toutefois, il a été généralement reconnu que la question de l'existence et de l'étendue des droits de parties concurrentes sur un produit était distincte de celle de la priorité et qu'elle devrait donc être traitée différemment dans une disposition séparée. Partant, le Groupe de travail a décidé de supprimer la première partie de l'alinéa *b* (pour la poursuite du débat sur ce sujet, voir par. 55 à 61).

51. On a également exprimé la crainte que l'alinéa *b* soit incomplet en ce qu'il traitait la priorité du droit du cessionnaire sur un produit par rapport aux droits concurrents de

tiers sans traiter toutefois l'existence et l'étendue du droit du cessionnaire. Il a été convenu qu'il fallait effectivement traiter les deux aspects de la question et qu'il faudrait donc aligner l'alinéa *b* sur l'alinéa *a*, qui visait l'étendue et la priorité du droit du cessionnaire sur la créance cédée par rapport aux droits concurrents de tiers. Toutefois, on a déclaré que l'existence du droit du cessionnaire sur un produit, en tant que condition préalable à la priorité, était déjà traitée au projet d'article 16 et ne devrait pas être renvoyée à la loi du lieu de situation du cédant. On a fait également observer que toute référence à l'existence du droit du cessionnaire sur un produit à l'alinéa *b* créerait involontairement une incertitude quant à la question de savoir si ce point était traité au projet d'article 16.

52. On a enfin déclaré qu'il serait inapproprié de faire régir la priorité du droit du cessionnaire sur un produit par rapport aux droits concurrents de tiers par la loi du lieu de situation du cédant si le produit était constitué d'actifs autres que des créances. S'agissant de la priorité sur un produit autre que des créances, la loi du pays dans lequel ce produit était situé serait plus appropriée dans la mesure où elle pourrait correspondre aux attentes normales des créanciers du cédant qui s'étaient fiés à la possibilité de considérer ces actifs comme une sûreté. Pour tenir compte de cette préoccupation, il a été proposé de limiter la règle énoncée dans la deuxième partie de l'alinéa *b* à un produit qui était une créance. Cette proposition a bénéficié d'un large appui. La question de la priorité entre le droit d'un cessionnaire et les droits de tiers sur des produits autres que des créances devait être traitée dans une disposition séparée conjointement à l'existence et à l'étendue du droit de ces tiers sur ces produits (voir par. 50).

53. Après un débat, le Groupe de travail est convenu que l'existence du droit du cessionnaire sur un produit était traitée de manière suffisante au projet d'article 16 (de même que l'existence du droit du cessionnaire sur la créance cédée aux projets d'articles 8 et 9; voir par. 45 et 49). Sous réserve de la suppression de la règle énoncée dans la première partie de l'alinéa *a*, et étant entendu que cette question serait traitée différemment dans une disposition séparée (voir par. 55 à 61), sous réserve également de l'addition d'une référence à l'étendue et à la nature du droit du cessionnaire sur un produit par rapport aux droits concurrents de tiers et à la limitation de la règle énoncée à l'alinéa *b* à un produit qui est une créance, le Groupe de travail a adopté l'alinéa *b* quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Alinéa c

54. Rappelant sa décision selon laquelle l'alinéa *c* devrait être fusionné avec le sous-alinéa ii de l'alinéa *a* (voir par. 47), le Groupe de travail a adopté l'alinéa *c* quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction (voir toutefois par. 147).

Nouveau texte proposé

55. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen du projet d'article 24 sur la base d'une proposition formulée comme suit:

"1. À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention et sous réserve des articles 25 et 26:

a) Aux fins des droits d'une personne se prévalant d'un droit concurrent, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit:

i) Le caractère et le rang de priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée; et

ii) Le caractère et le rang de priorité du droit du cessionnaire sur le produit qui constitue une créance dont la cession est régie par la présente Convention; et

b) L'existence et le caractère du droit d'une personne se prévalant d'un droit concurrent sur le produit visé ci-dessous et, aux fins des droits de cette personne, le caractère et la priorité du droit du cessionnaire sur ce produit sont régis:

i) Dans le cas d'une somme d'argent ou d'un effet de commerce non détenus sur un compte bancaire ou par un intermédiaire en valeurs mobilières, par la loi de l'État dans lequel cette somme d'argent ou cet effet sont situés;

ii) Dans le cas de valeurs mobilières détenues par un intermédiaire en valeurs mobilières, par la loi de l'État dans lequel cet intermédiaire est situé;

iii) Dans le cas des dépôts bancaires, par la loi de l'État dans lequel est située la banque."

56. Il a été déclaré que cette proposition, qui avait été soumise pour faciliter le débat et pourrait être encore affinée, avait pour objet de signaler la loi applicable aux types les plus usuels de produits de créances, dans les cas typiques où une créance à court terme était cédée et où le cessionnaire ne recevait pas le paiement (transfert de valeurs mobilières ou pratiques sans notification par exemple). Il a également été noté que cette proposition n'avait pas pour objet de modifier le caractère des droits sur le produit, qu'il s'agisse de droits personnels ou de droits réels, car cette question était régie par la loi applicable. En outre, il a été noté que les solutions proposées avaient été largement adoptées et, en particulier, celle proposée pour la loi applicable aux valeurs mobilières était envisagée par la Conférence de La Haye de droit international privé et l'Union européenne. À ce propos, on a estimé que la règle qui serait formulée devrait être alignée sur celle qui serait élaborée par ces organisations. Il a toutefois été noté qu'il fallait garder à l'esprit que ces organisations n'avaient pas axé leurs travaux sur la loi applicable aux valeurs mobilières en tant que produits de créances.

57. La proposition a suscité de l'intérêt, mais aussi certaines préoccupations. Selon un avis, en ne traitant que d'un type d'actifs, le texte proposé risquait, involontairement, de mettre en place des régimes spéciaux dont l'application pourrait nuire à la certitude. À ce propos, le Groupe de travail a été instamment prié d'étudier soigneusement la relation entre le texte proposé et les règles spéciales relatives au produit énoncées dans le projet d'article 26. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé que les conflits de priorité relatifs au produit en

général soient soumis à la loi du lieu où était situé ce dernier (*lex situs*). Si aucune objection de principe n'a été émise, on a tout de même craint qu'il ne soit pas possible de convenir d'une règle relative à la *lex situs* qui serait généralement applicable. Il a été déclaré que la proposition traitait du type de produit le plus probable d'une créance et engloberait la grande majorité des cas. Aussi, a-t-on noté, faudrait-il s'efforcer de traiter de la loi applicable à la question de la priorité sur ces actifs, et ce à titre prioritaire, sans craindre d'élaborer une règle spéciale pour la seule raison qu'il ne serait peut-être pas possible d'en élaborer une qui serait généralement applicable. À ce propos, on a douté qu'il soit approprié de réintroduire dans le projet de convention, en tant que produits, des actifs ayant été exclus en tant que créances. Il a été déclaré que les éventuels travaux sur les valeurs mobilières, en particulier, devraient être coordonnés avec ceux que menait actuellement la Conférence de La Haye. Le Groupe de travail a noté qu'une réunion d'experts pourrait être organisée, à laquelle participeraient des experts du droit international privé et, en particulier, de la Conférence de La Haye, afin d'étudier cette question, ainsi que le traitement des questions liées aux sûretés du point de vue du droit international privé. Ce dernier point figurait parmi ceux qui devaient être examinés dans une étude entreprise par le secrétariat. On a craint également que le texte proposé n'ait des incidences sur des notions de droit national relatives au produit et à la nature des droits sur le produit. Il a été répondu que la proposition n'avait pas pour objet de traiter du caractère personnel ou réel des droits sur le produit, mais laissait la question à la législation nationale. Il a également été déclaré qu'en adoptant une approche fondée sur la *lex situs*, les tenants de la proposition avaient à l'esprit la nécessité de protéger comme il convient les droits des parties accordant un crédit au cédant en se fondant sur ces actifs.

58. Une autre crainte était que la *lex situs* ne soit peut-être pas appropriée dans tous les cas faisant intervenir des dépôts bancaires. Il a été déclaré que, dans certains pays, les questions de priorité concernant le produit provenant de comptes de dépôt étaient soumises à la loi du lieu de situation du cédant. Il a été répondu que le fait de soumettre ces questions à la loi du lieu où était située la banque serait approprié pour diverses raisons, notamment pour ce qui est des questions liées à la réglementation, au blanchiment de l'argent et aux garanties de l'État. Il a toutefois été convenu que, compte tenu des divergences de vues, les États devraient disposer de temps pour mener, avant la prochaine session de la Commission, des consultations sur la politique à adopter concernant la loi applicable.

59. Durant le débat, diverses questions ont été recensées qui devraient faire l'objet d'un examen plus approfondi, notamment celle du lieu de situation. Il a été déclaré qu'il faudrait préciser si, dans le cas des banques, on visait uniquement le siège ou également le lieu où était située une succursale. Il faudrait également déterminer le sens exact des mots "valeurs mobilières" et "intermédiaire" et préciser si le mot "produit" désignait le produit immédiat des créances, ou le produit du produit. Il faudrait enfin traiter de la distinction entre les effets de commerce détenus et non détenus sur un compte bancaire, ou par le biais d'un intermédiaire en valeurs mobilières.

60. S'agissant de la première partie de l'alinéa *b* du paragraphe 1, il a été proposé de la supprimer ou de ne la mentionner que dans le rapport du Groupe de travail, car diverses préoccupations avaient été exprimées à ce propos (voir par. 42) et le texte n'avait pas été présenté sous forme de règle distincte, comme il en avait été convenu (voir par. 50). S'il a été admis que la question n'avait pas fait l'objet d'un examen suffisamment approfondi dans ce contexte, on a objecté à cette suggestion que la suppression de ce texte risquerait d'avoir pour résultat non souhaité de faire perdre de vue le problème traité dans cette disposition. Après un débat, il a été convenu que le texte pourrait être conservé dans le projet d'article 24, étant entendu qu'il figurerait dans un paragraphe distinct et entre crochets.

61. Après un débat, il a été convenu que la proposition était utile et devrait être conservée dans le texte du projet d'article 24. Il a également été convenu que, vu les préoccupations exprimées s'agissant de savoir, d'une part, si le projet de convention devrait comporter des règles de droit international privé régissant les questions de priorité relatives aux types d'actifs qui n'étaient pas des créances visées par ledit projet et, d'autre part, quelle devrait être la loi applicable appropriée, et étant donné les questions qu'il avait été proposé d'examiner de manière plus approfondie, le texte proposé devrait être conservé entre crochets. En outre, la première partie de l'alinéa *b* du paragraphe 1 du texte proposé, qui traitait d'une question séparée, devrait faire l'objet d'un paragraphe distinct entre crochets. Enfin, il a été convenu, afin de proposer une nouvelle présentation des questions traitées dans le paragraphe 1 — dans laquelle l'alinéa *a* traiterait de la priorité pour ce qui est des créances et l'alinéa *b* de la priorité pour ce qui est du produit — que le sous-alinéa ii de l'alinéa *a* soit déplacé à l'alinéa *b* et placé entre crochets, dans l'attente d'une décision de la Commission sur l'emplacement de cette disposition.

Règles spéciales de priorité

62. Selon un avis, il faudrait élaborer des règles de priorité spéciales concernant les créances au titre de polices d'assurance et d'effets de commerce transférés par remise sans endossement nécessaire. On a déclaré que la cession de créances résultant de polices d'assurance n'avait pas été exclue du champ d'application du projet de convention, et que, d'autre part, l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 4 était insuffisant pour exclure de tels transferts d'effets de commerce. On a également fait observer qu'en ce qui concernait les créances nées de polices d'assurance les conflits de priorité étaient généralement régis par la loi du lieu de situation de l'assureur, tandis que pour les effets de commerce les questions de priorité relevaient de la loi du lieu où étaient situés ces effets. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu que la règle énoncée dans le projet d'article 24 était suffisante en ce qui concernait les créances résultant de polices d'assurance. S'agissant des transferts d'effets de commerce par simple remise sans endossement, il a noté que l'intention, à l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 4, était d'exclure les transferts d'effets de commerce effectués tant par simple remise que par remise accompagnée d'un en-

dossement[7]. Toutefois, compte tenu de l'ambiguïté du libellé de cet alinéa, il a décidé de porter la question à l'attention de la Commission pour obtenir plus de précisions.

63. Selon un avis exprimé dans le cadre du même débat, les transferts d'effets de commerce par inscription sur les livres comptables d'un dépositaire devraient également être exclus. Or l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 4 n'était pas suffisant à cette fin, puisque aucune remise n'avait lieu lors de tels transferts. On a aussi fait observer que les alinéas *b* ou *f* du paragraphe 2 du projet d'article 4 risquaient d'être tout aussi insuffisants pour exclure de tels transferts, car ceux-ci pouvaient concerner des effets de commerce qui n'entreraient pas dans la catégorie des "valeurs mobilières". En outre, il a été souligné que l'exclusion de tels transferts était nécessaire, car ces effets pouvaient exiger un traitement particulier s'agissant de la loi applicable aux conflits de priorité. Le Groupe de travail a pris note de cette question et a décidé de l'aborder dans le cadre de l'examen du projet d'article 4[8].

Article 25. *Ordre public et droits préférentiels*

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

"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 autre État 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."

65. Selon un avis, le paragraphe 2 était libellé en termes trop généraux et pouvait involontairement conduire à accorder la priorité, y compris à des droits conventionnels et même dans les cas où l'État du for ne souhaitait pas nécessairement appliquer ses propres règles ni donner la priorité aux droits préférentiels reconnus par son droit, du fait qu'aucune question fondamentale de politique générale n'entrait en jeu. Pour tenir compte de cette préoccupation, on a proposé de faire référence aux droits préférentiels résultant de l'effet de la loi et à la liberté de l'État du for de décider d'appliquer ou non ses propres règles. Sous réserve de ce changement, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 25 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

[7]Ibid., par. 29.

[8]Le Groupe de travail n'ayant pas eu le temps d'examiner ce projet d'article, il a renvoyé la question à la Commission.

Article 26. *Règles spéciales relatives au produit*

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

"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 aux sous-alinéas i à iii de l'alinéa *a* 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 aux sous-alinéas i à iii de l'alinéa *a* 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."

67. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 1 pouvait involontairement avoir pour effet d'accorder la priorité à un cessionnaire en ce qui concernait le produit du produit 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. Toutefois, rappelant sa décision de limiter l'application de cette dernière au produit qui constituait une créance (voir par. 53), il a convenu que cet effet était justifié. Conformément à sa décision relative au projet d'article 24 (voir par. 53), il a décidé de faire référence, dans le projet d'article 26, au "produit" en général et pas seulement au "produit de la créance cédée". Sous réserve de ce changement, il a adopté le projet d'article 26, quant au fond, et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 27. *Renonciation*

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

"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."

69. Le Groupe de travail a adopté, quant au fond, le projet d'article 27 sans le modifier et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre V. Conflit de lois

Champ d'application ou objet du chapitre V (par. 4 de l'article premier)

70. Avant d'engager un débat sur les dispositions du chapitre V, le Groupe de travail en a examiné l'utilité générale et la portée, telle que décrite au paragraphe 4 du

projet d'article premier, qui avait été placé entre crochets en attendant que le champ d'application ou l'objet de ce chapitre soit arrêté. De l'avis général, le chapitre V était utile pour les États qui ne disposaient d'aucune règle sur la loi applicable aux questions relatives à la cession ou n'avaient pas de règles adéquates sur toutes ces questions. Il a également été convenu que, dans la mesure où la loi applicable aux questions de priorité était loin d'être claire même dans les États disposant de règles de droit international privé suffisamment développées, le chapitre V réglait utilement la question dans l'intérêt de tous les États. Il a été également convenu, à titre de principe général, que si, faute d'une solution de droit matériel à un problème de droit commercial, aucune autre solution n'était proposée, on ne pourrait avancer suffisamment dans l'unification du droit commercial international, qui constituait l'essence même du mandat de la CNUDCI. En outre, il a été largement estimé que la possibilité donnée aux États de ne pas appliquer le chapitre V était suffisamment rassurante pour ceux qui craignaient que l'inclusion de ce chapitre ne convienne pas pour des questions de principe ou n'entraîne des conflits avec des conventions existantes, telles que la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles de l'Union européenne (Rome, 1980; "la Convention de Rome"). La proposition faite à cet égard de soumettre le chapitre V à une clause d'option positive n'a pas reçu d'appui suffisant. En effet, une telle clause risquait involontairement de donner l'impression que le chapitre V n'était pas une partie intégrante et nécessaire du projet de convention.

71. S'agissant de sa portée, on a noté que le chapitre V pouvait, en vertu du paragraphe 4 du projet d'article premier, régir les transactions entrant pleinement dans le champ d'application du projet de convention (à savoir les cessions internationales de créances ou les cessions de créances internationales, à condition que la partie intéressée soit située dans un État contractant et que la transaction visée n'ait pas été exclue) ou les transactions n'entrant pas dans le champ d'application des dispositions du projet de convention autres que celles du chapitre V, car, contrairement à ces dispositions, le chapitre V pouvait s'appliquer, que l'une quelconque des parties soit ou non située dans un État contractant. Il a aussi été noté que, s'agissant des transactions entrant pleinement dans le champ d'application du projet de convention, le chapitre V compléterait utilement le reste du projet, en comblant les lacunes éventuelles, tandis que, pour les transactions n'entrant pas dans le champ d'application des dispositions du projet de convention autres que celles du chapitre V, il offrirait une seconde possibilité d'unification, constituant une miniconvention comme le chapitre VI de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 1995).

72. Le paragraphe 4 du projet d'article premier a été très favorablement accueilli. On a largement estimé qu'il n'y avait aucune raison d'exiger, pour l'application du chapitre V, un lien territorial entre une cession et un État contractant. Toutefois, une proposition tendant à élargir encore la portée de ce chapitre en rendant son application indépendante de la définition de la notion d'internationalité donnée au projet d'article 3 n'a pas reçu un appui suffisant. Quant à l'emplacement de la règle énoncée au paragraphe 4, il a été convenu qu'elle devrait être maintenue dans le projet d'article premier, puisqu'elle prévoyait une exception à la règle du lien territorial figurant aux paragraphes 1 et 3 de ce même article.

73. Pour s'assurer que les États appliqueraient d'abord le reste du projet de convention puis le chapitre V, dans les cas où les deux seraient applicables, on a proposé d'insérer au début de ce chapitre une règle traitant de la hiérarchie entre ce dernier et le reste du projet. On a également proposé, pour clarifier la portée du chapitre V, que cette disposition renvoie au paragraphe 4 du projet d'article premier. Ces deux propositions ont été très favorablement accueillies.

74. Une autre proposition concernant la hiérarchie entre le chapitre V et les règles de droit international privé du for n'a pas reçu d'appui suffisant. Il a été largement estimé que, dans la mesure où le for était un État contractant et où le chapitre V s'appliquait à une question, ce dernier se substituerait aux règles équivalentes de droit international privé du for, tandis que, si le for n'était pas un État contractant ou si le chapitre V ne s'appliquait pas à une question, ce dernier serait complété par les règles de droit international privé du for. Il a également été convenu que ce point pouvait être précisé dans le commentaire et qu'en tout état de cause il n'était pas nécessaire de le traiter dans le paragraphe 2 du projet d'article 7. Il a également été convenu que le commentaire devrait aussi préciser que la possibilité d'appliquer des principes généraux ou la loi applicable en vertu des règles de droit international privé du for ne concernait que les dispositions de droit matériel du projet de convention[9].

75. Sous réserve de la suppression des crochets, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 4 du projet d'article premier, quant au fond, et l'a renvoyé au groupe de rédaction. L'élaboration et l'insertion d'une nouvelle disposition concernant la hiérarchie entre le chapitre V et le reste du projet de convention, telle que proposée au paragraphe 73 ci-dessus, ont également été confiées au groupe de rédaction.

Forme de la cession

76. Il a été proposé d'inclure dans le chapitre V une nouvelle disposition traitant de la loi applicable à la validité, quant à la forme, de la cession et du contrat de cession. La question a été renvoyée à un groupe spécial qui a entrepris de présenter une proposition (voir par. 174).

Article 28. *Loi applicable aux droits et obligations du cédant et du cessionnaire*

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

"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.

[9] A/55/17, par. 124.

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."

78. Il a été noté que l'obligation faite au paragraphe 1 de choisir expressément la loi applicable et la présomption réfragable prévue au paragraphe 2 risquaient d'être à la fois contraires aux règles de droit international privé généralement acceptables et inutilement rigides. On a également fait observer que, suite à la décision du Groupe de travail de limiter l'application du chapitre V aux cessions comportant un élément international dans le cadre du projet d'article 3 (voir par. 72 et 75), la grande majorité des cas dans lesquels pourrait s'appliquer le chapitre V comporteraient un tel élément. De ce fait, il a été convenu que le paragraphe 3 ne serait pas nécessaire.

79. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu de supprimer le mot "expressément" au paragraphe 1 ainsi que la deuxième phrase du paragraphe 2. Il a également décidé de supprimer le paragraphe 3 étant entendu que, dans le commentaire, il serait fait référence au nombre très limité de cas dans lesquels le projet de convention pourrait s'appliquer à des transactions purement nationales (à savoir des cessions subséquentes dans une série de cessions où une cession antérieure était régie par le projet de convention). Sous réserve de ces changements, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 28 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 29. *Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur*

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

"[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."

81. Selon un avis, comme le champ d'application du projet de convention était limité aux cessions de créances contractuelles, la loi régissant la créance ne pouvait être que la loi régissant le contrat initial, à laquelle par conséquent il fallait directement se référer dans le projet d'article 29. On a proposé, dans un souci de cohérence et pour éviter les problèmes d'interprétation, de remplacer l'expression "caractère exécutoire" par le mot "efficacité". En outre, le commentaire pourrait utilement préciser que les droits à compensation découlant du contrat initial ou de contrats connexes étaient soumis à la loi régissant ledit contrat initial. Il faudrait, a-t-on toutefois déclaré, y spécifier que c'était l'existence, mais pas nécessairement l'exercice, d'un droit contractuel à compensation qui était soumis à cette loi. Le Groupe de travail a adopté toutes ces propositions.

82. Lors du débat, il a aussi été proposé que le projet d'article 29 vise également les limitations légales. Des objections ont été émises à ce propos. On a fait valoir que les limitations légales visaient à protéger les droits du cédant ou du débiteur, revêtaient diverses formes, résultaient des lois de police dont l'application était limitée à un territoire et étaient, en tout état de cause, suffisamment traitées dans le projet d'article 31.

83. On a en outre proposé que la règle énoncée dans le projet d'article 29 soit répétée dans le cadre du projet d'article 20, ce qui permettrait d'éviter que les avantages devant être tirés de l'application du projet d'article 29 soient perdus si un État décidait de ne pas être lié par le chapitre V. Une telle solution, a-t-on également déclaré, s'inscrivait dans le droit fil de la démarche adoptée concernant les questions de priorité. Cette proposition a reçu un accueil mitigé au sein du Groupe de travail. Certaines délégations ont craint que le fait d'insérer une autre disposition de droit international privé dans les dispositions de droit matériel du projet de convention ne soulève des problèmes de politique législative et ne rende le projet moins acceptable pour les États. D'autres délégations, en revanche, ont accueilli la proposition avec intérêt et approbation, la jugeant conforme aux buts généraux du projet de convention. Toutefois, elle soulevait une question très importante et devait être attentivement examinée en consultation avec les représentants des secteurs d'activité concernés. On a également souligné qu'il convenait de déterminer notamment si le contenu du projet d'article 29 devait être répété dans le projet d'article 20 ou si d'autres options devaient être offertes aux États concernant le chapitre V (par exemple celle de ne pas appliquer ce chapitre à l'exception de dispositions telles que le projet d'article 29). On a également indiqué que, si le projet d'article 29 devait être répété dans le projet d'article 20, on risquait de devoir également se référer dans cette disposition à la loi impérative et à l'ordre public. À l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé de porter la question devant la Commission (voir également par. 111).

84. Sous réserve des changements mentionnés au paragraphe 81 ci-dessus, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 29 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 30. *Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties*

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

"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 i à iii de l'alinéa *a* 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."

86. Il a été noté que le projet d'article 30 reprenait les règles énoncées dans les projets d'articles 24 et 25, puisque le chapitre V pouvait s'appliquer aux opérations n'entrant pas dans le champ d'application des chapitres I à IV du projet de convention (que la partie concernée soit ou non située dans un État contractant; voir le paragraphe 4 du projet d'article premier). Il a été noté par ailleurs que le paragraphe 1 devrait être aligné sur le projet d'article 24 tel que révisé et que le paragraphe 2 n'était peut-être pas nécessaire puisqu'il reprenait la règle énoncée dans le projet d'article 32. Il a été proposé de supprimer la dernière phrase du paragraphe 3, puisque le chapitre V s'appliquait, que la partie concernée soit ou non située dans un État contractant pouvant faire une déclaration. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 30 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 31. *Règles impératives*

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

"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."

88. Il a été noté que, selon les principes généralement acceptables du droit international privé, le projet d'article 31 permettait à l'État du for d'écarter les règles de la loi applicable pour appliquer ses propres règles impératives ou celles d'un autre État. Il a été noté par ailleurs qu'il n'était pas permis d'écarter les dispositions de la loi applicable relatives à la priorité étant donné que ces dispositions auraient elles-mêmes un caractère impératif et qu'on risquait en les écartant de créer des incertitudes qui auraient des incidences négatives sur le coût ou la disponibilité du crédit. Il a été noté enfin que le paragraphe 3 du projet d'article 30 contenait une règle spécifique qui était suffisante à cet égard. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 31 quant au fond sans modifications et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 32. *Ordre public*

89. Le texte de l'article 32 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"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."

90. Il a été noté que le projet d'article 32 était une règle que l'on trouvait communément dans les textes de droit international privé et que sa principale différence avec le projet d'article 31 résidait dans le fait que son application pouvait entraîner une annulation des règles de la loi applicable, mais non des règles de l'État du for. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 32 quant au fond sans modifications et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Chapitre VI. Clauses finales

Article 33. *Dépositaire*

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

"Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est le dépositaire de la présente Convention."

92. Le Groupe de travail a adopté le projet d'article 33 quant au fond, sans modifications, et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 34. *Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion*

93. Le texte du projet d'article 34 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. La présente Convention sera ouverte à la signature de tous les États au Siège de l'Organisation des Nations Unies, à New York, jusqu'au ...

2. La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les États signataires.

3. La présente Convention sera ouverte à l'adhésion de tous les États non signataires à partir de la date à laquelle elle sera ouverte à la signature.

4. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation et d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies."

94. À propos du paragraphe 1, il a été convenu qu'étant donné la complexité des questions traitées dans le projet de convention la période durant laquelle l'instrument, une fois conclu, serait ouvert à la signature des États devrait être de deux ans. Cela étant entendu, le Groupe de travail a adopté, sans le modifier, le projet d'article 33 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 35. *Application aux unités territoriales*

95. Le texte du projet d'article 35 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. Tout État qui comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent dans les matières régies par la présente Convention 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."

96. Il a été noté que le projet d'article 35 visait à permettre à un État fédéral d'adopter le projet de convention, même s'il ne souhaitait pas ou ne pouvait pas, en vertu de son droit interne, le faire appliquer à toutes les unités territoriales. Le Groupe de travail a adopté l'article 35 sans modification et l'a renvoyé au groupe de rédaction. Il a aussi été convenu d'inclure une nouvelle disposition dans le projet de convention, qui traiterait des questions de loi applicable dans le cas des États fédéraux. Le libellé suivant a été proposé:

"Si un État comprend deux unités territoriales ou plus, dont la loi peut régir une question visée dans les chapitres IV et V de la présente Convention, une référence dans ces chapitres à la loi d'un État dans lequel une personne ou un bien est situé désigne la loi applicable dans l'unité territoriale dans laquelle la personne ou le bien est situé, y compris les règles qui rendent applicable la loi d'une autre unité territoriale de cet État. Ledit État peut spécifier par une déclaration faite à tout moment la manière dont il appliquera le présent article."

97. Il a été convenu que la disposition proposée devrait être incluse entre crochets dans le projet de convention, juste après l'article 35, pour examen par la Commission.

Article 36. *Conflits avec d'autres accords internationaux*

98. Le texte du projet d'article 36 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"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]."

99. Le principe énoncé dans le projet d'article 36 a reçu un accueil très favorable. Sous réserve d'un examen plus détaillé des accords internationaux existants, il a été largement estimé que ce projet d'article reflétait la pratique normale consistant à donner la priorité aux autres conventions traitant des questions régies par le projet de convention. Il a été convenu que le projet d'article 36 devrait également comporter une référence à l'application des dispositions du projet de convention relatives au débiteur en vertu des règles de droit international privé. Il a également été suggéré de faire référence au moment où le cédant ou le débiteur devrait être situé dans un État partie à une convention internationale. Cette suggestion a reçu un appui suffisant. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 36 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

100. Le Groupe de travail a ensuite examiné d'éventuels conflits avec la Convention d'Ottawa, la Convention interaméricaine relative à la loi applicable aux contrats internationaux (Mexico, 1994; "la Convention de Mexico"), la Convention de Rome, le projet de Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles ("la convention sur les matériels d'équipement mobiles"), la Convention sur les garanties et les lettres de crédit standby, le Règlement de l'Union européenne sur l'insolvabilité et les réglementations en général.

Convention d'Ottawa

101. Il a été jugé dans l'ensemble que, dans le cas où le projet de convention et la Convention d'Ottawa s'appliqueraient à une opération particulière, le projet de convention devrait prévaloir. Il a été déclaré que le champ d'application du projet de convention était plus large que celui de la Convention d'Ottawa. Il a également été noté que le projet de convention traitait de questions que n'abordait pas la Convention d'Ottawa. Le libellé suivant a été proposé: "Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, la présente Convention prévaut sur la Convention d'Ottawa."

102. Il a toutefois été déclaré que le projet de convention ne devrait pas porter atteinte à l'application de la Convention d'Ottawa dans les cas où le débiteur était situé dans un État partie à cette dernière, mais non au projet de convention. Il a été déclaré que, dans de tels cas, les droits du cessionnaire à l'encontre du débiteur pouvant exister en vertu de la Convention d'Ottawa devraient être préservés. Le libellé suivant a été proposé: "Sous réserve de ... [la règle énoncée au paragraphe 101], aucune disposition de la présente Convention n'empêche l'application de la Convention d'Ottawa, dans la mesure où celle-ci est applicable." Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté le libellé proposé quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Conventions de Mexico et de Rome

103. Il a été noté qu'il n'y avait pas de conflit entre le projet de convention et la Convention de Mexico, mais que cette question était actuellement examinée par les États parties à ladite Convention. Il a également été noté qu'après les modifications apportées au projet d'article 28 (voir par. 79), les risques de conflit avec la Convention de Rome avaient été réduits. Si l'on considérait que l'article 12 de la Convention de Rome traitait des questions de priorité (ce qui était loin d'être clair), il pourrait y avoir conflit avec les projets d'articles 24 et 30 du projet de convention. Afin d'éliminer les risques de conflit avec le projet d'article 24, il a été proposé de déplacer ce projet d'article au chapitre V (dont l'application était optionnelle) ou d'autoriser une réserve. Il a été proposé de soumettre la question à la Commission, proposition qui a suscité une vive opposition. Il a été noté qu'en laissant planer un doute quant à l'applicabilité du projet d'article 24, on réduirait sensiblement la valeur du projet de convention, car ce projet d'article était une des dispositions les plus importantes. Il a en outre été noté que le projet d'article 36 suffisait à régler tout conflit avec l'article 12 de la Convention de Rome, dans la mesure où un tel conflit serait tranché en faveur de cette dernière. Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il n'était pas nécessaire d'ajouter une disposition traitant des conflits avec la Convention de Rome.

Projet de convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles

104. Des vues divergentes ont été exprimées quant aux conflits entre le projet de convention et la convention d'Unidroit sur les matériels d'équipement mobiles. Selon un avis, la cession de créances nées de la vente ou de la location de certains types de matériels mobiles de grande valeur, tels que les aéronefs, devrait être exclue. En effet, ces créances faisaient partie intégrante des pratiques de financement des matériels d'équipement et devaient être soumises à un régime distinct. On a également fait observer qu'une telle approche n'aurait aucune incidence sur des pratiques telles que l'affacturage, étant donné la portée limitée de la convention d'Unidroit. En outre, la question pouvait être réglée efficacement par les États, lors de la conférence diplomatique devant se tenir en mai 2001, en vue de l'adoption de cette convention. De plus, comme il se pouvait que les dispositions de la convention d'Unidroit relatives aux cessions soient alignées sur les dispositions du projet de convention, les risques de conflit seraient considérablement réduits. Enfin, compte tenu des décisions que prendraient les États à la conférence diplomatique, la Commission pourrait déterminer comment régler la question.

105. Selon un autre avis, la cession de créances nées de la vente ou de la location de matériels d'équipement mobiles ne devrait pas être exclue du champ d'application du projet de convention. En effet, une telle exclusion serait inappropriée étant donné que, dans plusieurs États, les pratiques en matière de financement par cession de créances pouvaient impliquer la cession de telles créances visées par la convention d'Unidroit. On a également fait observer qu'une exclusion créerait involontairement un vide jusqu'à l'adoption et l'entrée en vigueur de cette convention. En outre, il a été souligné qu'une exclusion n'était pas nécessaire puisqu'en vertu du projet d'article 36 tout conflit serait résolu en faveur de la convention d'Unidroit. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu qu'il n'était pas nécessaire de régler la question par une exclusion pure et simple, ni au moyen d'une disposition spéciale traitant des conflits. Il a également été convenu que le projet d'article 36 était suffisant, car son application conduirait à faire prévaloir la convention d'Unidroit. Le Groupe de travail s'est prononcé dans ce sens, étant entendu que la Commission devrait peut-être réexaminer la question compte tenu des décisions qui seraient prises à la conférence diplomatique devant être organisée pour l'adoption de la convention d'Unidroit.

Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by

106. Le Groupe de travail a noté qu'après la décision prise par la Commission d'exclure du champ d'application du projet de convention les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by[10], aucun conflit ne risquait de se produire entre celui-ci et la Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by.

Règlement de l'Union européenne sur l'insolvabilité

107. Il a été noté qu'il n'y avait aucun conflit avec le règlement de l'Union européenne sur l'insolvabilité pour diverses raisons: la notion d'administration centrale était identique à celle de centre des intérêts principaux employée dans le règlement; ce dernier n'avait pas d'incidences sur les droits réels dans une procédure d'insolvabilité principale; enfin, s'il pouvait affecter ces mêmes droits dans une procédure d'insolvabilité secondaire (articles 2 *g*, 4 et 28), l'article 25 suffisait à préserver, par exemple, les superprivilèges et, en tout état de cause, le projet de convention ne porterait pas atteinte aux droits spéciaux concernant l'insolvabilité.

[10]Ibid., par. 65.

Réglementations

108. Il a été convenu qu'il n'était pas nécessaire de faire référence dans le projet d'article 36 aux réglementations des organisations régionales. On a indiqué que, s'il y avait un conflit entre le projet de convention et ces réglementations, ces dernières auraient préséance en tout état de cause, soit par l'effet de la législation nationale, soit parce que les États membres de l'organisation régionale concernée n'adopteraient pas la convention en premier lieu.

Article 37. *Application du chapitre V*

109. Le texte du projet d'article 37 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."

110. Notant que le projet d'article 37 permettait à un État de faire une déclaration même avant d'être devenu partie contractante par ratification, acceptation, approbation ou adhésion, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait faire référence à "un État" et non à "un État contractant".

111. Afin de donner aux États la possibilité d'exclure intégralement ou partiellement l'application du chapitre V, il a été proposé d'ajouter les mots "ou par toute partie de ce chapitre" après les mots "par le chapitre V". Cette proposition a reçu un certain appui, mais on lui a objecté qu'une telle option réduirait la certitude juridique et la prévisibilité dans l'application du projet de convention, car différentes juridictions pourraient retenir différentes dispositions du chapitre V. Rappelant toutefois qu'il avait décidé de laisser à la Commission le soin de trancher la question de savoir si le projet d'article 29 devrait être répété dans le projet d'article 20, afin qu'il ne puisse être écarté par les États (voir par. 83), le Groupe de travail a également décidé de laisser à la Commission le soin de prendre une décision sur la modification proposée du projet d'article 37.

Article 38. *Limitations concernant les personnes publiques*

112. Le texte du projet d'article 38 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

> "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."

113. Il a été noté que le projet d'article 38 s'adressait aux États qui ne limitaient pas, par la loi, la cessibilité de créances souveraines, car les limitations légales n'étaient pas affectées par le projet de convention (paragraphe 3 du projet d'article 9). Il a été déclaré qu'il faudrait garder cela à l'esprit, afin de ne pas exagérer l'importance du projet d'article 38.

114. Le principe général énoncé dans le projet d'article 38 a été appuyé, mais diverses suggestions ont été faites en vue de mieux l'appliquer. Selon un avis, le libellé de cet article devrait être affiné, afin de donner aux États la possibilité de limiter la portée de la réserve à certaines catégories de personnes publiques, plutôt que de devoir énoncer une réserve globale. Il a été déclaré que les États auraient intérêt à faire preuve de retenue, pour ce qui est des réserves pouvant être formulées en vertu de l'article 38, car de telles réserves risqueraient d'entraver ou de réduire l'aptitude des personnes publiques à obtenir des crédits à des conditions plus favorables. Selon un autre avis, il faudrait faire référence à une "entité constituée à une fin publique". Il a été noté qu'ainsi les États auraient une latitude suffisante pour exclure des personnes publiques, y compris des entités commerciales du secteur public ou des entités d'intérêt public. Il a également été noté que l'on pourrait ainsi éviter d'utiliser le terme "personne publique" dont le sens n'était pas suffisamment clair et différerait sans doute selon les États. Selon un autre avis encore, les États devraient être autorisés à énumérer, dans la même déclaration ou dans une autre déclaration, les types d'entités auxquels ils souhaitaient voir la déclaration s'appliquer. Il a été jugé dans l'ensemble que cette proposition améliorerait la transparence et la prévisibilité dans l'application du projet de convention. Toutes ces suggestions ont reçu un appui suffisant. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 38 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 39. *Autres exclusions*

115. Le texte du projet d'article 39 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. 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.]"

116. Au sein du Groupe de travail, certains ont appuyé sans réserve le projet d'article 39, tandis que d'autres ont émis de vives objections. À l'appui du maintien de cet article, il a été noté qu'il rendrait le projet de convention plus acceptable pour les États. En effet, cette disposition permettrait aux États qui n'étaient pas pleinement satisfaits des exclusions actuelles d'exclure d'autres pratiques (par exemple les opérations en devises, dans la mesure où elles n'étaient pas déjà exclues, ou les pratiques liées aux créances sur consommateurs, à moins que ne soit inclus dans le projet de convention un libellé qui garantirait qu'il ne serait pas porté atteinte à la législation relative à la protection du consommateur)[11]. Il a également été noté

[11] Ibid., par. 170 à 172.

que cette disposition ferait du projet de convention un texte vivant, qui pourrait être aisément ajusté en fonction d'évolutions imprévisibles à l'heure actuelle. Les tenants de sa suppression ont souligné que le projet de convention comportait déjà une liste importante d'exclusions et que l'on risquerait de porter gravement atteinte à la certitude et à l'uniformité dans l'application de ce texte si les États étaient autorisés à énoncer unilatéralement des exclusions supplémentaires. Le Groupe de travail a pris note de ces avis divergents et a décidé de conserver la disposition entre crochets.

117. Sans préjudice d'une décision future sur la question, le Groupe de travail a examiné les propositions relatives au libellé du projet d'article 39. Il a été convenu qu'afin de l'aligner sur celui du paragraphe 4 du projet d'article 4, il faudrait utiliser des mots tels que "types de cessions" et "cession de catégories de créances" au lieu de l'expression "certaines pratiques". En outre, afin de délimiter plus clairement les effets d'une déclaration en vertu du projet d'article 39, il a été proposé de remplacer la deuxième phrase par un nouveau paragraphe libellé comme suit:

"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 à la date de la conclusion du contrat de cession; et

b) Les dispositions de la Convention ayant des incidences sur les droits et obligations du débiteur ne s'appliquent pas si, à la date 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."

118. Le texte proposé a reçu un accueil favorable. Il a également été convenu qu'il faudrait faire référence à la période postérieure à la prise d'effet de la déclaration. Sous réserve des modifications indiquées au paragraphe 117, le Groupe de travail a décidé de conserver le projet d'article 39 entre crochets et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 40. *Application de l'annexe*

119. Le texte du projet d'article 40 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. Un État contractant peut à tout moment déclarer [qu'il sera lié soit par les sections I et/ou II, soit par la section III de l'annexe à la présente Convention.] [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.]"

120. Notant que le projet d'article 40 traitait de l'application de l'annexe et compte tenu des doutes exprimés quant à savoir si cette dernière devait être maintenue, le Groupe de travail est convenu de ne pas examiner ce projet d'article avant d'avoir étudié l'annexe (voir par. 169).

Article 41. *Effet des déclarations*

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

"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.]"

122. Il a été noté que les paragraphes 1 à 4 correspondaient à des dispositions types communes dans les conventions internationales. En réponse à une question, on a indiqué qu'une déclaration faite lors de la signature devait être confirmée au moment de la ratification, de

l'acceptation ou de l'approbation, car elle n'avait pas force obligatoire avant.

123. Le Groupe de travail a adopté ces paragraphes, quant au fond, sans les modifier, et les a renvoyés au groupe de rédaction. Étant entendu que le paragraphe 5 traitait de questions similaires à celles abordées dans le paragraphe 3 du projet d'article 43 et dans le paragraphe 3 du projet d'article 44 mais revêtait un caractère plus complexe, le Groupe de travail a décidé de ne pas en débattre avant d'avoir terminé l'examen des deux autres dispositions (voir par. 134).

Article 42. *Réserves*

124. Le texte du projet d'article 42 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention."

125. Il a été noté que, conformément à la pratique courante en matière de droit des traités, le projet d'article 42 visait à garantir qu'aucune réserve en dehors de celles prévues dans les projets d'articles 37 à 39 ne serait formulée par les États contractants.

126. On a proposé de supprimer le membre de phrase "autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention" ou de reformuler le projet d'article 42 afin d'y faire référence aux déclarations. Dans le même ordre d'idée, on s'est demandé si le projet de convention prévoyait vraiment des réserves. On a également fait observer que le fait d'assimiler les déclarations à des réserves risquait involontairement de conduire à l'application des dispositions du droit des traités relatives aux réserves, y compris des dispositions concernant la réciprocité. Des doutes ont été exprimés quant au bien-fondé de ce raisonnement. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu que la question ne pouvait être réglée sans consultation préalable et l'a donc renvoyée à la Commission.

Article 43. *Entrée en vigueur*

127. Le texte du projet d'article 43 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai 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.]"

128. Selon un avis, il fallait indiquer dans le paragraphe 3, qui figurait entre crochets, quelle partie devait être située dans l'État faisant une déclaration, le moment auquel la partie concernée devait être située dans un État contractant ainsi que le rang de priorité des cessions effectuées avant et après l'entrée en vigueur du projet de convention. Le libellé suivant a été proposé:

"La présente Convention s'applique uniquement aux cessions faisant l'objet d'un contrat de cessions conclu à la date ou après la date à laquelle elle entre en vigueur à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, à condition que les dispositions de la Convention traitant des droits et obligations du débiteur ne s'appliquent qu'aux contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle elle entre en vigueur à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier."

129. Le principe sur lequel reposait la proposition a été généralement bien accueilli. Pour ce qui était de la forme, on a suggéré de faire référence aux cessions et non aux contrats initiaux, puisque le projet de convention ne pouvait s'appliquer à ces derniers. Cette suggestion a été appuyée étant entendu que les débiteurs figurant dans les contrats initiaux conclus avant l'entrée en vigueur du projet de convention ne devaient pas s'en trouver affectés.

130. Il a été rappelé que le sous-alinéa i de l'alinéa *a* du projet d'article 24 traitait des conflits de priorité entre les cessionnaires qui étaient visés par la convention et ceux qui ne l'étaient pas dans le cas d'une cession nationale de créances nationales. À cet égard, le projet d'article 43 devait, selon un avis, également traiter des conflits de priorité s'agissant d'une cession effectuée avant l'entrée en vigueur du projet de convention et d'une cession effectuée après. Sur le principe, la priorité devait être accordée, a-t-on estimé, à la cession effectuée avant l'entrée en vigueur du projet de convention. En effet, il ne devait pas être porté atteinte aux droits des parties se prévalant de créances cédées avant l'entrée en vigueur du projet de convention. On a également fait valoir que les droits de ces parties devaient avoir préséance, puisque celles-ci ne pouvaient prévoir que le projet de convention entrerait en vigueur, tandis que les parties à une cession effectuée après l'entrée en vigueur pouvaient s'attendre que les créances aient été cédées avant cette entrée en vigueur. Le libellé suivant a été proposé:

"Si une cession est effectuée avant et une autre après l'entrée en vigueur de la présente Convention, le premier cessionnaire a la priorité sur le cessionnaire suivant si, conformément à la loi qui déterminerait la priorité en l'absence de la présente Convention, le premier cessionnaire avait la priorité."

131. Sous réserve des modifications mentionnées aux paragraphes 128 et 130 ci-dessus, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 43, quant au fond, a décidé de supprimer les crochets entourant le paragraphe 3 et a renvoyé le projet d'article au groupe de rédaction.

Article 44. *Dénonciation*

132. Le texte du projet d'article 44 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1. Tout État contractant peut dénoncer à tout moment la présente Convention par notification écrite adressée au dépositaire.

2. La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question à compter de la date de réception de la notification.

[3. La présente Convention reste applicable aux cessions effectuées avant la date à laquelle la dénonciation prend effet.]"

133. On a proposé de calquer le paragraphe 3, figurant entre crochets, sur le paragraphe 3 du projet d'article 43, tel que modifié (voir par. 128 et 130) afin de régler la question de savoir quelle partie devait être située dans l'État faisant la déclaration et à quel moment, ainsi que la question de la priorité entre une cession effectuée avant la date de prise d'effet de la dénonciation et une cession effectuée après. Sous réserve de ce changement, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 44 quant au fond, a décidé de supprimer les crochets entourant le paragraphe 3 et a renvoyé le projet d'article au groupe de rédaction.

Paragraphe 5 du projet d'article 41

134. Rappelant sa décision de ne pas examiner le paragraphe 5 du projet d'article 41 avant de s'être penché sur le paragraphe 3 du projet d'article 43 et le paragraphe 3 du projet d'article 44 (voir par. 123), le Groupe de travail a repris son débat sur ledit paragraphe 5 et a décidé de l'aligner sur les deux autres paragraphes 3 (voir par. 128, 130 et 133). Sous réserve de ce changement, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 5 du projet d'article 41 quant au fond, a décidé de supprimer les crochets qui l'entouraient et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article X. *Révision et amendements*

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

"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."

136. Notant que le projet d'article X était une disposition type que l'on trouvait dans d'autres textes de la CNUDCI [voir, par exemple, l'article 32 de la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg)], le Groupe de travail a adopté le projet d'article X, quant au fond, sans le modifier, et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

III. ANNEXE DU PROJET DE CONVENTION

Observations générales

137. Il a été noté que, comme il se pouvait que la loi du lieu de situation du cédant ne contienne pas de règles de priorité ou, tout au moins, de règles modernes dans ce domaine, l'annexe énonçait deux ensembles de règles de priorité entre lesquelles les États pourraient choisir. Il a été noté par ailleurs que, si ces règles devaient servir de modèle pour une législation nationale, elles ne constituaient pas pour autant une loi type complète, les États devant, de ce fait, élaborer des dispositions supplémentaires.

138. On a exprimé la crainte que l'annexe ne puisse remplir la fonction qui lui avait été assignée et puisse même être préjudiciable. Il a été déclaré que, pour donner des lignes directrices utiles, le texte devait contenir des règles plus détaillées. En proposant de si nombreuses options, il pouvait créer la confusion. Pour répondre à cette préoccupation, il a été proposé de supprimer cette annexe ou de la renvoyer à la Commission qui devrait décider s'il fallait ou non la conserver, compte tenu en particulier des travaux futurs que celle-ci pourrait éventuellement entreprendre dans le domaine du droit des sûretés. Les deux propositions ont suscité de fortes objections. Il a été largement estimé qu'en proposant deux systèmes de priorité entre lesquels les États pourraient choisir, l'annexe donnait des lignes directrices utiles à ceux d'entre eux qui souhaitaient moderniser leur régime de priorité. En particulier, la référence à des règles de priorité fondées sur l'enregistrement avait une valeur pédagogique et pratique qu'il faudrait préserver pour que le projet de convention soit réellement utile aux États.

139. À cet égard, il a été proposé, pour renforcer la valeur pédagogique du projet de convention et éviter d'envoyer des signaux contradictoires, de supprimer, dans l'annexe, la référence aux règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession. Cette proposition a suscité une forte opposition. Il a en effet été largement estimé qu'étant donné que les membres du Groupe de travail ne parvenaient pas à s'entendre sur le régime de priorité le plus approprié l'annexe devrait rendre compte de manière équilibrée de toutes les options possibles. À cet égard, on a fait observer toutefois qu'en ne retenant pas les règles de priorité fondées sur la date de notification au débiteur, l'annexe n'était pas pleinement conforme à ce principe. Il a donc été proposé de faire référence également à ces règles. Cette proposition a bénéficié d'un appui suffisant. À l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé de conserver l'annexe et de la modifier de manière à y inclure également une référence aux règles de priorité fondées sur la date de notification au débiteur.

140. Le Groupe de travail a ensuite examiné le champ d'application des dispositions de l'annexe. Il a été déclaré qu'en vertu du projet d'article 40 les dispositions de l'annexe choisies par l'État du lieu de situation du cédant s'appliqueraient en tant que loi de ce lieu conformément au projet d'article 24. Il en résultait, a-t-on fait observer, que les dispositions de l'annexe devraient s'appliquer aux conflits de priorité visés au projet d'article 24. Il a été

expliqué, en particulier, que les termes "cédant", "cessionnaire", "créanciers du cédant", "administrateur de l'insolvabilité", "cession" et "créance", tels qu'ils étaient utilisés dans l'annexe, devraient avoir la même signification que celle qui leur était donnée dans le projet de convention. Il a été expliqué par ailleurs que les règles de priorité figurant dans l'annexe devraient couvrir la nature du droit d'un cessionnaire et les conflits de priorité sur les créances et leur produit dans la mesure où ces questions étaient également traitées dans le projet d'article 24. Après un débat, le Groupe de travail est convenu que les dispositions de l'annexe relatives à la priorité devraient être alignées sur le texte du projet d'article 24.

141. Pour rendre encore plus acceptables les dispositions de l'annexe relatives à la priorité fondée sur l'enregistrement, le Groupe de travail est convenu que les États qui choisiraient d'adopter les dispositions de l'annexe en faisant une déclaration conformément au projet d'article 40 pourraient énumérer dans cette déclaration les types de conflits qu'ils ne souhaitaient pas soumettre au régime de priorité fondé sur l'enregistrement (par exemple les conflits entre les cessionnaires et les fournisseurs du cédant). La question a été renvoyée au groupe de rédaction sous réserve d'un examen plus approfondi du projet d'article 40.

142. Notant l'interconnexion entre le projet d'article 40, qui traitait des options proposées aux États concernant l'annexe, et les dispositions de ladite annexe, le Groupe de travail a ensuite examiné ces dispositions, étant entendu qu'il devrait peut-être y revenir une fois qu'il aurait finalisé le projet d'article 40[12].

Section I. Règles de priorité fondées sur l'enregistrement

Article premier. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

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

> "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."

144. Une question a été posée quant à l'utilité de la règle contenue dans la deuxième phrase du projet d'article premier de l'annexe. On a répondu que l'enregistrement n'était pas obligatoire et conférait la priorité uniquement dans la mesure où un droit avait été valablement créé. En conséquence, si les parties avaient choisi de ne pas effectuer un enregistrement et qu'un conflit était apparu concernant les droits de ces parties, la règle contenue dans la deuxième phrase du projet d'article premier de l'annexe serait nécessaire pour régler un tel conflit. Il a été fait observer par ailleurs que l'on ne pourrait obtenir ce résultat en l'absence d'une telle règle, du fait en particulier qu'un État qui choisirait d'appliquer la section I ne pourrait pas choisir d'appliquer la section III, qui contenait une règle de priorité fondée sur le moment de la cession.

145. Il a été proposé de se référer, dans la seconde phrase du projet d'article premier de l'annexe, à la date du "contrat de cession" plutôt qu'au moment de la "cession". Cette proposition a été favorablement accueillie, car une règle de priorité se fondant sur le moment du transfert effectif serait difficile à appliquer dans le cas d'une cession d'un ensemble de créances futures. Sous réserve de ce changement et des modifications mentionnées au paragraphe 140 ci-dessus, le Groupe de travail a adopté le projet d'article premier de l'annexe, quant au fond, 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*

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

> "[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 des 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."

147. Étant entendu que le projet d'article 2 de l'annexe s'appliquerait par l'intermédiaire de l'article 24 du projet de convention, qui était subordonné aux projets d'articles 25 et 26, il a été convenu que le passage entre crochets pouvait être supprimé. Il a aussi été convenu qu'afin de traiter suffisamment les conflits avec des créanciers saisissant des créances en dehors d'une procédure d'insolvabilité, le projet d'article 2 de l'annexe devrait se référer à la "saisie ou d'autres actes ou événements judiciaires". En outre, il a été convenu que les créanciers du cédant ayant un droit sur un actif corporel qui, par effet de la loi, s'étendait aux créances nées de la vente ou de la location de cet actif devraient être considérés comme cessionnaires et non comme créanciers du cédant. De ce fait, les conflits concernant ces parties devraient être régis par le projet d'article premier et non par le projet d'article 2 de l'annexe. Rappelant sa décision de traiter ces parties comme des créanciers du cédant dans le cadre du projet d'article 24 (voir par. 47 et 54), le Groupe de travail a décidé de revoir ce projet d'article pour montrer que, dans son esprit, ces parties devraient être considérées comme des cessionnaires.

148. En réponse à une question, il a été confirmé que les conflits de priorité entre cessionnaires nationaux et cessionnaires étrangers de créances nationales seraient résolus dans le cadre du projet d'article 2. Il en serait ainsi, étant donné que, pour ces conflits, le projet d'article 24 renvoyait à la loi du lieu de situation du cédant et que, lorsqu'un État avait opté pour la section I de l'annexe, le projet d'article 2 serait la règle pertinente de ladite loi. On a par ailleurs confirmé que, du fait que les conflits avec un cessionnaire national d'une créance nationale étaient

[12] Le Groupe de travail n'est pas revenu sur les dispositions de l'annexe.

régis par le projet d'article 2, ce cessionnaire devrait pouvoir s'enregistrer afin d'obtenir la priorité.

149. Sous réserve des changements mentionnés au paragraphe 147 ci-dessus, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 2 de l'annexe et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Section II. Enregistrement

Article 3. *Création d'un système d'enregistrement*

150. 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 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."

151. Rappelant le débat qui avait déjà eu lieu sur la question de savoir si un cessionnaire national de créances nationales devrait pouvoir enregistrer ses créances et obtenir la priorité (voir par. 148), le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait remplacer les mots "au titre de la présente Convention et" par un libellé tel que "..., même si la cession n'est pas une cession internationale et si la créance n'est pas une créance internationale, conformément aux".

152. Il a été noté que, si des pouvoirs importants étaient conférés à l'autorité de supervision et au conservateur du registre, le projet de convention ne comportait pas de dispositions relatives à la manière dont ceux-ci seraient désignés. Des avis divergents ont été exprimés quant au point de savoir si le projet de convention devrait déterminer qui seraient le conservateur et l'autorité de supervision ou comporter un mécanisme permettant de les choisir. Selon un avis, au stade actuel, il serait très difficile de déterminer qui serait le conservateur ou l'autorité de supervision. Il a également été noté que le fait d'arrêter une procédure particulière pour la sélection du conservateur et de l'autorité de supervision ou de fixer un seuil élevé pour cette procédure ne serait pas approprié, car une telle approche risquerait de retarder la mise en place du processus d'enregistrement.

153. Selon un autre avis, le projet de convention devrait établir un mécanisme pour l'entrée en vigueur des règles relatives à l'enregistrement figurant dans l'annexe. Il a été déclaré que, faute d'un tel mécanisme dans le projet de convention, l'annexe risquerait de ne jamais être appliquée. Le lien entre le projet de convention et le système d'enregistrement pourrait être établi, a-t-on suggéré, au moyen d'une disposition similaire à l'article X, permettant aux États contractants de désigner une autorité de supervision et un conservateur du registre. Notant les avis divergents exprimés, le Groupe de travail a reporté sa décision définitive sur le projet d'article 3 de l'annexe, afin de pouvoir procéder à des consultations (voir par. 174).

Article 4. *Enregistrement*

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

"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."

Paragraphe 1

155. Il a été proposé de supprimer les mots "autorisée par les règlements". En effet, ces mots étaient inutiles, car référence était faite dans la même disposition au fait que l'enregistrement était effectué "conformément … aux règlements d'enregistrement". Cette suggestion a reçu un appui suffisant. Il a également été proposé de préciser au paragraphe 1 que la description de la créance n'avait pas à être spécifique. Il a toutefois été avancé que les règlements pourraient confirmer qu'une description non spécifique était suffisante. On n'a pas émis d'objections à cet avis, étant entendu qu'il devait être bien clair que les règlements devaient traiter des questions de fonctionnement et ne pas ajouter de conditions de fond, telles que la spécificité, pour que l'enregistrement produise ses effets. En réponse à une question, il a été déclaré que, si le registre était capable d'identifier le cédant et le cessionnaire par un nombre, notamment afin d'éviter tout problème lié à la langue, il devrait être autorisé à le faire. Sous réserve de la modification mentionnée ci-dessus, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

156. Afin de veiller à ce que l'alinéa *a* donne effet comme il convient au principe selon lequel un enregistrement unique devrait suffire, il a été proposé de le compléter par une référence à une ou plusieurs cessions de créances actuelles ou futures. Cette suggestion a reçu un large appui.

157. Certains ont craint que l'alinéa *a* n'aille trop loin en autorisant un enregistrement, même s'il n'y avait pas eu de cession. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé de supprimer cet alinéa ou d'en limiter la portée. Cette suggestion a suscité des objections. Il a été déclaré que, pour que le cessionnaire puisse débloquer des fonds, il fallait veiller à ce que l'enregistrement puisse être effectué le plus tôt possible ("préenregistrement"). Il a également été noté que l'on pouvait tenir compte de la préoccupation exprimée en incluant, dans une disposition distincte, une référence à la possibilité de préenregistrement et à la manière dont ce préenregistrement pouvait être annulé si la cession n'avait pas lieu. On a proposé le libellé suivant: "Un enregistrement peut être effectué avant la cession. Les règlements établissent la procédure d'annulation de l'enregistrement lorsque la cession n'a pas lieu." Cette suggestion a été favorablement accueillie. Sous réserve de cette modification et de la modification mentionnée au paragraphe 156 ci-dessus, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 3

158. Des doutes ont été exprimés quant à l'efficacité d'un système dans lequel l'enregistrement ne prenait effet qu'au moment où les données devenaient accessibles aux utilisateurs. Il a été déclaré que tout retard dans le traitement des demandes d'enregistrement serait au détriment des parties enregistrantes. Il a été répondu que le système envisagé serait entièrement ou partiellement électronique et que, de ce fait, les enregistrements seraient traités rapidement. Il a été proposé de laisser les règlements déterminer la manière dont les données pourraient être "introduites" dans le registre. Cette suggestion n'a suscité aucune objection, à condition que les règlements ne puissent imposer de conditions supplémentaires pour que l'enregistrement produise ses effets. Il a été convenu que l'on pourrait arriver à ce résultat en ajoutant les mots "conformément à la présente annexe" au début de la dernière phrase du paragraphe 3, en particulier si cette phrase devait faire l'objet d'un paragraphe distinct. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 4

159. Il a été proposé de remplacer la seconde référence à "l'identification" par une référence à "l'identification appropriée". En effet, ce n'est qu'après l'identification appropriée du cédant par une personne faisant une recherche que l'on pouvait déterminer s'il y avait eu une erreur dans cette identification. Cette suggestion a reçu un appui suffisant. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 4 quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 5. *Recherches dans le registre*

160. 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 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."

161. Il a été convenu que l'on pourrait supprimer l'alinéa *b* du paragraphe 2, car la date et l'heure de l'enregistrement étaient suffisants pour déterminer son rang. Selon un avis, l'enregistrement ne serait sans doute pas si utile s'il ne faisait que donner la preuve de la date et de l'heure de l'enregistrement. Il a été répondu qu'à la différence des registres des titres de propriété les registres de notification, tels que celui qui était envisagé dans l'annexe, avaient pour objet d'aviser les parties intéressées qu'il pouvait exister un droit et de leur permettre d'obtenir des renseignements supplémentaires. Il a également été noté que, dans divers pays ayant un système d'enregistrement des notifications, les parties ayant un intérêt légitime avaient le droit d'obtenir copie du document de cession auprès du cédant, question qu'il serait utile de mentionner dans le commentaire. Sous réserve de la suppression de l'alinéa *b* du paragraphe 2, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 5 de l'annexe et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Section III. Règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession

Article 6. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

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

"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."

163. La règle énoncée dans le projet d'article 6 a reçu un certain appui. Toutefois, on a douté que ce projet d'article énonce une véritable règle de priorité, puisqu'il disposait que le premier cessionnaire "acquérait" les créances, ce qui supposait que tout cessionnaire ultérieur des mêmes créances n'obtenait aucun droit et qu'il n'y avait donc pas de conflit de priorités. Le Groupe de travail a noté qu'une proposition visant à modifier le libellé du projet d'ar-

ticle 6 de l'annexe serait soumise suffisamment longtemps avant la prochaine session de la Commission et a renvoyé l'article 6 à la Commission. Il a toutefois été convenu que le projet d'article 6 de l'annexe devrait être aligné sur le projet d'article 24 de la Convention.

Article 7. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou les créanciers du cédant*

164. Le texte du projet d'article 7 de l'annexe examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"[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."

165. Rappelant sa décision de supprimer les mots "sous réserve de l'article 25 de la présente Convention" dans le projet d'article 2 de l'annexe (voir par. 147), le Groupe de travail est convenu de les supprimer également dans le projet d'article 7 de l'annexe. Il est également convenu que le projet d'article 7 devrait être aligné sur le projet d'article 24 du projet de convention. Il a noté qu'une proposition visant à modifier le libellé du projet d'article 7 de l'annexe serait soumise suffisamment longtemps avant la session de la Commission et a renvoyé le projet d'article 7 à la Commission.

Règles de priorité supplémentaires

166. Rappelant sa décision de mentionner dans l'annexe toutes les règles de priorité possibles entre lesquelles les États pourraient choisir (voir par. 139), le Groupe de travail a décidé d'ajouter une nouvelle section IV à l'annexe, afin de présenter un système dans lequel la priorité serait déterminée sur la base de la date de notification au débiteur. Le débat a porté sur une proposition libellée comme suit:

"Section IV. Règles de priorité fondées sur la date de la notification du contrat de cession

Article 8. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

Entre des cessionnaires de la même créance du même cédant, la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée est déterminée par l'ordre dans lequel une notification écrite efficace de chaque contrat de cession est donnée au débiteur.

Article 9. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité*

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 ou un autre acte ou fait de caractère judiciaire."

167. Cette proposition visait, a-t-on déclaré, à offrir un ensemble de règles de priorité facultatives fondées sur la date de notification au débiteur. S'agissant du projet d'article 8, on a expliqué que l'efficacité de la notification devait s'entendre de l'efficacité en vertu de la loi du lieu de situation du cédant. On a toutefois noté que la notification était l'une des questions traitées dans le projet de convention et qu'il n'y était pas fait référence dans les règles de l'annexe comme la loi du lieu de situation du cédant applicable en vertu du projet d'article 24. Il a été noté par ailleurs que le projet de convention garantirait la certitude quant aux droits du cédant par rapport à ceux du débiteur, puisqu'il fallait, pour que les dispositions relatives au débiteur s'appliquent, que ce dernier soit situé dans un État contractant ou que la loi régissant le contrat initial soit la loi d'un État contractant.

168. Le texte proposé a bénéficié d'un appui, mais on a exprimé la crainte que le projet d'article 9 ne soit pas une simple règle relative à la date de notification. Étant donné que le conflit de priorité sur lequel portait le projet d'article 9 était traité différemment dans les pays qui appliquaient un système de priorité fondé sur la notification au débiteur, il a été convenu que le projet d'article 40 devrait donner aux États la possibilité de choisir d'appliquer les projets d'articles 7 et 8. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que le texte proposé devrait être inclus dans l'annexe pour la poursuite du débat et a renvoyé la question au groupe de rédaction.

Article 40. *Application de l'annexe*

169. Rappelant qu'il avait décidé de reporter l'examen du projet d'article 40 après l'examen de l'annexe (voir par. 120), le Groupe de travail est revenu sur ce projet d'article. Il a été convenu de conserver la seconde variante et de supprimer les crochets. Il a également été convenu que le libellé entre crochets figurant à l'alinéa *b* du paragraphe 1 serait supprimé et qu'afin de permettre à un État signataire de faire une déclaration, référence devrait être faite à un "État" et non à un "État contractant". En outre, il a été convenu que le projet d'article 40 devrait permettre à un État d'exclure certains types de cessions ou la cession de certaines catégories de créances du champ d'application des règles de priorité de l'annexe que cet État choisirait d'adopter. Sous réserve de ces modifications et du changement mentionné au paragraphe 168 ci-dessus, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 40 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

IV. RAPPORT DU GROUPE DE RÉDACTION

170. Le Groupe de travail a demandé à un groupe de rédaction créé par le secrétariat de revoir les paragraphes 4 et 5 de l'article premier, le paragraphe 4 de l'article 4 et les paragraphes 18 à 44 du projet de convention, ainsi que les projets d'articles 1er à 7 de l'annexe du projet de convention, afin de traduire dans le texte les délibérations du Groupe de travail à la session en cours et d'assurer la cohérence entre les diverses langues.

171. Au terme de ses délibérations, le Groupe de travail a examiné le rapport du groupe de rédaction et, à l'exception des passages entre crochets, a adopté les paragraphes 4 et 5 du projet d'article premier, le paragraphe 4 du projet d'article 4, les projets d'articles 18 à 46 du projet de convention et les projets d'articles 1er à 9 de l'annexe du projet de convention, tels que modifiés par le groupe de rédaction. L'ensemble du texte du projet de convention, tel qu'adopté par le Groupe de travail, est reproduit à l'annexe du présent rapport.

172. S'agissant du projet d'article 18, il a été convenu d'employer l'expression "une notification ou des instructions de paiement" afin d'éviter de donner l'impression qu'une notification devait inclure des instructions de paiement. S'agissant du paragraphe 6 du projet d'article 19, le texte actuel pourrait, a-t-on déclaré, nuire à l'efficacité de la cession de fractions de créances, dans la mesure où il laissait au débiteur le choix de payer soit conformément à la notification, soit conformément au contrat initial. Il a toutefois été rappelé à cet égard que le Groupe de travail avait décidé que le paiement, en cas de cession de fractions de créances, devrait être laissé à l'appréciation du débiteur. Il a donc été convenu que le paragraphe 6 du projet d'article 19 reflétait bien cette décision de principe (voir par. 18 à 20). Selon un avis, la deuxième phrase du paragraphe 6 du projet d'article 19 était redondante, car elle ne faisait que reprendre la règle énoncée dans la première phrase. On a fait observer, en réponse à cette remarque, qu'il était nécessaire de conserver cette deuxième phrase, car la première partie de la disposition n'indiquait pas clairement dans quelle mesure le débiteur qui payait conformément à la notification était libéré. S'agissant du paragraphe 7 du projet d'article 19, il a été convenu qu'il faudrait le modifier de façon à y faire référence à la preuve de "la cession du cédant initial au cessionnaire initial, y compris toute cession intermédiaire".

173. S'agissant du projet d'article 20, il a été convenu que le mot "ou" au paragraphe 1 devrait être remplacé par le mot "et". Au projet d'article 21, il a été proposé de supprimer les mots "de l'État dans lequel le débiteur est situé" et d'insérer le mot "applicable" après le mot "loi". Ce changement garantirait la protection du débiteur quelle que soit la loi applicable. On a fait valoir toutefois que cette proposition amènerait à changer le principe qui sous-tendait la disposition. Pour ce qui était de l'alinéa *b* du paragraphe 2 du projet d'article 24, il a été convenu que, pour éviter de donner à penser que seules étaient visées les cessions à titre de garantie, il faudrait, dans la version anglaise, ajouter les mots "*or not*" après le mot "*whether*". S'agissant de l'alinéa *b* du paragraphe 3 du même article, il a été convenu de le déplacer à l'alinéa *a*, suite à la décision du Groupe de travail selon laquelle les parties mentionnées devraient être considérées comme des cessionnaires (voir par. 147). Le titre du chapitre V ("Autres" règles de conflit de lois) a suscité certaines craintes, mais le Groupe de travail est convenu que ce titre traduisait clairement le fait que le projet de convention contenait des règles de conflit de lois en dehors du chapitre V et, pour bien faire ressortir ce fait, a décidé de remplacer "autres" par "autonomes". Il a été convenu que la référence au créancier du cédant ayant un droit sur un autre bien, qui figurait au sous-alinéa ii de l'alinéa *m* du projet d'article 5, devait être déplacée au sous-alinéa i de ce même alinéa et que le mot "créancier" devait être remplacé par le mot "personne". Il a également été convenu de supprimer, au paragraphe 2 du projet d'article 37, le passage commençant par "à condition que" et de regrouper les paragraphes 2 et 3.

V. TRAVAUX FUTURS

174. À l'issue de consultations, un groupe spécial a proposé d'insérer une nouvelle disposition sur la forme dans le chapitre V. Il a été déclaré que la Commission pourrait souhaiter s'assurer que la disposition proposée était conforme au projet d'article 8. On a fait observer par ailleurs qu'elle souhaiterait peut-être inclure dans l'annexe une disposition permettant de créer le registre dans les plus brefs délais, de prévoir la désignation d'une autorité de supervision, d'un conservateur du registre provisoire et d'un règlement intérimaire. On a également indiqué que la procédure à mettre en œuvre pour parvenir à ce résultat devrait être globale, avec si possible convocation d'un groupe des États intéressés à la demande d'un tiers des États signataires. En outre, il serait utile de prévoir la possibilité d'amendements futurs et de réexamen du système d'enregistrement par un groupe d'États contractants qui serait convoqué à la demande d'un tiers des États contractants et signataires. Le Groupe de travail a pris note d'une invitation adressée à toutes les délégations intéressées de participer à des consultations sur la question de manière qu'il soit possible de présenter un texte adéquat bien avant la prochaine session de la Commission. En outre, la Commission souhaiterait peut-être, a-t-on déclaré, examiner des pratiques supplémentaires pour déterminer si elles devraient être ou non exclues du champ d'application du projet de convention. Il a été convenu qu'une telle proposition devrait être soumise bien avant la session de la Commission afin que les délégations aient suffisamment de temps pour mener des consultations et soient prêtes à prendre une décision sur cette question en temps voulu à la prochaine session de la Commission.

175. Ayant conclu ses travaux, le Groupe de travail a adopté l'ensemble du projet de convention, à l'exception des passages entre crochets et l'a soumis à la Commission pour examen final et adoption à sa prochaine session, devant se tenir à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001. Il a été noté que le texte du projet de convention, tel qu'adopté, serait distribué à tous les États et aux organisations internationales intéressées pour observations et que le secrétariat établirait une compilation analytique de ces observations qui pourrait être distribuée avant la session de la Commission. Il a été noté par ailleurs que le secrétariat établirait et distribuerait une version révisée du commentaire sur le projet de convention. La compilation des observations et le commentaire seraient utiles aux délégations prenant part à la session de la Commission dans leurs délibérations et permettraient à cette dernière de finaliser et d'adopter le projet de convention.

ANNEXE I

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL

Préambule

Les États contractants,

Réaffirmant leur conviction que le commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels constitue un élément important susceptible de promouvoir les relations amicales entre les États,

Considérant que les problèmes créés par les incertitudes quant à la teneur et au choix du régime juridique applicable 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:

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, à la date 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 obligations du débiteur, à moins qu'à la date de la conclusion du contrat initial ce dernier ne soit situé dans un État contractant ou que la loi régissant le contrat initial 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 39.

5. L'annexe de la présente Convention s'applique comme il est prévu à l'article 42.

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, à la date de la conclusion du contrat initial, le cédant et le débiteur sont situés dans des États différents. Une cession est internationale si, à la date 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 effectuées:

a) À un particulier pour ses besoins personnels, familiaux ou domestiques;

b) Au moyen de la remise d'un effet de commerce, avec endossement, si nécessaire;

c) 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 attachées 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 de paiement interbancaire, 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 concurrent d'un cessionnaire de celle-ci; ou

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 énumérées dans une déclaration faite au titre de l'article 41 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 ou l'État dont la loi est celle qui régit le contrat initial.]

CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 5. *Définitions et règles 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 qui naît avant ou à la date de la conclusion du contrat de cession et 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 qu'elle 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 nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation des actifs 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 actifs 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; ou

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

m) Le terme "réclamant concurrent" désigne:

i) Un autre cessionnaire de la même créance provenant du même cédant, y compris un créancier qui, de par l'effet de la loi, se prévaut d'un droit sur la créance cédée en raison de son droit sur un autre bien du cédant, même si ladite créance n'est pas une créance internationale et si la cession au cessionnaire n'est pas une cession internationale;

ii) Un créancier du cédant; ou

iii) L'administrateur de l'insolvabilité.

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 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 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'un réclamant concurrent, et le droit d'un cessionnaire ne peut être privé de la priorité par rapport au droit de ce réclamant, 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 du droit d'un réclamant concurrent, 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 dépossession au titre du paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les obligations du cédant envers le débiteur ou la personne ayant constitué 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 de cession ou à la cession de cette catégorie particulière de créances.

Article 14. *Garanties dues par le cédant*

1. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, à la date 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 ces instructions.

2. Une notification de la cession ou des instructions de paiement envoyées en violation d'une convention visée au paragraphe 1 du présent article ne sont pas invalidées 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 la 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 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.

Article 18. *Notification de la cession au débiteur*

1. Une notification de la cession ou 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 uniquement en faveur du cessionnaire ou, si d'autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions.

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 de plusieurs cessions des mêmes créances effectuées par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue.

5. S'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes.

6. S'il reçoit notification de la cession d'une fraction d'une ou de plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément au présent article comme s'il n'avait pas reçu de notification. S'il paie conformément à la notification, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé.

7. S'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément au présent article comme s'il n'avait pas reçu de notification. 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.

8. Le présent article n'a d'incidence 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 et 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, en vertu de 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.

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; ou

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, sauf:

a) Si celui-ci y consent; ou

b) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat.

3. Les paragraphes 1 et 2 du présent article sont sans incidence sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

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, la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée au cédant ou au cessionnaire.

Section III. Autres parties

Article 24. *Loi applicable aux droits concurrents*

1. À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention et sous réserve des articles 25 et 26:

a) Par rapport au droit d'un réclamant concurrent, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit:

i) La nature et la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée; et

ii) La nature et la priorité du droit du cessionnaire sur un produit qui est une créance dont la cession est régie par la présente Convention[;

b) Par rapport au droit d'un réclamant concurrent, la nature et la priorité du droit du cessionnaire sur un produit visé ci-dessous sont régies:

i) Dans le cas d'une somme d'argent ou d'un effet de commerce non détenus sur un compte bancaire ou par un intermédiaire en valeurs mobilières, par la loi de l'État dans lequel cette somme d'argent ou cet effet sont situés;

ii) Dans le cas de valeurs mobilières détenues par un intermédiaire en valeurs mobilières, par la loi de l'État dans lequel cet intermédiaire est situé;

iii) Dans le cas de dépôts bancaires, par la loi de l'État dans lequel la banque est située[; et

iv) Dans le cas de créances dont la cession est régie par la présente Convention, par la loi de l'État dans lequel le cédant est situé].

c) L'existence et la nature du droit d'un réclamant concurrent sur le produit visé à l'alinéa *b* du paragraphe 1 du présent article sont régies par la loi indiquée dans ce paragraphe].

2. Aux fins du présent article et de l'article 31, la nature d'un droit se réfère:

a) Au caractère personnel ou réel du droit; et

b) À la question de savoir si le droit a ou non été créé à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation.

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 le conserver dans la mesure où son droit sur la créance cédée avait la priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la même créance.

2. Si le produit de la créance cédée est reçu par le cédant, le droit du cessionnaire sur ce produit a la priorité sur le droit d'un réclamant concurrent, de la même manière que le droit du cessionnaire avait la priorité sur le droit dudit réclamant 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. AUTRES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS

Article 28. *Application du chapitre V*

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux questions:

a) Qui entrent dans le champ d'application de la présente Convention comme prévu au paragraphe 4 de l'article premier; et

b) Qui entrent par ailleurs dans le champ d'application mais ne sont pas réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention.

Article 29. *Loi applicable aux droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire*

1. Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant de leur convention sont régis par la loi qu'ils ont choisie.

2. Si le cédant et le cessionnaire n'ont pas choisi de loi, leurs droits et obligations réciproques découlant de leur convention sont régis par la loi de l'État avec lequel le contrat de cession a le lien le plus étroit.

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

La loi régissant le contrat initial détermine l'efficacité des limitations contractuelles à la cession entre le cessionnaire et le débiteur, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur.

Article 31. *Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties*

1. À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention et sous réserve des articles 25 et 26:

a) Par rapport aux droits d'un réclamant concurrent, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit:

ii) La nature et la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée; et

ii) La nature et la priorité du droit du cessionnaire sur un produit qui est une créance dont la cession est régie par la présente Convention[;

b) Par rapport aux droits d'un réclamant concurrent, la nature et la priorité du droit du cessionnaire sur un produit visé ci-dessous sont régies:

i) Dans le cas d'une somme d'argent ou d'un effet de commerce non détenus sur un compte bancaire ou par un intermédiaire en valeurs mobilières, par la loi de l'État dans lequel cette somme d'argent ou cet effet sont situés;

ii) Dans le cas de valeurs mobilières détenues par un intermédiaire en valeurs mobilières, par la loi de l'État dans lequel cet intermédiaire est situé;

iii) Dans le cas de dépôts bancaires, par la loi de l'État dans lequel la banque est située[; et

iv) Dans le cas de créances dont la cession est régie par la présente Convention, par la loi de l'État dans lequel le cédant est situé].

[*c)* L'existence et la nature du droit d'un réclamant concurrent sur le produit visé à l'alinéa *b* du paragraphe 1 du présent article sont régies par la loi indiquée dans ce paragraphe]].

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 le paragraphe 1 du présent article.

Article 32. *Règles impératives*

1. Aucune disposition des articles 29 et 30 ne limite l'application des dispositions de la loi de l'État du for lorsqu'elles sont impératives, quelle que soit la loi applicable par ailleurs.

2. Aucune disposition des articles 29 et 30 ne limite l'application des règles impératives de la loi d'un autre État avec lequel les questions réglées dans lesdits articles ont une relation étroite si et dans la mesure où, en vertu de la loi de cet autre État, ces règles doivent être appliquées quelle que soit la loi applicable par ailleurs.

Article 33. *Ordre public*

Pour ce qui est des questions réglées par le présent chapitre, l'application d'une disposition de la loi spécifiée 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 34. *Dépositaire*

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est le dépositaire de la présente Convention.

Article 35. *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 36. *Application aux unités territoriales*

1. Si un État comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, cet État peut à tout moment déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles, et peut à tout moment remplacer cette déclaration par une nouvelle déclaration.

2. Ces déclarations doivent désigner expressément les unités territoriales auxquelles la présente 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 sont situés dans une unité territoriale à laquelle la Convention ne s'applique pas, ils sont considérés comme n'étant pas situés 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 toutes les unités territoriales de cet État.

[Article 37. *Loi applicable dans les unités territoriale*

Si un État comprend deux unités territoriales ou plus dont la loi peut régir une question visée dans les chapitres IV et V de la présente Convention, une référence dans ces chapitres à la loi d'un État dans lequel une personne ou un bien est situé désigne la loi applicable dans l'unité territoriale où la personne ou le bien est situé, y compris les règles qui rendent applicable la loi d'une autre unité territoriale de cet État. Ledit État peut spécifier par une déclaration faite à tout moment la manière dont il appliquera le présent article.]

Article 38. *Conflits avec d'autres accords internationaux*

1. La présente Convention ne prévaut sur aucun accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions concernant les matières qu'elle régit, 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 ce dernier soit situé dans un État partie à un tel accord ou que la loi régissant le contrat initial soit la loi d'un État partie à un tel accord.

2. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, la présente Convention prévaut sur la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international ("la Convention d'Ottawa"). Si, à la date de la conclusion du contrat initial, le débiteur est situé dans un État partie à la Convention d'Ottawa ou si la loi régissant le contrat initial est la loi d'un État partie à la Convention d'Ottawa et si cet État n'est pas partie à la présente Convention, aucune disposition de la présente Convention n'exclut l'application de la Convention d'Ottawa pour ce qui est des droits et obligations du débiteur.

Article 39. *Déclaration sur l'application du chapitre V*

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par le chapitre V.

Article 40. *Limitations concernant les personnes publiques*

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié ou dans quelle mesure 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 à la date de la conclusion du contrat initial et est une collectivité publique, nationale ou locale, toute subdivision de ladite collectivité, ou une institution ayant une mission d'intérêt public. 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. Un État peut énumérer dans une déclaration les types d'institution qui font l'objet de la déclaration.

[Article 41. *Autres exclusions*

1. Un État peut déclarer à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention aux types de cession ou à la cession des catégories de créances énumérés dans une déclaration. Dans ce cas, la présente Convention ne s'applique pas à ces types de cession ou à la cession de ces catégories de créances si le cédant est situé dans un tel État à la date de la conclusion du contrat de cession ou, pour ce qui est des dispositions de la présente Convention traitant des droits et obligations du débiteur, si à la date de la conclusion du contrat initial le débiteur est situé dans un tel État ou la loi régissant le contrat initial est la loi de cet État.

2. Après qu'une déclaration au titre du paragraphe 1 du présent article a pris effet:

a) La présente Convention ne s'applique pas à ces types de cession ou à la cession de ces catégories de créances si le cédant est situé dans cet État à la date de la conclusion du contrat de cession; et

b) Les dispositions de la présente Convention ayant des incidences sur les droits et obligations du débiteur ne s'appliquent pas si, à la date 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 42. *Application de l'annexe*

1. Un État peut à tout moment déclarer:

a) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section I de l'annexe et participera au système d'enregistrement international établi en vertu de la section II de l'annexe;

b) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section I de l'annexe et donnera effet à ces règles en utilisant un système d'enregistrement permettant d'en atteindre les objectifs, auquel cas, aux fins de la section I de l'annexe, un enregistrement effectué en application d'un tel système aura le même effet qu'un enregistrement effectué en vertu de la section II de l'annexe;

c) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section III de l'annexe;

d) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section IV de l'annexe; ou

e) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées aux articles 7 et 8 de l'annexe.

2. Aux fins de l'article 24:

a) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu 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;

b) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa *c* du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section III de l'annexe;

c) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa *d* du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section IV de l'annexe; et

d) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa *e* du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble des règles énoncées aux articles 7 et 8 de l'annexe.

3. Un État qui a fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article peut établir des règles en vertu desquelles, compte tenu d'un délai raisonnable, les cessions effectuées avant que la déclaration prenne effet sont soumises à de telles règles.

4. Un État qui n'a pas fait de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article peut, conformément aux règles de priorité qui sont en vigueur dans cet État, utiliser le système d'enregistrement établi en vertu de la section II de l'annexe.

5. Au moment où il fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article ou après cette déclaration, un État peut déclarer qu'il n'appliquera pas les règles de priorité choisies en vertu du paragraphe 1 du présent article à certains types de cession ou à la cession de certaines catégories de créance.

Article 43. *Effet des déclarations*

1. Les déclarations faites en vertu du paragraphe 1 de l'article 36, de l'article 37 ou des articles 39 à 42 au moment de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. Les déclarations et les confirmations de déclaration seront faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.

3. Une déclaration prend effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné. Cependant, une déclaration dont le dépositaire reçoit notification formelle après cette date prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de sa réception par le dépositaire.

4. Un État qui fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 de l'article 36, de l'article 37 ou des articles 39 à 42 peut la retirer à tout moment par une notification formelle adressée par écrit au dépositaire. Ce retrait prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

5. En cas de déclaration en vertu du paragraphe 1 de l'article 36, de l'article 37 ou des articles 39 à 42 qui prend effet après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné, ou en cas de retrait d'une telle déclaration, qui ont pour effet dans les deux cas d'entraîner l'applicabilité d'une règle de la présente Convention, y compris de toute annexe:

a) Sous réserve de l'alinéa *b* du présent paragraphe, cette règle est applicable uniquement aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier;

b) Une règle qui traite des droits et obligations du débiteur s'applique uniquement dans le cas de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

6. En cas de déclaration faite en vertu du paragraphe 1 de l'article 36, de l'article 37 ou des articles 39 à 42 qui prend effet après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné, ou en cas de retrait d'une telle déclaration, qui ont pour effet, dans les deux cas, d'entraîner l'inapplicabilité d'une règle de la présente Convention, y compris de toute annexe:

a) Sous réserve de l'alinéa *b* du présent paragraphe, cette règle est inapplicable uniquement aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier;

b) Une règle qui traite des droits et obligations du débiteur est inapplicable dans le cas de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

7. Si une règle, qui est rendue applicable ou inapplicable en raison d'une déclaration visée aux paragraphes 5 ou 6 du présent article ou de son retrait, est pertinente pour la détermination de la priorité concernant une créance faisant l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet ou concernant le produit de cette créance, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité avant qu'une telle déclaration ou son retrait prenne effet.

Article 44. *Réserves*

Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention.

Article 45. *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'applique uniquement aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date de son entrée en vigueur à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, étant entendu que celles de ses dispositions qui traitent des droits et obligations du débiteur s'appliquent uniquement aux cessions de créances découlant de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle elle entre en vigueur à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

4. Si une créance est cédée en vertu d'un contrat de cession conclu avant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la créance et son produit de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité en l'absence de la présente Convention.

Article 46. *Dénonciation*

1. Un État contractant peut dénoncer à tout moment la présente Convention par notification écrite adressée au dépositaire.

2. La dénonciation prend 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'un délai plus long est spécifié dans la notification, la dénonciation prend effet à expiration du délai en question à compter de la date de réception de la notification par le dépositaire.

3. La présente Convention demeure applicable aux cessions faisant l'objet d'un contrat de cession conclu avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, étant entendu que celles de ses dispositions qui traitent des droits et obligations du débiteur demeurent applicables uniquement aux cessions de créances découlant de contrats initiaux conclus avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État visé au paragraphe 3 de l'article premier.

4. Si une créance est cédée en vertu d'un contrat de cession conclu avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la créance et son produit, de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité en vertu de la présente Convention.

Article 47. *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

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 du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée et son produit est déterminée par l'ordre dans lequel les données relatives à la cession sont enregistrées conformément à la section II de la présente annexe, quelle que soit la date de transfert de la créance. Si aucune donnée n'a été enregistrée, la priorité est déterminée par l'ordre dans lequel les différents contrats de cession ont été conclus.

Article 2. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant*

Le droit d'un cessionnaire sur une créance cédée et son produit a la priorité sur le droit d'un administrateur de l'insolvabilité et de créanciers qui acquièrent un droit sur la créance cédée ou son produit par saisie, acte judiciaire ou acte analogue d'une autorité compétente créant un tel droit, si la créance a été cédée et si les données relatives à la cession ont été enregistrées conformément à la section II de la présente annexe, avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la saisie, l'acte judiciaire ou un acte analogue d'une autorité compétente.

Section II. Enregistrement

Article 3. *Création d'un système d'enregistrement*

Il sera créé, en vertu du règlement devant être promulgué par le conservateur du registre et l'autorité de supervision, un système d'enregistrement des données relatives aux cessions utilisable, même si la cession ou la créance concernée n'est pas internationale. Le règlement promulgué par le conservateur du registre et l'autorité de supervision en vertu de la présente annexe est conforme à cette dernière. Il prescrira dans le détail la manière dont le système d'enregistrement fonctionnera, ainsi que la procédure de règlement des litiges relatifs à ce fonctionnement.

Article 4. *Enregistrement*

1. Toute personne peut enregistrer des données relatives à une cession dans le registre conformément à la présente annexe et au règlement. Comme prévu dans le règlement, les données enregistrées identifient le cédant et le cessionnaire et incluent une description succincte des créances cédées.

2. Un même enregistrement peut porter sur une ou plusieurs cessions effectuées par le cédant au cessionnaire d'une ou de plusieurs créances existantes ou futures, que ces créances existent ou non au moment de l'enregistrement.

3. Un enregistrement peut être effectué avant la cession à laquelle il se rapporte. Le règlement établira la procédure d'annulation d'un enregistrement si la cession n'est pas effectuée.

4. L'enregistrement ou sa modification produit ses effets à compter du moment où les données visées au paragraphe 1 du présent article sont accessibles aux utilisateurs. La partie qui enregistre peut spécifier, parmi les options proposées dans le règlement, la période d'effet de l'enregistrement. En l'absence d'une telle spécification, un enregistrement produit ses effets pour une période de cinq ans.

5. Le règlement spécifiera la manière dont l'enregistrement peut être renouvelé, modifié ou annulé et régira toute autre question afférente au fonctionnement du système d'enregistrement.

6. Toute anomalie, irrégularité, omission ou erreur dans l'identification du cédant, qui empêcherait une recherche faite à partir d'une identification correcte dudit cédant d'aboutir aux données enregistrées, invalide l'enregistrement.

Article 5. *Recherches dans le registre*

1. Toute personne peut faire une recherche dans les fichiers du registre à partir de l'identification du cédant, conformément au règlement, et obtenir le résultat de cette recherche par écrit.

2. Le résultat écrit d'une recherche qui est censé émaner du registre est recevable à titre de preuve et, en l'absence de preuve contraire, atteste l'enregistrement des données sur lesquelles porte la recherche, notamment la date et l'heure 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, la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée et son produit est déterminée par l'ordre dans lequel le contrat de cession est conclu.

Article 7. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant*

Le droit d'un cessionnaire sur une créance cédée et son produit a la priorité sur le droit d'un administrateur de l'insolvabilité et de créanciers qui acquièrent un droit sur la créance cédée ou son produit par saisie, acte judiciaire ou acte analogue d'une autorité compétente créant ce droit, si la créance a été cédée avant le commencement de la procédure d'insolvabilité, la saisie, l'acte judiciaire ou un acte analogue d'une autorité compétente.

Section IV. Règles de priorité fondées sur la date de notification de la cession

Article 8. *Priorité entre plusieurs cessionnaires*

Entre des cessionnaires de la même créance du même cédant, la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée et son produit est déterminée par l'ordre dans lequel la notification de la cession est effectuée.

Article 9. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant*

Le droit d'un cessionnaire sur une créance cédée et son produit a la priorité sur le droit d'un administrateur de l'insolvabilité et de créanciers qui acquièrent un droit sur la créance cédée ou son produit par saisie, acte judiciaire ou acte analogue d'une autorité compétente créant ce droit, si la créance a été cédée et la notification a été effectuée avant le commencement de la procédure d'insolvabilité, la saisie, l'acte judiciaire ou un acte analogue d'une autorité compétente.

ANNEXE II

RENUMÉROTATION DES ARTICLES DU PROJET DE CONVENTION

Numéro actuel de l'article[13]	*Ancien numéro de l'article*[14]
1	1
2	2
3	3
4	4
5	5
6	6
7	7
8	8
9	9
10	10
11	11
12	12
13	13
14	14
15	15
16	16
17	17
18	18
19	19
20	20
21	21
22	22
23	23
24	24
25	25
26	26
27	27
28	Nouveau
29	28
30	29
31	30
32	31
33	32
34	33
35	34
36	35
37	Nouveau
38	36
39	37
40	38
41	39
42	40
43	41
44	42
45	43
46	44
47	Nouveau
Annexe du projet de convention	
1	1
2	2
3	3
4	4
5	5
6	6
7	7
8	Nouveau
9	Nouveau

[13]Annexe I du présent document.

[14]Les projets d'articles 1er à 17 sont repris de l'annexe I du document A/55/17. Les projets d'articles 18 à 44 du projet de convention et les projets d'articles 1er à 7 de l'annexe sont repris de l'annexe I du document A/CN.9/466.

B. Commentaire analytique sur le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international: note du secrétariat (A/CN.9/489 et Add.1) [Original: anglais]

A/CN.9/489

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	Pages
INTRODUCTION	1-3	111
I. COMMENTAIRE ANALYTIQUE	4-133	112
A. Titre et préambule	4-13	112
B. Chapitre premier. Champ d'application	14-57	114
Structure du chapitre premier	14	114
Article premier. Champ d'application	15-24	115
Article 2. Cession de créances	25-37	117
Article 3. Internationalité	38-41	119
Article 4. Exclusions	42-57	120
C. Chapitre II. Dispositions générales	58-81	122
Article 5. Définitions et règles d'interprétation	58-77	122
Article 6. Autonomie des parties	78	126
Article 7. Principes d'interprétation	79-81	126
D. Chapitre III. Effets de la cession	82-109	127
Observations générales	82	127
Article 8. Forme de la cession	83	127
Article 9. Efficacité de la cession d'un ensemble de créances, de créances futures et de fractions de créances	84-95	127
Article 10. Date de la cession	96-98	129
Article 11. Limitations contractuelles de la cession	99-104	130
Article 12. Transfert de sûretés	105-109	131
E. Chapitre IV. Droits, obligations et exceptions	110-133	132
1. Section I. Cédant et cessionnaire	110-130	132
Objet de la section I	110	132
Article 13. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire	111-113	132
Article 14. Garanties dues par le cédant	114-120	133
Article 15. Droit de notifier la cession au débiteur	121-126	135
Article 16. Droit du cessionnaire à recevoir paiement	127-130	136
2. Section II. Débiteur	131-133	137
Article 17. Principe de protection du débiteur	131-133	137

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,

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

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 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[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, le Groupe de travail est convenu que le secrétariat reverrait le commentaire et le présenterait à la Commission à sa trente-troisième session, devant se tenir à New York du 12 juin au 7 juillet 2000[7]. À cette session, la Commission a adopté les articles 1er à 17 du projet de convention et a renvoyé au Groupe de travail les articles 18 à 44 du projet ainsi que les articles 1er à 7 de l'annexe du projet. Elle a prié le Groupe de travail d'accomplir sa tâche avec diligence de manière à lui présenter le projet de convention à sa trente-quatrième session, devant se tenir à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001[8]. La Commission a également prié le secrétariat d'établir une version révisée du commentaire et de la lui présenter à sa trente-quatrième session[9]. Le Groupe de travail s'est réuni à Vienne du 11 au 22 décembre 2000 et a adopté les articles 18 à 47 du projet de convention ainsi que les articles 1er à 9 de l'annexe du projet[10].

3. La présente note a été établie conformément à la demande de la Commission. Elle expose succinctement les raisons de l'adoption de telle ou telle disposition, ainsi que ses principaux objectifs, tout en fournissant 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 sessions du Groupe de travail et de la Commission[11]. La présente note, qui porte sur les articles 1er à 17 du projet de convention, se fonde sur le texte du projet que le Groupe de travail a adopté à sa dernière session, tenue à Vienne du 11 au 22 décembre 2000. Le commentaire sur les articles restants du projet sera publié ultérieurement.

I. COMMENTAIRE ANALYTIQUE

A. TITRE ET PRÉAMBULE

Projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international

Préambule

Les États contractants,

Réaffirmant leur conviction que le commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels constitue un élément important susceptible de promouvoir les relations amicales entre les États,

Considérant que les problèmes créés par les incertitudes quant à la teneur et au choix du régime juridique applicable 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:

Références

A/CN.9/420, par. 14 à 18; A/CN.9/434, par. 14 à 16; A/CN.9/455, par. 157 à 159; A/CN.9/445, par. 120 à 124; A/CN.9/456, par. 19 à 21 et 60 à 65; et A/55/17, par. 181 à 183.

Commentaire

Titre

4. Le projet de convention vise un large éventail de pratiques liées aux cessions (pour une description suc-

[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.

[3]Le rapport du Groupe de travail est 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]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17*, A/55/17, par. 186 à 188.

[9]Ibid., par. 190 et 191. Le commentaire dont la Commission était saisie à sa trente-troisième session est publié sous la cote A/CN.9/470.

[10]A/CN.9/486.

[11]Pour éviter toute confusion, les anciens numéros des articles, qui ont été plusieurs fois modifiés 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.9/486 indique la renumérotation finale des articles.

cincte de ces pratiques, voir par. 7 à 13; pour une définition des termes "cession", "créance", "cédant", "cessionnaire" et "débiteur", voir article 2). Il porte essentiellement sur les pratiques de financement. Toutefois, son titre ne fait pas référence au financement, ceci pour ne pas donner 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 garantie contre la défaillance des débiteurs, ou encore des services de comptabilité ou de recouvrement).

5. La référence au commerce international vise à traduire l'objet général du projet de convention, qui est de faciliter le mouvement des biens et des services entre les pays, et à faire clairement ressortir que le projet s'applique aux cessions ayant un élément international et commercial. Toutefois, elle n'a pas pour but de restreindre le champ d'application du projet de convention, par exemple, aux seules cessions de créances s'inscrivant dans le commerce international, à l'exclusion des cessions de créances nationales, ou aux seules cessions internationales de créances nationales, à l'exclusion des cessions nationales de créances internationales. En outre, la référence au commerce international ne devrait pas être interprétée comme signifiant que le projet de convention ne peut en aucun cas avoir une incidence sur les cessions nationales de créances nationales. De telles cessions sont visées par l'article 24, qui renvoie un conflit entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger de créances nationales à la loi du lieu où est situé le cédant (sur cette question, voir également par. 21 et 22). Elles le sont aussi par l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article premier, conformément auquel le projet de convention peut s'appliquer à une cession nationale d'une créance nationale dans une série de cessions si une cession antérieure entre dans son champ d'application. En outre, la référence au commerce international ne vise pas à exclure les cessions de créances sur consommateurs (sur cette question, voir par. 36, 103 et 132).

Préambule

6. 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, ce qui est 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 s'agissant 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.

Opérations visées

7. Compte tenu du sens large donné au terme "créance" à l'alinéa *a* de l'article 2 ("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 fourniture de marchandises, de travaux de construction ou de services entre entreprises), de créances sur consommateurs (nées d'opérations impliquant des consommateurs) et de créances souveraines (nées d'opérations avec une administration ou une personne publique). Afin de préciser le contexte de l'application du projet de convention, on décrit brièvement ces pratiques dans les paragraphes qui suivent. La liste ne saurait être exhaustive étant donné, en particulier, que de nouvelles pratiques se développent rapidement.

8. Sont tout d'abord visées des techniques de financement traditionnelles liées aux créances commerciales, telles que le financement reposant sur l'actif, l'affacturage et le forfaitage. Les mécanismes de crédit permanent et le financement d'achat sont les formes les plus courantes de financement reposant sur l'actif. Dans un mécanisme de crédit permanent, l'emprunteur bénéficie de prêts sur demande, qui sont assortis d'une sûreté soit sur toutes ses créances existantes et futures, soit sur son stock (à savoir un ensemble renouvelable de marchandises qui sont achetées, stockées et vendues régulièrement), soit encore sur les deux. L'emprunteur a généralement recours à ce type de prêt pour financer ses besoins permanents en fonds de roulement. Le montant des prêts accordés dans le cadre de ce mécanisme correspond à un pourcentage déterminé de la valeur de la sûreté. Ce pourcentage (généralement appelé "taux d'avance") est fixé par le prêteur, à partir de son estimation du montant qu'il obtiendrait de la sûreté s'il devait l'utiliser pour se rembourser. En règle générale, ce taux varie entre 70 % et 90 % pour des sûretés sous forme de créances et entre 40 % et 60 % pour des sûretés sous forme de stock. Le mécanisme de crédit permanent, d'un point de vue économique, donne de très bons résultats et est généralement considéré comme avantageux pour l'emprunteur, puisqu'il vise à faire correspondre les emprunts avec le cycle d'exploitation de l'emprunteur (à savoir l'acquisition d'un stock, sa mise en vente, la constitution de créances, leur recouvrement et l'acquisition d'un nouveau stock pour recommencer le cycle).

9. L'expression "financement d'achat" désigne un arrangement financier dans lequel un vendeur de marchandises ou d'autres biens octroie un crédit à l'acheteur pour lui permettre d'acquérir les biens en question ou dans lequel un créancier octroie un crédit ou un prêt à l'acheteur pour lui permettre cette acquisition. Dans les deux cas, le vendeur ou le créancier recevra une sûreté sur le bien, en garantie du crédit ou du prêt accordé, et sur les créances en découlant. Une forme courante de ce type de financement est le financement sur stocks, dans lequel un créancier accorde des prêts permettant à un débiteur de financer l'acquisition d'un stock. Ce type de prêt est souvent accordé aux débiteurs qui vendent des produits, tels que des automobiles, des camions ou d'autres véhicules, des ordinateurs et des gros appareils ménagers. Dans ce type d'arrangement, les créanciers sont généralement des organismes financiers associés aux fabricants. Ils prennent

habituellement une sûreté sur le stock et sur toute créance qui naîtra de la vente de ce stock. Une autre forme courante de financement d'achat est le financement de commande, dans lequel le créancier octroie généralement des fonds pour permettre au débiteur d'exécuter certaines commandes, ce dernier devant souvent acheter des stocks pour ce faire. Le prêt sera garanti par les commandes, le stock acheté et les créances subséquentes. Le financement d'achat a, entre autres avantages pour le débiteur, celui de promouvoir la concurrence en ce qu'il permet à ce dernier de choisir différents créanciers pour financer différents éléments de son activité de la manière la plus rationnelle et la plus rentable.

10. L'affacturage, sous sa forme la plus courante, est la vente simple d'un grand nombre de créances avec ou sans recours en cas de défaillance du débiteur. Le forfaitage est sous sa forme basique la vente simple et sans recours de créances uniques portant sur des montants élevés, qu'elles soient ou non incorporées dans un effet de commerce. 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 s'ajoutent 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 compte clients, 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"). Cette deuxième cession est réalisée à des fins de recouvrement et les facteurs n'ont 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.

11. Le projet de convention couvre également des techniques de financement novatrices, telles que la titrisation et le financement de projet sur la base des recettes escomptées. 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. Cette séparation protège également les créances en cas d'insolvabilité de l'initiateur. 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.

12. 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 hydroélectriques sont financés sur la base de la garantie de recettes provenant des redevances payées pour l'électricité, les réseaux 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 pour des besoins personnels, familiaux ou domestiques (voir alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 4) n'entraînera pas l'exclusion des créances sur consommateurs.

13. De nombreuses autres formes d'opérations seront également visées, parmi lesquelles le refinancement de prêts pour améliorer le rapport capital-obligations ou pour diversifier un portefeuille, les crédits consortiaux et la cession de l'obligation éventuelle de la compagnie d'assurances de payer au moment du préjudice. Seront également visées des pratiques liées à la cession de créances immobilières ou de créances sur des matériels d'équipement aéronautique ainsi que de créances nées de certaines opérations financières (par exemple les créances apparaissant après la liquidation de toutes les opérations dans le cadre de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale; voir alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 4 et paragraphe 47).

B. CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION

Commentaire

Structure du chapitre premier

14. 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 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). L'article 4 porte sur les opérations exclues. L'article 5 (définitions et règles d'interprétation) se trouve au chapitre II du projet, car les termes qui y sont définis ne se rapportent pas essentiellement à des questions de 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, à la date 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 obligations du débiteur, à moins qu'à la date de la conclusion du contrat initial ce dernier ne soit situé dans un État contractant ou que la loi régissant le contrat initial 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 39.

5. L'annexe de la présente Convention s'applique comme il est prévu à l'article 42.

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; A/55/17, par. 13 à 17; et A/CN.9/486, par. 70 à 75.

Commentaire

Champ d'application matérielle et territoriale

15. En vertu de l'article premier, le projet de convention s'applique aux cessions de créances (pour une définition des termes "cession", "cession subséquente", "créance", "cédant", "cessionnaire" et "débiteur", voir article 2). Mais cette application est subordonnée à deux conditions: d'une part, l'existence d'un élément d'internationalité (pour une exception, voir alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article premier) et, d'autre part, celle d'un lien territorial entre certaines parties et un État contractant (pour une exception, voir par. 4 de l'article premier). 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 (pour les commentaires sur l'internationalité, voir par. 38 à 41). 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 celles qui sont 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 un 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 par. 67 à 69).

16. Cette approche 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. Elle tient également compte du fait que l'application des dispositions du projet de convention autres que celles qui ont trait aux droits et obligations du débiteur serait sans incidence pour ce dernier et que, par conséquent, le lieu de situation du débiteur (ou la loi régissant le contrat initial) ne devrait pas avoir d'importance pour leur application. Elle tient en outre compte du fait que l'exécution interviendrait normalement là où est situé le cédant ou le débiteur, et qu'il n'est donc pas nécessaire de faire référence au lieu où est situé le cessionnaire.

17. 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. En outre, le fait de se fonder sur de telles règles pour l'application du projet de convention pourrait donner lieu à des incertitudes. Le droit international privé relatif à la cession n'est pas uniforme et, en tout état de cause, 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, les tribunaux d'un État non contractant ne peuvent être empêchés d'appliquer tout au moins les règles de droit matériel du projet dans le cadre de la loi désignée par leurs règles de droit international privé (si le renvoi est interdit par la loi du for, les règles de droit international privé du projet de convention ne seraient pas applicables en l'espèce; pour une explication du terme "renvoi", voir par. 70).

18. En vertu du paragraphe 3 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 le contrat d'où naît la créance cédée ("contrat initial", voir alinéa *a* de l'article 5). Dans ce cas de figure, une approche différente est adoptée pour le champ d'application territoriale du projet de convention, car les deux lois visées seraient connues du débiteur. Dans le prolongement du paragraphe 1, le paragraphe 3 de l'article premier dispose que le débiteur doit être situé dans un État contractant ou que le contrat initial doit être régi par la loi d'un État contractant à la date de la conclusion dudit contrat. Cette approche a été adoptée pour assurer la prévisibilité de l'application du projet de convention

s'agissant du débiteur (la même approche est suivie à l'article 40). Il s'ensuit, toutefois, dans le cas d'une cession nationale de créances futures, que les parties ne seraient pas en mesure de déterminer (du moins avant l'apparition des créances futures) si le projet de convention s'appliquerait aux droits et obligations du débiteur (pour un problème connexe concernant les créances futures faisant l'objet d'une cession nationale, voir par. 40 et 41).

Cessions subséquentes

19. Le projet de convention s'applique également aux cessions subséquentes, qui peuvent être effectuées, par exemple, dans le contexte d'opérations internationales d'affacturage, de titrisation et de refinancement, à la seule condition que toute cession antérieure soit régie par le projet de convention. 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 de traiter les questions associées aux cessions de façon uniforme (*continuatio juris*).

20. Le projet de convention s'applique aussi aux cessions subséquentes qui en soi relèvent de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'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. Cette approche s'écarte du principe de *continuatio juris.* Elle vise toutefois à assurer 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 soient pas 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 par. 21 et 22).

Relation avec le droit national

21. 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 des cédants protégés, par exemple, par des dispositions du droit national interdisant les cessions de créances futures ou les cessions globales, ne seraient pas indûment lésés (voir par. 94). 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. Le projet de convention exige que le débiteur soit situé dans un État contractant (ou que la loi régissant le contrat initial soit la loi d'un État contractant) et limite les effets d'une cession sur le débiteur à ceux qui sont décrits dans les articles 19 à 23.

22. 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 (voir article 24 et alinéa *m* de l'article 5). En outre, un conflit entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger de créances nationales n'est pas visé par le projet de convention à moins que le cédant soit situé dans un État contractant (voir alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier). Cet État, selon la définition retenue dans le cas d'une cession nationale d'une créance nationale, serait l'État dans lequel le débiteur national et le cessionnaire national sont situés (voir article 3). Toutefois, différentes lois peuvent s'appliquer en cas de conflit entre une cession effectuée par une succursale et une cession double des mêmes créances effectuée par le siège, par exemple si la succursale ou le siège est situé dans un État non contractant dans lequel le conflit est renvoyé à la loi du lieu où est situé la succursale, alors que dans le projet de convention il serait renvoyé à la loi du lieu où est situé le siège (voir alinéa *h* de l'article 5).

Champ d'application du chapitre V

23. En vertu du paragraphe 4 de l'article premier, le chapitre V s'applique aux cessions comportant un élément international tel que défini à l'article 3, qu'il existe ou non un lien territorial entre une cession et un État contractant. Le champ d'application du chapitre V est limité aux opérations internationales telles que définies à l'article 3. Afin de réduire toute possibilité de conflit avec d'autres conventions traitant de questions de droit international privé relatives à la cession[12], le paragraphe 4 de l'article premier autorise les États à exclure l'application de ce chapitre. D'un autre côté, le champ d'application du chapitre V dépasse celui des autres dispositions du projet de convention, car ce chapitre s'applique indépendamment de tout lien territorial avec un État contractant. De ce fait, le chapitre V peut remplir une double fonction. Il peut compléter les autres dispositions du projet de convention, ou offrir une seconde possibilité d'unification, constituant une miniconvention comme le chapitre VI de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 1995).

Application de l'annexe

24. L'article 24 du projet de convention soumet les questions de priorité à la loi du lieu dans lequel est situé le cédant (pour la définition de la notion de "localisation", voir alinéa *h* de l'article 5). Attendu que certains États ont peut-être besoin de moderniser ou d'adapter leurs règles de priorité, le paragraphe 5 de l'article premier autorise les États à opter pour l'une des règles de priorité de droit matériel énoncées à l'annexe. L'article 42 précise l'effet d'une déclaration faite au titre du paragraphe 5 de l'article premier.

[12]Par exemple, 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").

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.

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; et A/55/17, par. 18 à 24.

Commentaire

Cession et contrat de cession ou contrat de financement

25. Comme la plupart des systèmes juridiques, le projet de convention reconnaît la distinction entre la cession proprement dite en tant que transfert de biens et le contrat de cession en tant qu'opération créant des obligations personnelles (en d'autres termes, entre la cession et sa cause, à savoir une vente, un accord de garantie, un don ou un paiement). Toutefois, il ne traite pas de la relation entre la cession et le contrat de cession. En particulier, le projet de convention n'aborde pas la question de savoir si l'efficacité d'une cession est subordonnée à la validité du contrat, question qui est traitée différemment d'un système juridique à l'autre. En outre, il 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, de protection contre la défaillance du débiteur, de gestion des risques, de diversification de portefeuille ou autres. Une référence à l'objectif "financement" d'une opération pourrait créer un régime spécial pour les cessions à des fins de financement, même si un tel régime n'est pas nécessaire. Elle pourrait également avoir pour effet d'exclure inutilement du champ d'application du projet de convention des opérations importantes où des services et non un financement seraient fournis. Par ailleurs, une référence à l'objectif "commercial" de l'opération pourrait donner lieu à des incertitudes, car il n'est ni possible, ni souhaitable de donner une définition uniforme de ce terme dans une convention.

Questions contractuelles

26. Le projet de convention ne traite pas de questions contractuelles autres que celles qui font l'objet des articles 13 à 16 et 29. Par exemple, le point de savoir si "une contrepartie, un crédit ou des services" sont fournis ou promis au moment de la cession ou antérieurement n'est mentionné ni à l'article 2 ni dans aucune autre disposition du projet, car il relève du contrat de cession ou du contrat de financement. En conséquence, le projet de convention s'appliquerait aux cessions effectuées tant à titre onéreux qu'à titre gratuit.

Transfert par convention

27. Afin de faire entrer dans le champ d'application du projet de convention, outre les cessions, d'autres pratiques impliquant 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 tant 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. Bien que visées en théorie par les législations nationales en vigueur, ces pratiques ne peuvent être suffisamment développées en raison des limitations que les règles impératives et les considérations d'ordre public du for imposent à l'application de la législation nationale 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) et les cessions unilatérales (à savoir, sans l'acceptation du cessionnaire, qu'elle soit expresse ou tacite).

28. Sont visés à la fois les transferts purs et simples, y compris ceux effectués à des fins de garantie, et les cessions à titre de garantie. Afin d'éviter toute ambiguïté sur ce point, l'alinéa *a* de l'article 2 aborde celui-ci expressément et 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. Compte tenu des grandes divergences existant entre les systèmes juridiques dans la classification des cessions, cette question est laissée à d'autres lois applicables en dehors du projet de convention. Une cession à titre de garantie pourrait en fait posséder les attributs d'un transfert pur et simple, alors qu'un transfert pur et simple pourrait être utilisé à titre de garantie.

Forme nationale et clause d'option positive

29. Les conditions d'application du projet de convention sont uniquement celles qui sont énoncées au chapitre premier. En particulier, la cession n'est soumise à aucune condition de forme particulière pour que le projet de convention s'applique. En fait, l'article 8 renvoie les questions de forme à la loi applicable en dehors du projet de convention. En outre, il n'est pas nécessaire que les parties à une cession indiquent d'une quelconque manière leur volonté de se soumettre au projet de convention. Si les parties situées dans un État contractant choisissent quoi qu'il en soit d'appliquer le projet, leur convention ne doit pas avoir d'incidence sur les droits du débiteur et d'autres tiers, conformément à l'article 6. Si les parties sont situées dans un État non contractant, la loi régissant le choix par les parties de la loi applicable en déterminerait les effets.

"Une personne à une autre personne"

30. Le cédant comme 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 (alinéa *a* du paragraphe 1 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 ou encore 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. La Commission étant convenue que 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 plusieurs créances). Toutefois, dans la détermination du champ d'application territoriale ou de l'internationalité, chaque cession doit être considérée comme une cession distincte et satisfaire aux conditions énoncées au chapitre premier pour que le projet de convention s'applique (pour les cas mettant en jeu plusieurs débiteurs, voir par. 37). Dans le cas d'une cession à un mandataire agissant pour le compte de plusieurs personnes, pour savoir s'il y a un ou plusieurs cessionnaires, il faut connaître le pouvoir exact que détient le mandataire, question qui doit être tranchée par la loi applicable en dehors du projet de convention. Si le mandataire agit en simple intermédiaire recevant la correspondance et la faisant suivre aux personnes qu'il représente pour instructions, puis transmettant les instructions, il peut y avoir cession à plusieurs personnes, au nom desquelles agit le cessionnaire. Si le mandataire a le pouvoir de prendre des décisions au nom des personnes qu'il représente, il peut y avoir cession à une seule personne.

"Droit contractuel du cédant au paiement d'une somme d'argent"

31. Le projet de convention s'applique à la cession de créances nées de tout type de contrat, dans le sens le plus large du terme, que ce contrat existe au moment de la cession ou non. Ce qu'on entend par droit "contractuel" est une question d'interprétation conformément à la loi régissant ce droit. Toutefois, les créances contractuelles visées par le projet incluent les créances nées de contrats de fourniture de marchandises, de travaux de construction ou de services. La cession de ce type de créances est visée, que les contrats initiaux correspondants soient des opérations commerciales ou à des fins de consommation. Par exemple, les recettes provenant de routes à péage sont des créances contractuelles, car l'usager accepte tacitement l'offre faite implicitement par l'entité publique ou privée exploitant ce type de routes. La cession de créances sous forme de redevances découlant de l'octroi de licences touchant la propriété intellectuelle est également visée, de même que la cession de dommages-intérêts pour contravention à un contrat et d'intérêts (si ces derniers étaient dus en vertu du contrat initial) ou encore de dividendes (provenant d'actions, qu'ils aient été déclarés au moment de la cession ou qu'ils soient nés après la cession). En revanche, la cession de créances nées de produits dérivés, de lettres de crédit ou de comptes de dépôt est exclue (voir article 4). De même, 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 est exclu, à moins que ces créances ne soient incorporées dans un accord de transaction.

32. En principe, le droit du vendeur (cédant) sur toute marchandise restituée (par exemple, si elle est défectueuse) n'est pas une créance. Il est toutefois traité comme une créance dans la relation entre le cédant et le cessionnaire s'il remplace la créance cédée (voir alinéa *j* de l'article 5 et article 16). En outre, les droits non monétaires convertibles en une somme d'argent sont des créances dont la cession est prise en compte. Si la conversion est prévue dans le contrat initial, ce résultat est implicite à l'article 2. Si au contraire elle n'est pas prévue dans le contrat initial, il est envisagé, conformément à ce qui a été décidé, de prendre en compte la cession de droits non monétaires convertis en dommages-intérêts pour contravention au contrat.

Droits à exécution non monétaires

33. La cession d'autres droits contractuels, non monétaires (par exemple le droit à exécution, le droit de déclarer la résolution du contrat), n'est pas visée. Dans la mesure où les cessionnaires se fondent non pas sur les créances mais sur ces droits à exécution non monétaires, la cession de tels droits soit ne fait pas partie d'opérations importantes, soit peut être interdite lorsque le droit à exécution est un droit personnel. 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 en principe ferait fond essentiellement sur les créances. S'agissant de la délégation d'obligations, celle-ci n'est pas visée, car elle soulève des questions allant bien au-delà du champ d'application souhaitable du projet de convention.

Fractions de créances ou droits indivis sur des créances

34. Parmi les pratiques importantes visées par le projet de convention figure la cession de fractions de créances ou de droits indivis sur des créances (par exemple la titrisation, les prêts consortiaux et la participation). L'efficacité de ces cessions partielles n'est pas reconnue dans tous les systèmes juridiques. C'est pourquoi l'article 9 les valide. En outre, afin d'éviter toute incertitude quant à savoir si l'ensemble du projet de convention s'y applique, l'article 2 y fait expressément référence, ce qui est particulièrement utile pour l'application des dispositions relatives à la protection du débiteur aux cas dans lesquels la créance serait partiellement cédée à plusieurs cessionnaires (s'agissant du paiement libératoire du débiteur en cas de notification de la cession d'une fraction de créances, voir le paragraphe 6 de l'article 19).

Droits personnels (cessibilité légale)

35. Le projet de convention traite la question de la cession de droits personnels (par exemple les salaires, les

pensions ou les polices d'assurance) et de droits dont la cession est interdite par la loi (par exemple les créances souveraines) sous l'angle de l'efficacité et non du champ d'application. Ainsi, l'article 2 n'exclut pas la cession de droits personnels (dans le cadre, par exemple, de pratiques de financement importantes telles que le financement des services d'emploi temporaire). Si ce type de cession n'est pas interdit par la législation nationale, le projet de convention en reconnaît l'efficacité. Si, au contraire, ces cessions sont interdites par la législation nationale, il n'a aucune incidence sur cette interdiction (paragraphe 3 de l'article 9).

"[Due par] une troisième personne" (commerçant, consommateur, collectivité ou autre entité publiques)

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. Contrairement à la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international ("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 (alinéa *a* du paragraphe 1 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 (voir par. 103 et 132).

37. La cession de créances dues par une collectivité ou une entité publiques est aussi prise en compte, à moins que cette cession ne soit interdite par la loi (voir paragraphe 3 de l'article 9). Toutefois, l'État dans lequel le débiteur souverain est situé peut formuler une réserve à propos de la règle énoncée à l'article 11 selon laquelle les cessions ont effet nonobstant toute limitation contractuelle à la cession (voir article 40). 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, ne sont pas visées par le projet de convention (voir article 4 et par. 47 à 54). En revanche, 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 visée, sous réserve que le contrat initial soit régi par la loi d'un État contractant. Si, par ailleurs, un ou plusieurs débiteurs, mais pas tous, sont situés dans un État contractant, chaque opération devrait être considérée comme une opération indépendante de manière à garantir la prévisibilité concernant la situation juridique du débiteur.

Article 3. *Internationalité*

Une créance est internationale si, à la date de la conclusion du contrat initial, le cédant et le débiteur sont situés dans des États différents. Une cession est internationale si, à la date 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; et A/55/17, par. 25 et 26.

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 Commission ou par d'autres organisations, définit l'internationalité par référence au lieu où sont situées les parties (pour une définition de la "localisation", voir alinéa *h* de l'article 5). 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. 30 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 entrer dans le champ d'application du 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 et 20).

39. Le caractère international d'une cession est déterminé à la date où celle-ci est effectuée, tandis que l'internationalité d'une créance est déterminée à la date de la conclusion du contrat initial ("au moment où elle naît"). Le changement du lieu de situation des parties après la date considérée ne rend pas une cession ou une créance internationale nationale et vice versa. La détermination de l'internationalité d'une créance au moment où elle naît se justifie par le fait qu'un cédant éventuel ou un débiteur a besoin de savoir, au moment de la conclusion du contrat initial, quelle loi pourrait s'appliquer à une cession éventuelle. Une telle information est importante pour que le cédant et, partant, le débiteur, puissent déterminer si et à quel coût ils peuvent obtenir un crédit.

40. Toutefois, dans le cas d'une cession nationale d'un ensemble de créances nationales et internationales futures, il s'ensuit que les parties ne pourront peut-être pas déterminer, au moment de la cession, si le projet de convention s'appliquera à la fraction de la cession qui porte sur les créances internationales. 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. 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.

41. Les parties à une cession nationale d'un ensemble de créances nationales et internationales futures devront donc structurer leurs opérations d'une certaine manière pour éviter ce problème (par exemple en s'abstenant de céder dans une même transaction à la fois des créances nationales et des créances internationales futures). Si elles ne sont toutefois 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 les cas où des créances nationales et internationales sont cédées. En outre, le projet de convention permet aux parties de remédier plus facilement au problème, du moins dans la mesure où les parties à une cession nationale auront affaire à deux lois seulement, à savoir la loi du pays où sont situés le cédant et le cessionnaire et le projet de convention.

Article 4. *Exclusions*

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

a) À un particulier pour ses besoins personnels, familiaux ou domestiques;

b) Au moyen de la remise d'un effet de commerce, avec endossement, si nécessaire;

c) 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 attachées 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 de paiement interbancaire, 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 concurrent d'un cessionnaire 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 énumérées dans une déclaration faite au titre de l'article 41 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 ou l'État dont la loi est celle qui régit le contrat initial.]

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 77, 78 à 86 et 192 à 195; et A/55/17, par. 27 à 109 et 152.

Commentaire

42. 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

43. L'alinéa *a* du paragraphe 1 exclut du champ d'application du projet de convention les cessions de créances commerciales ou de créances sur consommateurs 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. Ces cessions n'ont pas d'importance pratique. En conséquence, les cessions de créances nées d'opérations impliquant des consommateurs ne sont pas exclues, à moins qu'elles ne soient faites à un consommateur pour ses besoins de consommation.

Cessions d'effets de commerce

44. Afin d'éviter toute atteinte aux droits de personnes découlant du droit cambiaire (à savoir du porteur de l'effet et du débiteur correspondant), l'alinéa *b* du paragraphe 1 exclut les transferts d'effets de commerce (à savoir les lettres de change, les billets à ordre, les chèques et titres au porteur). La principale raison en est que le droit cambiaire est une branche distincte du droit qui traite certaines questions essentielles suivant une approche différente de celle adoptée dans le projet de convention. Par exemple, en droit cambiaire, si le débiteur paie un bénéficiaire qui n'est pas le détenteur légitime, il reste obligé envers ce dernier. De même, une personne qui acquiert l'effet en pensant qu'il a une cause initiale valable, sans avoir connaissance d'éventuelles exceptions cachées opposables au transférant, n'est pas soumise à ces exceptions.

45. Compte tenu du principe sur lequel repose l'alinéa *b* du paragraphe 1, l'accent est placé sur la négociation d'un effet (à savoir la remise avec endossement, si celui-ci est nécessaire). De ce fait, les transferts d'effets à l'ordre du porteur par remise et endossement ainsi que les transferts de titres au porteur par remise sont exclus. Au contraire, les transferts d'effets par simple remise sans endossement nécessaire ne le sont pas. En outre, si une créance existe à la fois en vertu d'un contrat et sous la forme d'un effet de commerce, sa cession n'est pas exclue. Les créances nées d'un contrat sont souvent incorporées dans un effet de commerce uniquement dans le but d'obtenir paiement au moyen d'une procédure en référé, si nécessaire.

Cessions de créances lors de l'achat d'entreprises

46. L'alinéa *c* du paragraphe 1 exclut 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. Cependant, les cessions effectuées en faveur d'une institution finançant la vente (ou entre deux entités ou plus aux fins de la restructuration ou du refinancement de la dette) ne sont pas exclues.

Cessions de créances "financières"

47. Le paragraphe 2 exclut un certain nombre de pratiques pour lesquelles le projet de convention (par exemple les dispositions relatives aux garanties, aux limitations contractuelles de la cession, à la compensation et à la priorité) ne conviendrait pas. Contrairement aux pratiques visées par le paragraphe 3 de l'article 11 et le paragraphe 3 de l'article 12 pour lesquelles l'application des articles 11 et 12 uniquement est exclue, les pratiques mentionnées au paragraphe 2 de l'article 4 sont exclues du champ d'application de l'ensemble du projet de convention. Cette différence d'approche tient au fait que le projet de convention ne s'appliquerait jamais aux pratiques énumérées au paragraphe 2 de l'article 4, tandis que son application aux pratiques énumérées au paragraphe 3 de l'article 11 et au paragraphe 3 de l'article 12 serait subordonnée à l'existence d'une convention de non-cession et à l'effet donné à une telle convention par la loi qui la régit.

48. Le critère d'exclusion appliqué à l'alinéa *a* n'est pas la nature de l'actif faisant l'objet de l'opération mais le mode de règlement utilisé. En outre, ne sont pas exclues toutes les opérations réglementées, mais uniquement les opérations effectuées sur un marché boursier réglementé (par exemple la bourse des valeurs mobilières, la bourse des marchandises, la bourse des devises, la bourse des métaux précieux). De ce fait, les opérations sur des valeurs mobilières, des marchandises, des devises, ou des métaux précieux effectuées en dehors d'un marché boursier réglementé (et en dehors des conventions de compensation globale exclues à l'alinéa *b*) ne sont pas exclues (par exemple l'affacturage du produit de la vente d'or ou d'autres métaux précieux).

49. L'alinéa *b* exclut les "contrats financiers" régis par des conventions de compensation globale (pour les commentaires sur les définitions correspondantes, voir par. 72 à 75). 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 — en d'autres termes un paiement — de la chaîne par voie de cession, le risque de crédit sur la base duquel une partie a pris part à l'opération peut changer. Un tel changement pourrait mettre en péril toute l'opération ou avoir un effet préjudiciable sur le coût du crédit, ce qui irait à l'encontre de l'objectif général du projet de convention. 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.

50. Les pratiques régies par les conventions de compensation globale entre deux entreprises commerciales autres que des institutions financières ("compensation globale à caractère non financier") ne sont pas exclues. Aucune disposition du projet de convention ne porterait atteinte à de telles pratiques. En outre, l'exclusion de ces pratiques pourrait entraîner involontairement l'exclusion d'opérations commerciales importantes au seul motif que le cédant avait conclu une convention de compensation globale avec le débiteur. La cession d'une créance payable à liquidation d'une convention de compensation globale n'est pas exclue non plus, car, en l'espèce, on ne risque pas de compromettre la réciprocité des obligations (voir également alinéa *d* du paragraphe 3 de l'article 11 et alinéa *d* du paragraphe 4 de l'article 12).

51. À l'alinéa *c*, les créances nées de dépôts bancaires sont exclues. En effet, certaines dispositions du projet de convention (par exemple alinéa *h* de l'article 5 et articles 11, 12, 19, 20 et 24) peuvent perturber la relation normale entre une institution financière et un titulaire de compte et gêner l'octroi de crédits contre nantissement du compte à titre de garantie.

52. L'exclusion énoncée à l'alinéa *d* se justifie par le fait qu'il est nécessaire d'éviter d'empiéter sur la réglementation relative aux systèmes (plus de deux parties) ou aux accords (deux parties) de paiement interbancaire et aux systèmes de règlement des opérations sur valeurs mobilières (qui font normalement intervenir plus de deux parties, mais qui peuvent, dans certains pays, n'en faire intervenir que deux). Ces systèmes sont exclus à l'alinéa *d* (et non à l'alinéa *b*), puisqu'ils fonctionnent dans le cadre ou en dehors de conventions de compensation globale.

53. Les cessions de créances nées d'une lettre de crédit ou d'une garantie indépendante sont également exclues (voir alinéa *e*). Ce type de cession donne lieu à des considérations particulières et fait l'objet de textes spéciaux, de caractère législatif ou autre, comme la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU500), les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD) et les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by (RPIS98).

54. L'alinéa *f* traite des opérations portant sur des valeurs mobilières effectuées en dehors d'un marché boursier réglementé (voir alinéa *a*) ou d'une convention de compensation globale (alinéa *b*). La détention directe (par le titulaire) ou indirecte (par un intermédiaire) de valeurs mobilières sous forme papier ou dématérialisée est exclue, puisqu'elle peut engendrer des créances, comme le solde d'un compte de valeurs mobilières ou les dividendes provenant de valeurs mobilières. L'alinéa *f* exclut également les opérations réalisées par remise matérielle ou par inscription dans les registres comptables d'un intermédiaire détenant les valeurs mobilières sous forme papier ou dématérialisée.

Cessions de créances immobilières

55. Le paragraphe 3 a principalement pour objet d'assurer que le projet de convention n'affecte pas les marchés immobiliers nationaux. L'alinéa *a* vise à garantir que le projet de convention ne s'appliquera pas à un conflit de priorité entre le détenteur d'un droit sur un immeuble et le cessionnaire de créances nées de la vente ou de la location de cet immeuble ou encore garanties par ce dernier. Un tel conflit peut survenir si un droit sur un immeuble est étendu à des créances liées à ce même immeuble. Par exemple, il est normal pour celui qui finance l'acquisition d'un immeuble ou encore la construction ou la rénovation de bâtiments d'obtenir une hypothèque lui donnant un droit sur les revenus futurs tirés de l'immeuble ou des bâtiments. La priorité des droits du financier est normalement déterminée par la loi du pays où est situé l'immeuble. Toutefois, si le droit du financier sur les créances ne découle pas de son droit sur le bien immeuble, la cession des créances n'est pas exclue. Dans le cas contraire, la simple existence d'une hypothèque pourrait avoir involontairement pour effet d'exclure du champ d'application du projet de convention d'importantes pratiques de financement par cession de créances qui sont actuellement régies de manière appropriée par les législations nationales sur la cession de créances.

56. L'alinéa *b* a pour but de garantir que le projet de convention sera sans incidence sur les interdictions légales existant en ce qui concerne l'acquisition de droits sur un immeuble par un cessionnaire de créances liées à cet immeuble. De ce fait, si le paiement de la créance cédée est garanti par une hypothèque, nonobstant l'article 12, le cessionnaire n'obtiendrait pas cette hypothèque si elle n'était pas transférable en vertu de la loi. En outre, l'alinéa *b* vise à compléter les mesures de protection des détenteurs de droits sur des créances immobilières prévues au paragraphe 3 de l'article 9 (interdictions légales), au paragraphe 5 de l'article 12 (conditions de formes) et au paragraphe 1 de l'article 25 (ordre public).

Exclusions par voie de déclaration

57. Pour rendre le projet de convention plus acceptable, le paragraphe 4, qui figure entre crochets puisqu'il n'a pas encore été adopté, donne aux États la possibilité d'exclure d'autres pratiques, actuelles ou futures.

C. CHAPITRE II. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 5. *Définitions et règles 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 qui naît avant ou à la date de la conclusion du contrat de cession et 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 qu'elle 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 nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation des actifs 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 actifs 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; ou

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

m) Le terme "réclamant concurrent" désigne:

i) Un autre cessionnaire de la même créance provenant du même cédant, y compris un créancier qui, de par l'effet de la loi, se prévaut d'un droit sur la créance cédée en raison de son droit sur un autre bien du cédant, même si ladite créance n'est pas une créance internationale et si la cession au cessionnaire n'est pas une cession internationale;

ii) Un créancier du cédant; ou

iii) L'administrateur de l'insolvabilité.

Références

A/CN.9/420, par. 52 à 60; A/CN.9/432, par. 70 à 72, 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; A/55/17, par. 110 à 118 et 184; et A/CN.9/486, par. 47, 54, 147 et 173.

Commentaire

Contrat initial

58. Le contrat initial, qui sert de point de référence dans les articles 5 *h*, 17, 18-1, 19-1, 20-1, 22-2 *b* et 23, est la source de la créance cédée. Sauf là où il en est expressément disposé autrement (par exemple aux articles 9 à 12 et 17 à 23), le projet de convention n'est pas censé avoir d'incidences sur les droits et obligations des parties découlant du contrat initial.

Créance existante et créance future

59. Les termes "créance existante" et "créance future" apparaissent aux articles 9 et 10 (il est entendu que le singulier englobe le pluriel et vice versa). Le critère de distinction entre une créance existante et une créance future est la date de la conclusion du contrat initial. Une créance née d'un contrat conclu à la date 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 un autre événement déterminé. La définition couvre tous les types de créances futures, en particulier les créances conditionnelles (qui pourraient naître en fonction d'un événement futur) et les créances purement hypothétiques (qui pourraient naître d'une activité future du cédant; pour la limitation introduite à l'article 9, voir par. 83). Bien que l'on parte généralement du principe que la "conclusion du contrat" désigne la date à laquelle les parties concluent une convention juridiquement contraignante et ne présuppose pas l'exécution du contrat, le sens exact de ce terme est laissé à la loi applicable en dehors du projet de convention.

Écrit

60. Ce terme est mentionné aux articles 5 *d*, 19-2 et 7, 21-1 et 3, 43-2 et 4, 46-1 du projet de convention de même qu'à l'article 5-1 de l'annexe. Sa définition inclut les moyens de communication autres que le papier qui peuvent assumer les mêmes fonctions que la communication sur papier (par exemple donner des preuves tangibles, servir d'avertissement aux parties pour ce qui est 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" (pour une définition des termes "accessible", "utilisable" et "référence ultérieure", voir le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type, par. 50).

61. On part du principe que la nécessité d'assurances renforcées quant à l'authenticité des communications devrait être évaluée différemment selon le contexte dans lequel est faite la communication. C'est pourquoi le projet de convention exige un écrit pour la notification de la cession (voir article 5 *d*) et un écrit signé par le débiteur pour le renoncement de celui-ci à invoquer des exceptions (voir article 21-1). Un écrit est également exigé pour les déclarations faites par les États et pour certains actes liés à l'enregistrement (voir article 43-2 et 4 du projet de convention et article 5-1 de l'annexe).

Notification de la cession

62. 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 est faite par écrit et identifie suffisamment les créances cédées et le cessionnaire (et si elle est formulée dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet au débiteur d'en comprendre le contenu, voir article 18-1). Si une notification ne répond pas à ces exigences, elle est sans effet en vertu du projet de convention. Toutefois, la question de savoir si une telle notification a effet au regard de la loi applicable en dehors du projet de convention doit être tranchée par cette même loi (s'agissant du paiement libératoire effectué par le débiteur en faveur de la personne fondée à le recevoir même en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention, voir article 19-8).

63. 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" 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 la cession de fractions de créances, voir par. 34 et 89; voir aussi article 19-6).

64. 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 (voir articles 15-1, 18-1 et 19-2; voir aussi par. 124 et commentaires sur l'article 19-2).

Administrateur de l'insolvabilité et procédure d'insolvabilité

65. Le terme "administrateur de l'insolvabilité" est employé à l'article 24 du projet de convention ainsi qu'aux articles 2, 7 et 9 de l'annexe. Le terme "procédure d'insolvabilité" est employé à l'article 25 du projet de convention et aux articles 2, 7 et 9 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 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 ait besoin de reconnaître une procédure qui n'est pas une procédure d'insolvabilité dans sa législation mais aussi qu'il refuse de reconnaître une procédure qui est une procédure d'insolvabilité dans sa législation.

Priorité

66. Le terme "priorité" est employé aux articles 16, 24, 25-2, 26, 27, 31, 43-7, 45-4 et 46-4 du projet de convention, ainsi qu'aux articles 1, 2 et 6 à 9 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. Il n'est pas fait référence au paiement, car un créancier peut être désintéressé par paiement ou d'une autre manière (par exemple, par la restitution des marchandises). Priorité ne veut pas dire validité. La priorité présuppose l'existence d'une cession valide entre le cédant et le cessionnaire (pour un exposé des motifs ayant conduit au choix de l'expression "a effet" à l'article 9, voir par. 85). La question de savoir si un créancier a un droit réel plutôt que personnel et si une cession est une cession pure et simple ou une cession à titre de garantie est considérée comme distincte de celle de la priorité ("nature d'un droit"; voir article 24). Comme cette dernière, toutefois, elle est laissée à la loi du lieu où est situé le cédant. La priorité est également une question distincte de celle de la libération du débiteur. En vertu de l'article 19, le débiteur est libéré même si le paiement est fait à un cessionnaire qui n'a pas la priorité. 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 régissant la priorité (voir article 24).

"Situé"

67. Ce terme apparaît dans plusieurs dispositions du projet de convention (à savoir l'article 1-1 *a* et 3 ainsi que les articles 3, 4-4, 17-2, 21-1, 23 à 25, 31, 36-3, 38, 40 et 41). Les deux principales questions auxquelles 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. Si le cédant (ou le cessionnaire) a plus d'un établissement, ce dernier est celui où s'exerce son administration principale. Cette règle vise à garantir 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.

68. 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. À cet égard, l'endroit où se trouvent la plupart des actifs ou celui où sont tenus les livres comptables est sans importance. Dans la mesure où la gestion quotidienne des affaires et des activités d'une telle entité s'exerce ailleurs que sur le lieu de l'administration centrale, ce dernier reste décisif. 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 (article 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.

69. Dans la plupart des cas, le lieu de l'administration centrale serait facile à déterminer et renverrait à un seul État. Dans les circonstances exceptionnelles où tel ne serait pas le cas, les parties ne se trouveraient pas dans une situation pire que celle de départ et devraient faire en sorte que leurs droits soient exécutoires dans chaque État où pourrait être situé le cédant.

Loi

70. Le terme "loi" figure dans le préambule ainsi qu'aux articles 1-2 , 7-2, 8, 12-1, 5 et 6, 21, 23 à 25, 28 à 32, 36 et 42-2 . Sa définition vise à garantir qu'il sera fait référence aux règles de droit matériel et non aux règles de droit international privé de la législation applicable. Si elle englobait les règles de droit international privé, toute

question pourrait faire l'objet d'un renvoi à un droit autre que le droit matériel applicable en vertu des règles de droit international privé du for ("renvoi"). Habituellement, les conventions de droit international privé excluent toute forme de renvoi. Si la législation applicable devait englober les règles de droit international privé, un élément d'incertitude serait réintroduit. Par exemple, les règles de droit international privé de l'État dans lequel est situé le cédant pourraient renvoyer à la loi d'un État qui n'est pas partie à la Convention et qui a une règle renvoyant les questions de priorité à la loi régissant la créance. Il s'ensuivrait que les parties perdraient tous les avantages que l'article 24 est censé apporter en termes de certitude et de prévisibilité.

Produit

71. Le terme "produit" figure dans les articles 12-1, 16-1, 24 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 article 16-1).

Contrat financier

72. Ce terme est employé à l'article 4-2 *b*. Il désigne des contrats dérivés (par exemple les swaps ou les conventions de rachat) qui ont pour caractéristique commune de créer des obligations de paiement déterminées par le prix d'une opération sous-jacente. Ces contrats sont appelés "dérivés" du fait qu'ils dérivent de contrats commerciaux ordinaires, et que le règlement ne se fait pas par exécution effective du contrat commercial (de vente ou de dépôt), mais par le paiement de la différence entre le prix d'un bien effectif et un prix effectif. Les produits dérivés s'intègrent généralement dans un accord-cadre de compensation [par exemple la Convention-cadre de compensation établie par l'International Swaps and Derivates Association (ISDA)].

73. 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 deuxième 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, dont la cession n'est pas exclue du champ d'application du projet de convention.

74. 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 les conventions de rachat, une partie vend à une autre partie (généralement à un taux fixe) une valeur mobilière (par exemple des actions ou des obligations) et s'engage simultanément à racheter cette valeur à une date ultérieure et à un prix convenu. Ce prix comprend une provision pour les intérêts sur la contrepartie en espèces et les intérêts accumulés sur la valeur mobilière. Les paiements dépendent de la remise ou rétrocession de cette dernière.

75. Dans les opérations "à terme", les parties conviennent d'acheter ou de vendre un bien (par exemple une devise étrangère), qui sera remis à une date future donnée et à un prix déterminé. Dans une opération "au comptant", la remise s'effectue un certain nombre de jours ouvrables, en général deux, après la date du contrat. Dans un contrat "à terme", une partie convient de livrer à l'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. 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 la conclusion du contrat d'option.

Convention de compensation globale

76. Les conventions de compensation globale sont une pratique courante dans les systèmes de paiement interbancaire et de règlement des opérations sur valeurs mobilières et dans les opérations portant sur des produits dérivés et des devises. Elles se fondent sur des contrats types et des textes législatifs établis par la branche d'activité concernée (par exemple la Convention-cadre de compensation établie par l'International Swaps and Derivates Association (ISDA) et la Loi type de l'ISDA sur la compensation adoptée à ce jour par 21 États). Ces conventions prévoient le règlement net des paiements dus dans la même monnaie et à la même date, de même que 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).

Réclamant concurrent

77. Le terme "réclamant concurrent" figure aux articles 9-4, 10, 24, 26, 31, 43-7, 45-4 et 46-4. Sa définition est destinée à englober tous les conflits de priorité potentiels, y compris les conflits entre un cessionnaire national et un cessionnaire étranger de créances nationales, entre un cessionnaire et un créancier titulaire d'un droit sur d'autres biens étendu aux créances nées de ces biens et entre un cessionnaire dans une cession effectuée avant

l'entrée en vigueur du projet de convention et un cessionnaire dans une cession effectuée après. Un créancier ayant un droit sur des marchandises étendu aux créances par convention ou par la loi est considéré comme un cessionnaire. De ce fait, un conflit avec ce créancier serait subordonné à une règle du type de celle qui est énoncée à l'article 1, 6 ou 8 de l'annexe.

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.

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; et A/55/17, par. 119 à 121.

Commentaire

78. 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 l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, il 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. La raison de cette approche différente est que, contrairement à la Convention des Nations Unies sur les ventes, 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 de 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. L'article 6 doit s'appliquer à une convention conclue entre le cédant et le cessionnaire, entre le cédant et le débiteur ou entre le cessionnaire et le débiteur à condition qu'ils modifient des dispositions du projet de convention — et non de la loi applicable en dehors de ce dernier — ou y dérogent. La référence à l'article 21 introduit une restriction supplémentaire, à savoir que le cédant et le débiteur ne peuvent conclure une convention de renonciation aux exceptions mentionnées au paragraphe 2 de cet article (toutefois, une telle renonciation par convention entre le cessionnaire et le débiteur n'est pas traitée à l'article 21).

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.

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; A/55/17, par. 122 à 124; et A/CN.9/486, par. 74.

Commentaire

79. L'article 7, 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 quatre principes, à savoir l'objet et le but de la Convention tels qu'énoncés dans le préambule, le caractère international du texte, l'uniformité et le respect de la bonne foi dans le commerce international. À l'exception de la référence au préambule qui a pour but de faciliter l'interprétation du texte et d'aider à en combler les lacunes, ces principes sont communs à la plupart des textes de la CNUDCI et devraient être lus comme ceux qui ont été rédigés de façon similaire dans ces textes. 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. 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 Internet de la CNUDCI (http://www.uncitral.org) en anglais, espagnol et français (les versions dans les autres langues seront ajoutées ultérieurement, en fonction des ressources disponibles).

80. La référence à la bonne foi ne concerne que l'interprétation du projet de convention. Si le principe de la bonne foi est appliqué à la conduite des parties, la prudence s'impose. 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. Toutefois, s'il est appliqué à la relation entre le cessionnaire et le débiteur ou le cessionnaire et tout autre ayant droit, il risquerait de compromettre la certitude attachée au projet de convention. Par exemple, selon le principe de la bonne foi

prévalant dans l'État du for, le débiteur, qui pourrait avoir payé le cessionnaire après notification, pourrait avoir à le faire de nouveau s'il était au courant (mais n'avait pas reçu notification) d'une cession antérieure. De même, l'application du principe de la bonne foi à la relation entre le cessionnaire et un tiers pourrait involontairement avoir pour effet de faire perdre la priorité au cessionnaire prioritaire en vertu des dispositions de la loi du lieu de situation du cédant relatives à l'enregistrement s'il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance des droits acquis par une autre personne avant l'enregistrement (bien qu'aucune information sur ces droits n'ait été enregistrée).

81. Pour ce qui est de combler les lacunes, on établit une distinction entre les questions qui entrent dans le champ d'application du projet de convention mais ne sont pas expressément tranchées par lui et les questions qui n'y entrent pas. Ces dernières sont laissées à la loi applicable en dehors du projet de convention en vertu des règles de droit international privé du for (ou, si le for est un État contractant, du projet de convention). Les questions qui entrent dans le champ d'application du projet mais ne sont pas expressément tranchées par lui doivent être réglées selon les principes généraux dont le projet s'inspire[13]. Ces principes doivent être déduits du préambule ou de certaines dispositions du projet de convention (par exemple le principe de facilitation d'un accès accru à un crédit moins onéreux et le principe de la protection du débiteur). S'il n'existe aucun principe pouvant être appliqué à une question particulière, cette dernière doit être réglée conformément à la loi applicable en vertu des règles de droit international privé. Les lacunes 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, elles devraient être comblées conformément aux règles de droit international privé du for.

D. CHAPITRE III. EFFETS DE LA CESSION

Commentaire

Observations générales

82. Le chapitre III traite de questions liées à la validité d'une cession quant à la forme et quant au fond en vertu du projet de convention (pour l'emploi du terme "efficacité", voir par. 85). La validité quant à la forme est traitée par une règle de droit international privé, tandis que la validité quant au fond est traitée par des règles de droit matériel. Toutefois, les questions concernant la validité quant au fond ne sont pas toutes traitées. Sont laissées notamment à la loi applicable en dehors du projet de convention les questions suivantes: les limitations légales de la cession autres que celles qui sont traitées aux articles 9, 11 et 12, les questions concernant la priorité entre un cessionnaire et un réclamant concurrent, et les questions liées à la capacité et au pouvoir.

[13]Un certain nombre de questions qui ne sont pas régies par le projet de convention mais sont laissées à la loi applicable en dehors de ce dernier en vertu des règles de droit international privé sont présentées dans les commentaires de différents articles (voir, par exemple, par. 21, 22, 24, 25, 42 à 54, 66, 82, 83, 85, 105 et 111).

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.

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; A/55/17, par. 125 à 129; et A/CN.9/486, par. 76 et 174.

Commentaire

83. L'article 8 a principalement pour objet d'offrir aux cessionnaires la certitude que, s'ils satisfont aux conditions de forme prévues dans la loi d'un État unique, leurs cessions (y compris le contrat de cession) seront valables quant à la forme. À cette fin, il renvoie les questions de forme à la loi du lieu où est situé le cédant (à savoir un État unique facile à déterminer même en cas de cession d'un ensemble de créances ou de créances futures). Toutefois, l'article 8 ne se réfère pas à une seule loi applicable pour ne pas aller à l'encontre des théories actuelles concernant la loi applicable à la forme du contrat de cession. La question de savoir s'il existe des conditions de forme ou ce que la notion de "forme" désigne exactement (un écrit, la notification de la cession au débiteur, l'inscription dans un registre, un acte authentique ou le paiement d'un droit de timbre) est laissée à la loi applicable en dehors du projet de convention.

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 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 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'un réclamant concurrent, et le droit d'un

cessionnaire ne peut être privé de la priorité par rapport au droit de ce réclamant, 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.

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; et A/55/17, par. 130 à 135.

Commentaire

84. 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 le financement reposant sur l'actif, l'affacturage, la titrisation, le financement de projet, les prêts consortiaux). Pourtant, leur efficacité, du point de vue du droit de la propriété, n'est pas reconnue dans tous les systèmes juridiques. L'article 9 a pour objet de valider ce type de cessions. Par souci de cohérence, il valide également la cession d'une créance unique existante.

Efficacité

85. Les mots "a effet" visent les effets d'une cession sur la propriété, à savoir le transfert de droits de propriété sur des créances. Ils ont été préférés aux mots "est valide" qui n'auraient pas le même sens et, de toute façon, ne sont pas interprétés universellement de la même manière. Le sens exact de cette "efficacité" 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 (voir articles 5 *m* et 24-2 *b*). Quoi qu'il en soit, si une cession a effet, le cessionnaire peut demander et, si le débiteur n'invoque pas l'absence de notification et paye, conserver le paiement. La question de savoir si le débiteur est libéré relève de l'article 9. Celle de savoir si le bénéficiaire du paiement peut conserver ce dernier est régie par l'article 24, car l'article 9 limite l'effet de la cession à la relation entre le cédant et le cessionnaire et entre le cessionnaire et le débiteur. La raison de cette approche est que l'efficacité à l'encontre de tiers fait intervenir des questions de priorité, que le projet de convention traite séparément, en les soumettant à la loi du lieu de situation du cédant (voir article 24). Il s'ensuit, par exemple, que l'article 9 ne validerait pas la première cession chronologique, tout en invalidant toute autre cession ultérieure des mêmes créances par le même cédant. Il s'ensuit aussi que l'application de l'article 9 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.

86. Afin de tenir compte de cette interaction entre l'efficacité (en tant que condition d'établissement de la priorité) et la priorité, le paragraphe 1 de l'article 9 indique explicitement qu'il traite de l'efficacité "entre le cédant et le cessionnaire ainsi qu'à l'égard du débiteur". Toutefois, cette approche risque involontairement d'avoir pour effet de soumettre l'efficacité des cessions mentionnées au paragraphe 1 à la loi applicable à la priorité. C'est pour cette raison que le paragraphe 4 dispose qu'une cession, qui a effet en vertu du paragraphe 1, ne peut être invalidée ou privée de la priorité au seul motif que la loi en dehors du projet de convention ne la reconnaît pas comme relevant du droit commercial général. C'est pour cette même raison que l'article 24 indique qu'il ne traite pas des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions du projet de convention.

"Créances existantes ou futures"

87. Ce terme est défini à l'alinéa *b* de l'article 5 par référence à la date de la conclusion du contrat initial. Toutes les créances futures sont visées, y compris les créances conditionnelles et purement hypothétiques (voir par. 59). 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"

88. 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 consommateurs), mais couvre également la cession de créances uniques de grande valeur (par exemple les prêts consortiaux). La règle est que, s'agissant de la validité quant au fond (la validité quant à la forme est laissée à la loi applicable en vertu de l'article 8), une convention entre le cédant et le cessionnaire, telle que définie à l'article 2, est suffisante pour transférer des droits de propriété sur des créances.

"En totalité ou par fractions, ou de tout droit indivis sur lesdites créances"

89. Les créances monétaires peuvent toujours être divisées et cédées par fractions. Ces cessions partielles ne sont pas rares dans la pratique et il n'y a aucune raison de les invalider à condition que les intérêts légitimes du débiteur soient protégés (voir article 19-6). Les cessions de droits indivis se rencontrent dans des opérations importantes. Par exemple, dans la titrisation, un 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. Dans les prêts consortiaux, le principal prêteur peut céder des droits indivis sur le prêt à certains autres prêteurs.

"Désignées"

90. 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 pour englober même les créances futures (par exemple "toutes les créances provenant de mon entreprise de vente de véhicules").

"Individuellement"/"de toute autre manière"

91. Ces mots ont pour objet de faire en sorte que la cession de créances existantes et futures ait effet, que les créances soient désignées individuellement, ou de toute autre manière qui suffise à les relier à la cession.

Date de l'identification des créances

92. Les créances existantes doivent être identifiées comme faisant l'objet de la cession à la date de ladite cession. Les créances futures devraient être identifiables au moment où elles naissent (qui est, par définition, postérieur à la date de 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

93. 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, un accord-cadre suffit à transférer un ensemble de créances futures, tandis qu'aux termes de l'article 10 une créance future est réputée transférée à la date de la conclusion du contrat de cession.

Cessibilité légale

94. Pour ce qui est de la validation des cessions auxquelles il fait référence, le paragraphe 1 de l'article 9 peut écarter les interdictions légales 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 (voir par. 21). 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 (par exemple, dans le cas des limitations à la cession de salaires ou de pensions de retraite). Elles énoncent souvent une exigence de spécificité, ce qui peut entraver la cession de créances futures ou les cessions globales. Afin d'instaurer un équilibre entre la nécessité de valider ce type de cessions et celle 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. Le projet de convention n'impose pas d'autres limites au droit du cédant de transférer des créances futures, car il ne donne pas la priorité à un créancier sur un autre, mais laisse les questions de priorité à la loi nationale. Les politiques nationales qui se traduisent par des interdictions légales peuvent aussi avoir pour but de protéger le débiteur (par exemple, dans le cadre des limitations à la cession de créances souveraines ou de créances sur consommateurs). Le projet de convention n'entrave pas non plus ces politiques nationales. Il établit une norme suffisamment élevée de protection du débiteur (par exemple, en cas de cession partielle, le débiteur peut considérer une notification comme dépourvue d'effet; voir article 19-6) et exige que le débiteur soit situé dans un État contractant (voir article 1-3).

95. Le projet de convention n'a aucune incidence sur les limitations légales autres que celles visées au paragraphe 1 de l'article 9 (par exemple les limitations légales concernant les créances sur consommateurs, les créances souveraines, les salaires ou les pensions de retraite). Ce résultat est implicite à l'article 11. Il est en outre énoncé explicitement au paragraphe 3 de l'article 9 pour éviter toute ambiguïté quant à savoir si la question est régie par le projet de convention mais non explicitement réglée par lui ou si elle n'est pas du tout régie par lui (pour la différence, voir article 7-2).

Article 10. *Date de la cession*

Sans préjudice du droit d'un réclamant concurrent, 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, 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; et A/55/17, par. 136 à 138.

Commentaire

96. La règle énoncée à l'article 10 est qu'une cession a effet, entre le cédant et le cessionnaire, ainsi qu'à l'égard du débiteur, à la date où le contrat de cession est conclu. Toutefois, l'article 10 n'a pas pour but de porter atteinte aux droits de tiers ni de fonctionner comme règle de priorité, étant donné que les questions de priorité sont laissées à la loi du lieu où est situé le cédant. En particulier, il n'a pas pour objet d'empiéter sur la législation nationale relative à l'insolvabilité, par exemple, pour ce qui est des créances naissant, devenant exigibles ou étant acquises après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

97. Si cette approche est évidente en ce qui concerne les créances existant à la date à laquelle elles sont cédées, une fiction juridique est créée s'agissant des créances futures (à savoir 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.

98. L'article 10 reconnaît également et, dans le même temps, limite le droit du cédant et du cessionnaire de spécifier la date à partir de laquelle la cession prend effet. Les parties peuvent fixer par convention la date d'un transfert, mais cette date ne peut être antérieure à celle de

la conclusion du contrat de cession. Cette approche est conforme au principe de l'autonomie des parties consacré à l'article 6, 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 6 ni l'article 10 n'empêchent les parties de convenir d'antidater l'entrée en vigueur de leurs obligations contractuelles mutuelles.

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.

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; et A/55/17, par. 139 à 151.

Commentaire

La règle

99. En vertu de l'article 11, qui s'inspire de l'article 6 de la Convention d'Ottawa, tant la limitation contractuelle de la cession que la cession elle-même ont effet. La question d'une éventuelle responsabilité pour contravention au contrat est laissée à la loi applicable en dehors du projet de convention. Toutefois, s'il existe une telle responsabilité, en vertu du paragraphe 2 de l'article 11, le débiteur n'est pas en droit de résoudre le contrat initial au seul motif que le cédant n'a pas respecté une limitation contractuelle. En outre, la responsabilité éventuelle du cédant n'est pas étendue au cessionnaire et ne peut être fondée uniquement sur la connaissance qu'avait le cessionnaire de la limitation contractuelle (il faut qu'il y ait, par exemple, également entrave dolosive à des relations contractuelles avantageuses pour établir une responsabilité extracontractuelle). Il n'est pas non plus porté atteinte à d'autres droits que le débiteur peut avoir en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention comme le droit à des dommages-intérêts compensatoires. Cette approche est conforme à l'objet général du projet de convention, car le risque qu'un contrat soit résolu ou que le cessionnaire soit tenu responsable de la violation d'une limitation contractuelle à la cession par le cédant aurait en soi un effet négatif sur le coût du crédit. Elle est également conforme au principe selon lequel la cession a effet même si elle est effectuée en violation d'une clause de non-cession (voir articles 11-1 et 20-3). Enfin, elle est conforme au principe selon lequel une modification du contrat initial (y compris sa résolution) n'est pas autorisée après notification de la cession au débiteur sans le consentement du cessionnaire (article 22-2).

100. L'article 11 part du principe que le cessionnaire ne devrait pas avoir à examiner les documents relatifs à chaque créance, car une telle procédure serait coûteuse dans le cas d'une cession globale, voire impossible dans une cession de créances futures. Cette approche est conforme aux principes de l'économie de marché et à celui de la non-restriction de l'aliénation de biens. Elle tient également compte du fait qu'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. En définitive, il est plus avantageux pour tous de faciliter la cession de créances et de réduire le coût des opérations plutôt que de veiller à ce que le débiteur n'ait pas à payer une personne autre que le créancier initial. En outre, on ne pourrait atteindre les buts du projet de convention sans procéder à quelques ajustements dans les législations nationales afin d'y tenir compte des pratiques commerciales actuelles.

Champ d'application matérielle et territoriale

101. 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 de créances (par exemple, en la soumettant au consentement du débiteur) et pas seulement les clauses interdisant la cession. 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 les 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 existant en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention.

102. Le paragraphe 3 a pour objet de limiter le champ d'application de l'article 11 aux cessions de créances commerciales. Toutefois, il est libellé en termes très généraux de manière à englober un large éventail de créances, y compris les créances sur consommateurs et les créances souveraines. Sont incluses les créances nées de la vente ou de la location de biens meubles corporels et d'immeubles, de la vente ou de la concession de licence de biens incorporels — droits de propriété intellectuelle ou industrielle ou autres informations — ou encore de la réalisation de travaux de construction ou de la prestation de services. Afin de ne pas ramener dans le champ d'application du projet de convention les créances financières exclues à l'article 4, le paragraphe 3 énonce expressément qu'il ne s'applique pas aux créances nées de la prestation de services financiers. Les alinéas *c* et *d* précisent toutefois que l'article 11 doit s'appliquer à la cession de créances nées de certains types de services financiers. À l'alinéa *d*, il n'est fait référence qu'aux conventions multilatérales de compensation globale afin de ne pas exclure l'application de l'article 11 dans le cas d'une cession de créances commerciales au seul motif que le cédant et le débiteur avaient conclu une convention de compensation.

103. L'article 11 s'applique aux 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 quelques exceptions près, 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 par. 36 et 132). 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.

104. L'article 11 s'appliquerait également aux cessions de créances dues par des débiteurs souverains. Toutefois, en vertu de l'article 11, l'État dans lequel est situé le débiteur souverain peut émettre une réserve quant à l'application de cet article. La question de savoir si une cession a effet à l'encontre d'un débiteur souverain dans ce cas serait régie par la loi applicable en dehors du projet de convention. L'efficacité des limitations contractuelles aux cessions autres que celles mentionnées au paragraphe 3 est laissée à la loi applicable en dehors du projet de convention. Si cette loi donnait effet aux limitations contractuelles, la cession serait nulle et le projet de convention ne s'appliquerait pas. Si elle ne leur donnait pas effet, la cession pourrait être valable et le projet de convention pourrait s'appliquer.

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 dépossession au titre du paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les obligations du cédant envers le débiteur ou la personne ayant constitué 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.

Références

A/CN.9/420, par. 69 à 74; A/CN.9/432, par. 127 à 130; A/CN.9/445, par. 232 à 235; A/CN.9/434, par. 138 à 147; A/CN.9/456, par. 117 à 126; A/55/17, par. 153 et 154.

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 avec l'obligation principale, alors que les sûretés indépendantes (par exemple une

garantie indépendante ou une lettre de crédit stand-by) ne sont transférables que par un nouvel acte de transfert. L'expression générale "garantissant le paiement" est utilisée 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. 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.

106. 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 (en vertu de la loi ou d'une convention), 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. En vertu de l'article 6, le cédant et le cessionnaire peuvent convenir qu'une sûreté n'est pas transférée au cessionnaire, 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).

Limitations contractuelles

107. 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 de cette dernière. 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 paragraphe 4 introduit à l'article 12 les mêmes limitations concernant le champ d'application que le paragraphe 3 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 40 rendrait la cession sans effet, mais uniquement à l'encontre dudit tiers.

Droits de possession

108. Conformément au paragraphe 5, si le transfert d'une sûreté entraîne un transfert de possession de la garantie et si ce transfert cause une perte ou un préjudice 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 5 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

109. Le paragraphe 6 indique clairement que, tout comme la forme d'une cession de créances, la forme du transfert d'une sûreté est laissée aux règles de droit applicables en dehors du projet de convention. 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.

E. CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS

1. Section I. Cédant et cessionnaire

Commentaire

Objet de la section I

110. À la différence des autres dispositions du projet de convention qui traitent principalement des aspects de la cession liés à la propriété (et à l'exception de l'article 29), 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 6, 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 évitant aux parties d'avoir à reproduire des clauses et conditions types dans leur contrat, en ce qui concerne notamment la répartition des risques. 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 applicable au contrat. Toutefois, le rôle de la loi régissant le 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 sont pas soumis à la loi du for en tant que questions de procédure).

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 de cession ou à la cession de cette catégorie particulière de 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; et A/55/17, par. 158 à 161 et 184.

Commentaire

111. L'article 13 a pour principal objet de réaffirmer, en termes plus précis qu'à l'article 6, le principe de l'autonomie des parties. 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 en les mentionnant 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.

112. 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 est reconnu dans tous les systèmes juridiques, à savoir que les usages commerciaux auxquels les parties ont consenti et les habitudes qui se sont établies entre elles dans le cadre de leurs opérations ont force obligatoire. Le paragraphe 2 établit une distinction claire entre les usages commerciaux existant en dehors de toute convention entre les parties et les habitudes qui se sont établies entre certaines parties dans le cadre de leurs opérations. De par leur nature, les usages commerciaux lient les parties si elles y ont expressément consenti, alors que les habitudes en matière commerciale ont force obligatoire sauf convention contraire, puisqu'elles présupposent, au moins, un accord tacite. 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 (toutefois, les garanties qui découlent d'usages commerciaux et sont données au cessionnaire initial peuvent profiter aux cessionnaires subséquents; voir par. 116). Toutes ces parties n'auraient pas nécessairement connaissance des usages convenus et des habitudes établies entre le cédant initial et le cessionnaire initial.

113. 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'est pas 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 de cession considéré ou à la cession de la catégorie de créances visée. En conséquence, un usage international pour l'affacturage s'appliquerait à une cession effectuée dans le cadre d'une opération internationale d'affacturage mais non 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. Si une telle référence à la connaissance subjective des parties pourrait être utile dans une relation bipartite, elle pourrait être source d'incertitude dans le cadre d'une cession.

Article 14. *Garanties dues par le cédant*

1. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, à la date 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; et A/55/17, par. 162 et 163

Commentaire

Autonomie des parties/règles par défaut

114. Les garanties données par le cédant ont pour objet de préciser la répartition des risques entre le cédant et le cessionnaire. 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. Pour cette même raison, 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 dues par le 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.

115. 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 cessionnaire doit supporter un certain risque, les marchandises ou les services du cédant seraient plus onéreux, voire inaccessibles, pour le débiteur.

Garanties concernant "l'existence" ou la cessibilité d'une créance

116. 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 à la date de la conclusion du contrat de cession. Pour ce qui est des créances futures, les garanties sont réputées données à la date de la cession et prennent effet à compter de cette date si elles naissent effectivement. 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.

117. 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. Ce résultat 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 envers le cessionnaire d'une violation de garantie si le contrat initial entre le cédant et le débiteur contient une clause limitative de cession. L'alinéa *a* ne contient aucune référence explicite à cette règle puisqu'elle est 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 (voir aussi article 20-3). 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 moyen objectif 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 fractions de mêmes créances ou un droit indivis sur celles-ci à titre de garantie pour obtenir un crédit est essentiel.

118. 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 cadre de contrats de vente, en particulier, qui incluent 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 toutefois pas nécessaire que le cédant ait une connaissance effective de l'existence d'exceptions. Un autre principe sur lequel repose l'alinéa *c* est que le fait de faire supporter le risque d'exceptions cachées 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 (voir article 20-2). S'agissant des garanties relatives à l'absence d'exceptions opposables à des créances futures cédées globalement à titre de garantie, la garantie énoncée à l'alinéa *c* reflète correctement la pratique actuelle. Selon cette pratique, les cédants ne reçoivent normalement qu'un crédit correspondant au montant des créances non susceptibles de faire l'objet d'exceptions et doivent reprendre les créances non payées par le débiteur ("financement avec recours").

Garanties concernant la solvabilité du débiteur

119. 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. 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.

Violation des garanties

120. Le projet de convention ne contient pas de règles particulières sur la violation des garanties, car les ques-

tions relatives au contrat sous-jacent sortent de son champ d'application.

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 ces instructions.

2. Une notification de la cession ou des instructions de paiement envoyées en violation d'une convention visée au paragraphe 1 du présent article ne sont pas invalidées 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.

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 et 117; et A/55/17, par. 164 et 165.

Commentaire

Droit indépendant du cessionnaire de notifier la cession au débiteur et de demander paiement

121. L'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 (voir article 5 *d*) ou de traiter les conditions d'opposabilité de la notification au débiteur (voir article 18) ou les conséquences juridiques de la notification (voir articles 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. Le fait d'autoriser le cessionnaire à notifier la cession au débiteur indépendamment du cédant ne lui donnerait pas une préférence indue en cas d'insolvabilité du cédant. Cette question relève de la loi régissant la priorité. Si, en vertu de cette loi, la priorité dépend de la date de la notification, le cessionnaire ne peut obtenir la priorité sur les créanciers du cédant ou sur l'administrateur de l'insolvabilité. En l'espèce, la priorité n'est obtenue que si la cession est notifiée avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et à condition que la cession ne constitue pas un transfert frauduleux ou préférentiel.

122. L'article 15 vise en particulier à reconnaître des pratiques dans lesquelles il est normal que le cédant envoie des instructions de paiement au débiteur et lui notifie la cession (par exemple dans l'affacturage). Il tient également compte des pratiques de non-notification (voir par. 123). La protection du débiteur contre le risque de se voir notifier une cession et de se voir demander de payer une personne potentiellement inconnue est une question différente, qui est résolue en autorisant le débiteur, en cas de notification adressée par le cessionnaire, à demander des preuves suffisantes (voir article 19-7).

La notification comme droit, non comme obligation

123. 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, afin d'éviter au débiteur tout inconvénient qui pourrait résulter d'une interruption du flux normal des paiements, le débiteur n'est pas avisé du tout (par exemple dans l'escompte de factures non divulgué ou la titrisation). S'il reçoit une notification, qui a pour objet d'empêcher qu'il accumule des droits à compensation découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial (voir article 20-2), instruction lui est donnée de continuer à payer le cédant, sauf dans les cas, par exemple, de défaillance, où il reçoit normalement des instructions de paiement différentes.

Notification et instruction de paiement

124. Conformément à l'approche suivie à l'article 5 *d* (qui définit la notification sans faire 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 aussi de valider des pratiques dans lesquelles une notification est adressée sans aucune instruction de paiement (par exemple pour abolir les droits à compensation du débiteur découlant de contrats sans rapport avec le contrat initial). En vertu du paragraphe 1, une instruction de paiement peut être envoyée, avant notification, soit par le cédant, soit par le cessionnaire et, après notification, par le seul cessionnaire. Le paragraphe 1, à la différence de l'article 19, se réfère 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. Quoi qu'il en soit, cette question n'est pas importante pour déterminer qui, du cédant ou du cessionnaire, a le droit d'envoyer une instruction de paiement.

Conventions concernant la notification

125. Si le paragraphe 1 accorde au cessionnaire le droit autonome de notifier la cession au débiteur et de demander paiement, il reconnaît aussi 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. Pour bien préciser qu'une convention spécifique n'est pas nécessaire, le paragraphe 1 commence par une formulation négative ("Sauf convention contraire").

126. La règle, introduite au paragraphe 2, est que, si une notification ou une instruction de paiement est envoyée en violation d'une telle convention et que le débiteur paie, celui-ci est libéré. En effet, le débiteur devrait pouvoir se libérer en se conformant aux instructions qui lui

ont été données 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 contravention au 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 (voir article 20). Elle ne change pas la façon dont le cédant et le débiteur peuvent modifier le contrat initial (voir article 22) ni ne constitue une base pour déterminer la priorité en vertu de la loi applicable aux questions de priorité (voir articles 24 à 26). Cette approche s'explique par le fait qu'il ne faudrait pas conférer un avantage indu au cessionnaire qui notifierait de façon abusive la cession au débiteur. La double négation du paragraphe 2 ("ne sont pas invalidées") a pour objet d'assurer que la simple violation d'une convention, 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 la 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.

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; et A/55/17, par. 166 et 167.

Commentaire

Objet et champ d'application

127. 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 le cessionnaire a un droit de propriété sur la créance cédée et sur tout produit en découlant. 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 6 et doit fonctionner comme règle par défaut. Il n'est pas censé influer sur la situation juridique du débiteur ou les questions de priorité.

Droits sur le produit et les biens meubles corporels restitués

128. Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, le droit du cessionnaire s'étend au produit (qui, en vertu de l'article 5 *j*, désigne tout ce qui est reçu au titre d'une créance et le produit en découlant), ainsi qu'aux biens meubles corporels restitués en cas de défaut ou à l'expiration d'une période d'essai. Alors que dans les conflits de priorité traités à l'article 24 le droit du cessionnaire ne s'étend pas aux biens meubles corporels restitués, il n'y a aucune raison ici de limiter la faculté du cédant et du cessionnaire de convenir que le cessionnaire pourrait revendiquer tout bien meuble corporel restitué. Cette approche se justifie également par le fait que, même en l'absence de convention, une règle par défaut autorisant le cessionnaire à revendiquer tout bien meuble corporel restitué pourrait réduire les risques de non-recouvrement auprès 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.

129. Le paragraphe 2 tient compte de la pratique courante dans les cessions effectuées à titre de garantie. Dans ce type de cessions, le cessionnaire peut être fondé à recouvrer le montant total de la créance due, auquel s'ajoutent les intérêts dus en vertu du contrat ou de la loi, mais doit rendre compte au cédant de tout solde restant après paiement de la créance du cessionnaire et le rendre au cédant. Le paragraphe 2 ne reprend pas la référence à une convention contraire des parties, puisque celle-ci figure dans le chapeau du paragraphe 1 et que le droit du cessionnaire sur 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.

Notification de la cession du débiteur

130. Le droit du cessionnaire sur le produit est indépendant de toute notification de la cession (la nature de ce droit est laissée à la loi du lieu de situation du cédant; voir article 24-1 *a* ii, *b* et *c*). Cette démarche se justifie par la nécessité d'assurer que, si un paiement est fait au cessionnaire même avant la notification, ce dernier pourra conserver le produit du paiement et que si un paiement est fait au cédant après la notification, le cessionnaire aura la possibilité de demander paiement soit au cédant, en vertu de l'article 16-1 *b*, soit au débiteur, en vertu de l'article 19-2. 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 et de ne pas pouvoir recouvrer son paiement auprès du cédant si ce dernier devient insolvable (dans la pratique, le cessionnaire ne réclamerait pas un second paiement du débiteur, à moins que le cédant soit devenu insolvable).

2. Section II. Débiteur

Article 17. *Principe de 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.

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; et A/55/17, par. 168 à 173.

Commentaire

Principe de la protection du débiteur

131. 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, 6, 19 à 23, 29 et 40) 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 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). Il n'a pas pour but de modifier 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. De telles modifications sont cependant possibles avec le consentement du débiteur (voir, toutefois, par. 132).

Protection des consommateurs

132. Un principe particulier 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 supplanter la législation sur la protection des consommateurs, qui reflète normalement des considérations d'intérêt général ou de règles de droit impératives. Un certain nombre d'autres dispositions du projet de convention, comme les articles 21-1 et 23, reflètent également ce principe (voir aussi par. 36 et 103).

Pays et risque de change

133. 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 opérations d'affacturage afin de faciliter le paiement par les débiteurs. Le paragraphe 2 fait référence à la monnaie ou à l'État de paiement "spécifiés" dans le contrat initial. Cette spécification peut être explicite ou implicite.

A/CN.9/489/Add.1

Note du secrétariat

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Pages*
INTRODUCTION	1	139
I. COMMENTAIRE ANALYTIQUE	2-81	139
A. Chapitre IV. Droits, obligations et exceptions	2-43	139
1. Section II. Débiteur	2-29	139
Article 18. Notification de la cession au débiteur	2-4	139

		Paragraphes	*Pages*
	Article 19. Paiement libératoire du débiteur	5-15	139
	Article 20. Exceptions et droits à compensation du débiteur	16-18	142
	Article 21. Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation	19-23	143
	Article 22. Modification du contrat initial	24-28	144
	Article 23. Recouvrement des paiements	29	145
2.	Section III. Autres parties	30-43	145
	Article 24. Loi applicable aux droits concurrents	30-37	145
	Article 25. Ordre public et droits préférentiels	38-41	147
	Article 26. Règles spéciales relatives au produit	42	148
	Article 27. Renonciation	43	149
B.	Chapitre V. Autres règles de conflit de lois	44-53	149
	Article 28. Application du chapitre V	44	149
	Article 29. Loi applicable aux droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire	45-46	149
	Article 30. Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur	47-49	150
	Article 31. Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties	50	150
	Article 32. Règles impératives	51-52	151
	Article 33. Ordre public	53	151
C.	Chapitre VI. Clauses finales	54-71	151
	Article 34. Dépositaire	54	151
	Article 35. Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion	55	152
	Article 36. Application aux unités territoriales	56	152
	Article 37. Loi applicable dans les unités territoriales	57	152
	Article 38. Conflits avec d'autres accords internationaux	58-62	153
	Article 39. Déclaration sur l'application du chapitre V	63	154
	Article 40. Limitations concernant les personnes publiques	64	154
	Article 41. Autres exclusions	65	155
	Article 42. Application de l'annexe	66	155
	Article 43. Effet des déclarations	67	156
	Article 44. Réserves	68	156
	Article 45. Entrée en vigueur	69	157
	Article 46. Dénonciation	70	157
	Article 47. Révision et amendements	71	157
D.	Annexe du projet de convention	72-81	158
	Objet de l'annexe	72-73	158
	Section I. Règles de priorité fondées sur l'enregistrement	74-76	158
	Article premier. Priorité entre plusieurs cessionnaires	74-75	158
	Article 2. Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant	76	159
	Section II. Enregistrement	77-81	159
	Article 3. Création d'un système d'enregistrement	77	159
	Article 4. Enregistrement	78-80	159
	Article 5. Recherches dans le registre	81	160

INTRODUCTION

1. Le commentaire sur les articles 1er à 17 du projet de convention est publié sous la cote A/CN.9/489. Dans la présente note sont commentées les dispositions restantes ainsi que l'annexe du projet, telles qu'elles figurent à l'annexe I du document A/CN.9/486[1].

I. COMMENTAIRE ANALYTIQUE

A. CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS

1. Section II. Débiteur

Article 18. *Notification de la cession au débiteur*

1. Une notification de la cession ou 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; et A/CN.9/486, par. 12 à 20.

Commentaire

Date d'effet de la notification: règle de la réception

2. L'objectif premier de l'article 18 est d'énoncer 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 prennent effet lorsqu'elles sont reçues par le débiteur. La question de savoir quand exactement un débiteur est censé avoir reçu une notification relève de la loi applicable en dehors du projet de convention. Le paragraphe 1 de l'article 18 énonce également une condition qui s'ajoute à celles prévues à l'alinéa *d* de l'article 5 pour qu'une notification ait effet en vertu du projet de convention, à savoir que celle-ci doit être formulée "dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci [le débiteur] d'en comprendre le contenu". En utilisant le mot "penser", on introduit au paragraphe 1 un critère subjectif qui est toutefois restreint par l'emploi du mot "raisonnable". Afin de donner des indications aux parties, le paragraphe 1 prévoit une règle "refuge", selon laquelle l'emploi de la langue du contrat initial satisfait à l'exigence d'une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet au débiteur de comprendre le contenu de la notification (pour la relation entre une notification et des instructions de paiement, voir A/CN.9/489, par. 124).

Notification concernant des créances n'existant pas au moment où elle est adressée

3. Contrairement au paragraphe 1 *c* de l'article 8 de la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international (Ottawa, 1988; "la Convention d'Ottawa") et conformément à la pratique habituelle en matière de financement par cession de créances, 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 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, le paragraphe 2 écarte toute limitation existant dans la loi applicable en dehors du projet de convention en ce qui concerne la notification d'une cession de créances n'existant pas au moment où celle-ci est adressée. Cette question étant régie par l'article 18, elle n'est pas renvoyée à la loi du lieu où est situé le cédant (voir le début de l'article 24 et par. 35).

Notification en cas de cessions subséquentes

4. Le paragraphe 3, qui s'inspire du paragraphe 2 de l'article 11 de la Convention d'Ottawa, valide une pratique courante, en particulier dans les opérations internationales d'affacturage. Étant donné qu'en règle générale le débiteur est avisé uniquement de la deuxième cession du facteur exportateur au facteur importateur, il est essentiel de veiller à ce que cette notification couvre aussi la première cession du cédant au facteur exportateur. En l'absence de notification de la première cession, celle-ci pourrait ne pas avoir effet à l'encontre du débiteur, ce qui pourrait avoir des répercussions sur l'efficacité de la deuxième cession également. Afin de traiter les cessions subséquentes en général, 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 par. 12). Le paragraphe 3 ne fait pas obligation à la partie adressant la notification d'indiquer les cessions antérieures. Toutefois, en cas de doute, le débiteur peut demander cette information (voir par. 7 de l'article 19 et par. 13). En outre, aucune disposition du paragraphe 3 (ou de l'alinéa *d* de l'article 5 ou de l'article 15) n'empêche le cédant dans une cession antérieure de notifier au débiteur une cession subséquente à laquelle il n'est pas partie.

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.

[1]La précédente version du commentaire sur l'ensemble du projet de convention est publiée sous la cote A/AC.9/470.

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 uniquement en faveur du cessionnaire ou, si d'autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions.

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 de plusieurs cessions des mêmes créances effectuées par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue.

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 notification de la cession d'une fraction d'une ou de plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou au présent article comme s'il n'avait pas reçu de notification. S'il paie conformément à la notification, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé.

7. S'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément au présent article comme s'il n'avait pas reçu de notification. 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.

8. Le présent article n'a d'incidence 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; et A/CN.9/486, par. 21 à 29.

Commentaire

5. L'article 19 a principalement pour objectif d'offrir une certitude en ce qui concerne le paiement libératoire du débiteur et, partant, de faciliter 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. Le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à l'article 19 même si le bénéficiaire n'a pas la priorité (voir par. 9 ci-dessous). C'est à la personne ayant la priorité qu'il revient de réclamer le produit du paiement effectué par le débiteur.

Paiement libératoire du débiteur avant et après la notification

6. 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. 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 même avant d'avoir reçu notification. Toutefois, en pareil cas, il prend le risque d'avoir à payer deux fois, s'il est prouvé ultérieurement que la cession n'a pas eu lieu ou, du moins, est sans effet. Il n'est pas fait explicitement référence à la possibilité pour le débiteur de payer, avant la notification, soit le cédant, soit le cessionnaire afin d'éviter de porter préjudice à des pratiques dans lesquelles le débiteur est normalement censé continuer de payer le cédant même après la notification. En parlant de paiement "conformément au contrat initial" plutôt que de paiement au cédant, on entend préserver tout accord de paiement entre le cédant et le débiteur (par exemple le paiement à un compte ou à une adresse bancaire ou le paiement à un tiers).

7. Après la notification, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou conformément aux instructions de ce dernier. Tenant compte de la pratique courante, le paragraphe 1 établit une distinction entre instructions de paiement et notification. Si, dans certaines pratiques (par exemple l'affacturage), des instructions de paiement accompagnent la notification, dans d'autres (par exemple l'escompte de factures non divulgué ou la titrisation) une notification peut être adressée sans instructions de paiement. Elle a normalement pour objet de geler les droits à compensation du débiteur. Afin que ne subsiste aucune incertitude, le paragraphe 2 répète ce qui a déjà été énoncé au paragraphe 1 de l'article 15, à savoir que les instructions peuvent être données, avant la notification, par le cédant ou, ensuite, uniquement par le cessionnaire. Le paragraphe 2 précise également que les instructions de paiement doivent être données par écrit.

Connaissance d'une cession

8. La connaissance d'une cession ne doit pas être considérée comme ayant l'effet d'une notification, et elle n'entraîne pas de changement dans la façon dont le débiteur doit 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 quant au paiement libératoire du débiteur se trouverait réduite si elle devait être soumise à des conditions vagues et subjectives,

comme la connaissance de la part du débiteur (il faudrait traiter la question de savoir notamment ce qui constitue la connaissance et qui doit établir celle-ci). En outre, la connaissance d'une cession ne devrait pas entraîner de changement dans la manière dont le débiteur doit se libérer de son obligation, car, dans certains cas, il est courant dans la pratique commerciale que le débiteur continue de payer le cédant même s'il a connaissance (voire a reçu notification) de la cession (voir par. 6). L'article 19 n'aborde pas la question du paiement à une personne au profit de laquelle a été faite une cession nulle et non avenue (par exemple, pour fraude, contrainte ou incapacité) ni la question de savoir si la connaissance de la nullité devrait être prise en considération dans la libération du débiteur. Ce problème ne se posant que dans des cas exceptionnels, il est laissé à la loi applicable en dehors du projet de convention.

Libération du débiteur et priorité

9. 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 un droit supérieur (priorité) afin d'obtenir une libération valable. Conformément au principe de la protection du débiteur, l'article 19 établit une distinction claire entre la question de la libération du débiteur et celle de la priorité entre réclamants concurrents. Ainsi, le paiement effectué conformément à l'article 19 libère le débiteur même si la personne qui le reçoit n'a pas priorité. Il serait en effet injuste et contraire au principe 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 risque de ne pas pouvoir exercer ses droits si cette dernière devient 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 disposent normalement de moyens pour assurer leur priorité et aviser le débiteur en conséquence.

Modification ou correction des instructions de paiement

10. Le paragraphe 3 vise à garantir que le cessionnaire peut modifier ou corriger ses instructions de paiement. Une nouvelle instruction a effet si elle est donnée par le cessionnaire, car la première instruction de paiement vaut notification et, après notification, seul le cessionnaire peut donner une telle instruction (voir par. 1 de l'article 15 et par. 2 de l'article 19). Afin de protéger le débiteur contre le risque d'avoir à payer deux fois, le paragraphe 3 l'autorise à ne pas tenir compte d'une instruction de paiement reçue après le paiement.

Notifications multiples

11. Les paragraphes 4 et 5 visent à fournir des règles simples et claires sur la libération en cas de notifications multiples. Le paragraphe 4 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 (y compris 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), question qui est traitée à l'article 24.

12. Le paragraphe 5 traite des notifications multiples relatives à une ou 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 5 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 4 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 7, 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 des cessions multiples et à des cessions subséquentes, les paragraphes 4 et 5 offriront une solution. Conformément au principe de protection du débiteur, si celui-ci reçoit plusieurs notifications relatives à des cessions de fractions de créances, le paragraphe 6 l'autorise à effectuer un paiement libératoire aux différents créanciers ou à considérer la notification comme étant sans effet et à effectuer un paiement libératoire conformément à l'article 19.

Droit du débiteur de demander des informations supplémentaires

13. 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. De plus, en vertu du paragraphe 3 de l'article 18, la notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure même si cette dernière n'est pas indiquée dans la notification. Afin de lui éviter toute incertitude concernant la façon de s'acquitter de sa dette dans ce type de situations, le paragraphe 7 donne au débiteur le droit de demander au cessionnaire de donner dans un délai raisonnable une preuve appropriée de la cession initiale et, s'il s'agit d'une cession non pas initiale mais subséquente, de toute cession antérieure. Le débiteur peut demander une telle preuve mais n'est pas tenu de le faire. S'il devait le faire, dans tous les cas le paiement serait retardé ou les cessionnaires prévoyant que le débiteur ferait une telle demande fourniraient la preuve dans la notification, ce qui 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. La souplesse introduite par ces termes a été jugée néces-

saire, car il a été impossible de trouver une règle qui soit adaptée à tous les cas de figure possibles. Toutefois, pour éviter toute incertitude que l'emploi de ces termes pourrait créer, le paragraphe 7 contient une règle "refuge", en vertu de laquelle une confirmation écrite émanant du cédant constitue une preuve appropriée.

14. La notification n'entraîne pas automatiquement l'obligation de régler la dette, qui demeure exigible à la date et selon les termes prévus dans le contrat initial et 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, le débiteur pourra toujours s'acquitter de son obligation, par exemple, en effectuant le paiement à un organisme public de consignation (voir par. 8 de l'article 19). Si ce mode de paiement n'est pas disponible, l'obligation de paiement devrait être suspendue jusqu'à ce que le débiteur ait reçu la preuve appropriée et ait eu raisonnablement le temps d'évaluer cette preuve et d'agir en conséquence, faute de quoi la protection accordée au débiteur par le paragraphe 7 serait sans intérêt.

Libération du débiteur en vertu d'une autre loi

15. Le paragraphe 8 vise à garantir que l'article 19 n'exclut pas d'autres moyens de libération du débiteur par voie de paiement à la personne fondée à le recevoir pouvant exister dans la loi nationale applicable en dehors du projet de convention (par exemple le paiement selon 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 et 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, en vertu de 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; et A/CN.9/486, par. 30 à 32.

Commentaire

16. Hormis les exceptions et droits à compensation mentionnés aux paragraphes 2 et 3, le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions et tous les droits à compensation qu'il pourrait invoquer à l'encontre du cédant. 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 (voir par. 29).

17. En vertu du paragraphe 1, le débiteur peut opposer toutes les exceptions ou tous les droits à compensation découlant du contrat initial ou d'un contrat connexe sans aucune limitation (par exemple un accord de maintenance ou un autre accord de service). Ces exceptions et droits à compensation (compensations dans le cadre d'une opération) peuvent être invoqués même s'ils deviennent opposables après réception de la notification. En vertu du paragraphe 2, le débiteur peut opposer au cessionnaire tout autre droit à compensation (compensations indépendantes) uniquement s'il peut les invoquer au moment où il reçoit la notification. Il s'agit notamment des droits découlant d'un contrat séparé entre le cédant et le débiteur, d'une règle de droit (par exemple une règle extracontractuelle) ou encore d'une décision judiciaire ou autre. Le principe qui sous-tend cette règle est que les droits d'un cessionnaire diligent 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. L'incertitude quant aux exceptions et droits à compensation du débiteur rendrait en outre difficile pour le cessionnaire de fixer le prix du crédit accordé au cédant. De plus, une approche contraire pourrait involontairement avoir pour effet de permettre au cédant et au débiteur de manipuler le montant dû. 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. Cette règle n'a aucune incidence sur les droits à compensation découlant d'une relation contractuelle ou autre distincte entre le débiteur et le cessionnaire qui peuvent être opposés à tout moment. 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, arrivé à échéance ou quantifié au moment où le débiteur reçoit la notification).

18. 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 par le cédant d'une limitation contractuelle de son droit de céder ses créances. 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 (voir A/CN.9/489, par. 117). Dans le cas contraire, la règle selon laquelle le cessionnaire n'est pas tenu responsable d'une contravention au contrat par le cédant (voir par. 2 de l'article 11), pourrait être privée 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; ou

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; et A/CN.9/486, par. 33 et 34.

Commentaire

19. Afin d'obtenir de meilleures conditions de crédit, les cédants garantissent généralement aux cessionnaires que le débiteur ne leur opposera pas d'exceptions et de droits à compensation (voir par. 1 *c* de l'article 14). Pour cette même raison, les débiteurs renoncent fréquemment à leurs exceptions et droits à compensation. Afin de faciliter cette pratique, l'article 21 valide cette renonciation. En outre, pour lever toute incertitude quant aux conséquences juridiques d'une renonciation, 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 à différents moments, 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. Une telle exigence pourrait introduire 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.

20. 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, et la capacité qu'a le débiteur de négocier avec le cessionnaire afin d'obtenir un avantage n'est pas limitée. Dans le même temps, l'article 19 n'habilite pas le débiteur à négocier des renonciations avec les cessionnaires si, en vertu d'une autre loi applicable, il n'a pas ce pouvoir. 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, qui ont trait à la forme que peuvent prendre ces renonciations, à certains types de débiteurs et d'exceptions.

21. 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 (pour les notions distinctes d'"écrit" et de "signature", voir A/CN.9/489, par. 60 et 61). Cette exigence vise à garantir que les deux parties, en particulier le débiteur, sont bien informées de la renonciation et de ses conséquences, ainsi qu'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 est situé (pour les créances sur consommateurs et la protection des consommateurs, voir A/CN.9/489, par. 36, 103 et 132). Dans les cas où les articles 21 et 30 s'appliquent tous deux (lorsque le cédant est situé dans un État contractant et que cet État n'a pas exclu l'application du chapitre V), l'article 21 remplace, s'agissant de la loi applicable, la règle générale énoncée à l'article 30 par une référence expresse à la loi du lieu de situation du débiteur. Afin d'éviter toute divergence terminologique ou autre existant entre les différents systèmes juridiques concernant la signification du terme "consommateur", le paragraphe 1 utilise la terminologie généralement acceptée de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980: "la Convention sur les ventes").

22. Aux termes du paragraphe 2, une renonciation ne peut porter sur des exceptions découlant d'actes frauduleux commis par le cessionnaire seul ou en collusion avec le cédant, car cela irait à l'encontre des règles fondamentales de la bonne foi. Le paragraphe 2 ne vise pas les exceptions concernant des actes frauduleux commis par le seul cédant. Si le débiteur ne pouvait renoncer à ces exceptions, le cessionnaire devrait faire des recherches à cet égard, ce qui pourrait être source d'incertitude et avoir un effet préjudiciable sur le coût du crédit.

23. Comme le paragraphe 1, le paragraphe 3 exige une convention écrite signée par le débiteur pour la modifica-

tion d'une renonciation. Les parties doivent être prévenues des conséquences juridiques d'une telle modification. En outre, ces circonstances devraient être facilement prouvées, en cas de besoin. Afin qu'une modification n'ait aucune incidence sur les droits du cessionnaire, le paragraphe 3 la soumet au consentement explicite ou implicite du cessionnaire (voir par. 2 de l'article 22 et par. 27 ci-dessous).

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, sauf:

a) Si celui-ci y consent; ou

b) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat.

3. Les paragraphes 1 et 2 du présent article sont sans incidence sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

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; et A/CN.9/486, par. 35 et 36.

Commentaire

24. Les contrats contiennent normalement des clauses concernant leur modification. L'article 22 est sans incidence sur ces clauses. Il traite néanmoins des conséquences pour les tiers de telles modifications au contrat, autrement dit de la question de savoir si le débiteur a, à l'égard du cessionnaire, le droit de modifier le contrat initial et si le cessionnaire acquiert des droits à l'égard du débiteur au titre du contrat initial modifié.

25. Avant la 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 si, en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention, 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 (voir par. 28), 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.

26. 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. La notification prend effet au moment où elle est reçue par le débiteur. À partir de ce moment, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire uniquement en se conformant aux instructions de paiement du cessionnaire (voir par. 2 de l'article 19).

27. 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 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. Dès lors qu'une facture est émise, une créance devrait être considérée comme acquise en totalité même si le contrat correspondant n'a que partiellement été exécuté. Il s'ensuit que la modification d'un contrat partiellement exécuté 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, l'article 22 vise à établir un juste équilibre entre 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 explicite. 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, 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.

28. 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, conserve tous les moyens dont il pourrait se prévaloir contre le cédant en vertu de la loi applicable si la modification porte atteinte à une convention conclue entre le cédant et le cessionnaire (par exemple, il peut exiger le solde de la créance initiale et demander réparation pour tout préjudice supplémentaire subi).

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, la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée 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; et A/CN.9/486, par. 37 et 38.

Commentaire

29. L'article 23 a principalement pour objet de protéger le cessionnaire contre le risque que le débiteur demande la restitution des sommes qu'il a payées avant l'exécution du contrat initial par le cédant. En cas d'inexécution par le cédant, le débiteur peut refuser de payer le cessionnaire (voir article 20). Si, toutefois, le débiteur paie le cessionnaire avant d'obtenir l'exécution par le cédant, il ne peut recouvrer auprès du cessionnaire les sommes payées, mais il dispose de tout moyen d'action qu'il peut invoquer à l'encontre du cédant en vertu de la loi applicable. Il y a une exception à la règle. Si le débiteur est un consommateur, son droit de déclarer le contrat initial résolu ou de recouvrer auprès du cessionnaire tout paiement effectué reste intact (pour les créances sur consommateurs et la protection des consommateurs, voir A/CN.9/489, par. 36, 103, 132; voir aussi par. 21 ci-dessus). En particulier, l'article 23 ne reprend pas les exceptions prévues à l'article 10 de la Convention d'Ottawa en cas d'enrichissement sans cause ou de mauvaise foi du cessionnaire. De telles exceptions qui équivalent à une garantie donnée par le cessionnaire que le cédant exécutera le contrat initial peuvent être appropriées dans les cas précis d'affacturage visés dans la Convention d'Ottawa. Elles sont toutefois jugées inadéquates dans le grand nombre d'opérations de financement ou de service visé par le projet de convention.

2. Section III. Autres parties

Article 24. *Loi applicable aux droits concurrents*

1. À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention et sous réserve des articles 25 et 26:

a) Par rapport au droit d'un réclamant concurrent, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit:

i) La nature et la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée; et

ii) La nature et la priorité du droit du cessionnaire sur un produit qui est une créance dont la cession est régie par la présente Convention[;[2]

b) Par rapport au droit d'un réclamant concurrent, la nature et la priorité du droit du cessionnaire sur un produit visé ci-dessous sont régies:

i) Dans le cas d'une somme d'argent ou d'un effet de commerce non détenus sur un compte bancaire ou par un intermédiaire en valeurs mobilières, par la loi de l'État dans lequel cette somme d'argent ou cet effet sont situés;

ii) Dans le cas de valeurs mobilières détenues par un intermédiaire en valeurs mobilières, par la loi de l'État dans lequel cet intermédiaire est situé;

iii) Dans le cas de dépôts bancaires, par la loi de l'État dans lequel la banque est située[; et

iv) Dans le cas de créances dont la cession est régie par la présente Convention, par la loi de l'État dans lequel le cédant est situé].

[*c)* L'existence et la nature du droit d'un réclamant concurrent sur le produit visé à l'alinéa *b* du paragraphe 1 du présent article sont régies par la loi indiquée dans ce paragraphe]].

2. Aux fins du présent article et de l'article 31, la nature d'un droit se réfère:

a) Au caractère personnel ou réel du droit; et

b) À la question de savoir si le droit a ou non été créé à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation.

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; et A/CN.9/486, par. 39 à 63.

[2]La Commission n'ayant pas encore définitivement tranché la question du maintien ou non du libellé entre crochets (à savoir alinéas *b* et *c* du paragraphe 1), celui-ci n'est pas abordé dans le commentaire.

Commentaire

Loi applicable

30. Les questions de priorité sont habituellement soumises à la loi où est située la créance (*lex situs*). S'écartant de cette approche, l'article 24 soumet les questions de priorité à la loi du lieu de situation du cédant. La règle traditionnelle n'est plus considérée comme une règle pratique ou efficace et, en tout état de cause, il est impossible de s'entendre unanimement sur le lieu de situation d'une créance. Dans le cas de plus en plus fréquent de cessions globales de créances existantes et futures, l'application de la *lex situs* de la créance ne permet pas d'avoir une seule et même loi applicable. De surcroît, les éventuels cessionnaires se trouvent devant la tâche d'avoir à déterminer le lieu virtuel propre 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 réclamant pour obtenir un avantage particulier, de déterminer la priorité entre plusieurs réclamants. Ce résultat serait contraire au principe de l'autonomie des parties tel que limité à l'article 6. En outre, la loi choisie par les parties serait totalement inapplicable dans le cas de plusieurs cessions des mêmes créances soit par le même cédant, soit par des cédants différents, car des lois différentes pourraient s'appliquer aux mêmes conflits de priorité.

31. Si l'article 24 s'écarte 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 ne fait aucune exception pour les cessions de créances uniques existantes. 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. Si la règle devait viser la valeur de la créance cédée, il en découlerait d'autres problèmes. Tout d'abord, il serait 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. Une telle situation pourrait involontairement faciliter la manipulation, par les parties, de la règle de priorité applicable.

32. 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 du cédant (voir alinéa *h* de l'article 5). De ce fait, 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 à la date 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 si celle-ci porte sur un ensemble de créances futures; il conviendrait même dans le cas de systèmes juridiques qui pratiquent l'enregistrement; et il entraînerait l'application de la loi du pays dans lequel toute procédure principale d'insolvabilité à l'égard du cédant serait très probablement 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.

33. 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'un seul et même pays (pays où le cédant a son principal établissement; voir, par exemple, l'alinéa *b* de l'article 2 et le paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale). En pareil cas, tout conflit entre le projet de convention et la loi sur l'insolvabilité applicable serait réglé par les règles de droit de ce pays. Dans les cas où une procédure d'insolvabilité est ouverte dans un État autre que celui où le cédant a son principal établissement, l'article 25 s'applique. En l'occurrence, une règle de priorité pourrait être écartée si elle était manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for, et il ne serait pas porté atteinte à la priorité de droits préférentiels spéciaux.

Limites

34. L'article 25 pose deux limites à la loi applicable en vertu de l'article 24 (voir par. 38 à 40), mais il en a d'autres. 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 cette loi a des règles adéquates, la certitude s'en trouverait renforcée. Dans le cas contraire, il n'y aurait aucune certitude. C'est pourquoi un choix de différentes règles de droit matériel concernant la priorité est proposé aux États dans l'annexe (en ce qui concerne les options proposées aux États et leurs effets, voir article 42). Une autre limite à l'article 24 tient à ce que, pour que celui-ci s'applique, le cédant doit être situé dans un État contractant au moment de la conclusion du contrat de cession. Dans la plupart des cas, cette limite ne poserait pas de problème. Toutefois, si le cédant, après avoir effectué une cession, s'établit dans un autre pays et y effectue une autre cession, il y aurait, en vertu de l'article 24, deux lois pour le lieu de situation du cédant. Ce problème n'a pas été abordé délibérément, car on a estimé qu'il ne se poserait que dans des situations vraiment exceptionnelles. Une autre limite encore est que, pour que l'article 24 s'applique, le for doit être dans un État contractant. Dans la mesure où l'État du for ne peut être prévu à la date de la cession (voir par. 39), on ne peut avoir aucune certitude.

Champ d'application

35. 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 est traitée à l'article 9. Dès lors, une cession a effet entre le cédant et le cessionnaire, et à l'égard du débiteur, même en l'absence d'une notification ou d'un enregistrement (si la loi nationale fait

de la notification ou de l'enregistrement une condition de validité quant au fond). Les questions de validité quant à la forme sont traitées à l'article 8 et les questions de validité quant au fond autres que celles visées aux articles 9 à 12 sont laissées à la loi applicable en dehors du projet de convention. L'expression "sous réserve des articles 25 et 26" vise à assurer la préséance des articles 25 et 26 en cas de conflit. Par exemple, 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 soit manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for ou qu'il existe un superprivilège ayant priorité en vertu de la loi du for.

36. Le chapeau de l'alinéa *a* vise à faire en sorte que la nature d'un droit soit déterminée par la loi du lieu de situation du cédant uniquement dans le cas d'un conflit de priorité. Le terme "nature" est défini au paragraphe 2, tandis que celui de "priorité" est défini à l'alinéa *g* de l'article 5. Le terme "réclamant concurrent" est défini à l'alinéa *m* de l'article 5 de sorte que tous les conflits possibles de priorité soient soumis à la loi du lieu où est situé le cédant. Les conflits entre cessionnaires des mêmes créances provenant du même cédant sont couverts, tout comme les conflits 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). Sont également visés les conflits entre un cessionnaire et un créancier du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité du cédant, de même que les conflits, dans le cas de cessions subséquentes, entre tout cessionnaire et les créanciers du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité du cédant (aucun conflit de priorité ne peut survenir entre les cessionnaires dans une série de cessions). En revanche, un conflit entre un cessionnaire dans un État contractant et un cessionnaire dans un État non contractant n'est pas visé (en ce qui concerne les conflits entre les parties à des cessions effectuées avant et après la prise d'effet d'une déclaration ou avant et après l'entrée en vigueur ou la dénonciation du projet de convention, voir le paragraphe 7 de l'article 43, le paragraphe 4 de l'article 45 et le paragraphe 4 de l'article 46 respectivement).

37. 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 fasse une cession subséquente et 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, normalement, le cessionnaire aurait sur les créances les mêmes droits que le cédant si le débiteur était insolvable.

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; et A/CN.9/486, par. 64 et 65.

Commentaire

Ordre public

38. Un conflit de priorité surviendra généralement dans l'État où est situé le cédant. Dans ce cas, si cet État est un État contractant, la règle de priorité de droit matériel du for sera la loi applicable conformément à l'article 24. Toutefois, un conflit de priorité peut également naître dans un État autre que celui où est situé le cédant (par exemple un État où le cédant a des actifs ou encore l'État dans lequel est situé le débiteur). Dans ce cas, il peut y avoir conflit entre une règle de priorité de la loi de l'État où est situé le cédant et une règle de priorité de l'État du for. En principe, ce conflit devrait être résolu en faveur de la règle de priorité de la loi applicable, faute de quoi la certitude qu'apporte toute règle de la loi applicable serait sérieusement compromise, voire anéantie. Dans le cas de l'article 24, ce résultat pourrait avoir un effet préjudiciable sur l'offre et le coût du crédit assis sur des créances. Néanmoins, les textes de droit international privé prévoient généralement des exceptions pour préserver l'ordre public et certaines règles impératives de l'État du for. L'article 25 a principalement pour objet d'énoncer et, à la fois, de limiter de telles exceptions.

39. En vertu du paragraphe 1, un tribunal ou une autre autorité compétente de l'État du for peut refuser d'appliquer une disposition de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant si cette disposition est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for. L'exception d'ordre public est nuancée par l'expression "manifestement contraire" (employée également à l'article 33; voir par. 53). Cette formule est utilisée dans des textes internationaux (voir, par exemple, l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale) pour limiter cette exception, dans le but de souligner que les exceptions d'ordre public devraient être interprétées de manière restrictive et que le paragraphe 1 ne devrait être invoqué que dans des cas exceptionnels touchant à des questions d'importance fondamentale pour l'État du for (voir *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type*, par. 89). Dans ce sens, la notion d'ordre public, telle qu'elle est employée dans un contexte international, permet normalement d'écarter la disposition contraire de la loi étrangère autrement applicable (par exemple une disposition de la loi de l'État étranger concerné qui accorde la priorité absolue aux créances fiscales du gouvernement de cet État), mais elle ne vise pas à emporter l'application d'une règle de la loi du for. Il faut

noter que c'est l'application d'une disposition donnée de la loi applicable à un cas particulier, et non la loi applicable en général, qui doit être manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for.

Loi impérative

40. L'article 25 ne pose pas une exception générale concernant les règles impératives du for, car il n'a pas pour objet de permettre de substituer les règles de priorité de l'État du for ou d'un autre État aux règles de priorité de la loi applicable (cette approche est clairement affirmée à l'article 32; voir par. 52). Une telle substitution pourrait sérieusement compromettre la certitude qu'apporte l'article 24, car la plupart des règles de priorité de l'État du for ou d'un autre État seraient normalement des règles impératives. Toutefois, afin que le projet de convention soit plus facilement acceptable pour les États, le para-graphe 2 prévoit une exception limitée. Dans une procé-dure d'insolvabilité ouverte dans un État autre que celui où est situé le cédant, le for peut appliquer sa propre règle de priorité et accorder la priorité aux superprivilèges reconnus par la loi du for, à condition qu'ils aient priorité sur les droits d'un cessionnaire en vertu de cette même loi. Cette exception est libellée en termes non contraignants pour indiquer que le tribunal local devrait faire preuve de modération, en préservant les droits préférentiels reconnus par la loi du for uniquement si, en l'espèce, leur principe même s'impose. En outre, l'exception prévue au para-graphe 2 ne s'applique que dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité soumise à la loi du for. Les droits préférentiels non contractuels qui sont reconnus par la loi du for en dehors de la procédure formelle d'insolvabilité ne sont pas préservés. De plus, le paragraphe 2 autorise un État (sans l'y obliger) à spécifier dans une déclaration les catégories de superprivilèges non contractuels qui, en vertu du droit matériel de cet État, primeront les droits d'un cessionnaire conformément au paragraphe 2. La possibilité de faire une déclaration vise à renforcer la certitude en ce qu'elle constitue un mécanisme simple d'information permettant aux cessionnaires de savoir quels superprivilèges primeront leurs droits sans avoir à examiner les règles de droit matériel de l'État contractant concerné.

Droits spéciaux en matière d'insolvabilité

41. 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 n'est pas censée porter atteinte à ces droits spéciaux. Ceux-ci comprennent, entre autres, le droit des créanciers du cédant ou de l'administrateur de l'insolvabilité d'engager une action pour faire annuler ou rendre sans effet de toute autre manière une cession, en tant que transfert frauduleux ou préférentiel. Ils comprennent aussi le droit de l'administrateur de l'insolvabilité d'engager une action pour faire annuler ou rendre sans effet de toute autre manière une 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 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 le conserver dans la mesure où son droit sur la créance cédée avait la priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la même créance.

2. Si le produit de la créance cédée est reçu par le cédant, le droit du cessionnaire sur ce produit a la priorité sur le droit d'un réclamant concurrent, de la même manière que le droit du cessionnaire avait la priorité sur le droit dudit réclamant 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; et A/CN.9/486, par. 66 et 67.

Commentaire

42. L'article 26 a pour objet de faciliter des pratiques dans lesquelles la créance est payée au cessionnaire ou au cédant en tant que mandataire de ce dernier (par exemple dans l'escompte de factures non divulgué et la titrisation). Par ailleurs, en indiquant comment les cessionnaires peuvent obtenir la priorité sur le produit, il peut certainement faciliter d'autres pratiques dans la mesure où celles-ci seraient structurées de manière à satisfaire aux critères qu'il énonce. Le paragraphe 1 donne la priorité sur le produit au cessionnaire si celui-ci a reçu le paiement et a la priorité sur la créance cédée. La restriction implicite est qu'il ne peut conserver plus que la valeur de sa créance. Le paragraphe 2 accorde la priorité sur le produit au cessionnaire, si celui-ci a la priorité sur la créance cédée et si le cédant reçoit le paiement pour le compte du cessionnaire et que le produit est raisonnablement identifiable par rapport aux actifs du cédant.

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; et A/CN.9/486, par. 68 et 69.

Commentaire

43. 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 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. Par l'emploi du terme "conventionnellement", l'article 27 vise à valider une clause de renonciation figurant dans le contrat de cession ou dans un accord séparé. En outre, il 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.

B. CHAPITRE V. AUTRES RÈGLES DE CONFLIT LOIS

Article 28. *Application du chapitre V*

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux questions:

a) Qui entrent dans le champ d'application de la présente Convention comme prévu au paragraphe 4 de l'article premier; et

b) Qui entrent par ailleurs dans le champ d'application mais ne sont pas réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention.

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; et A/CN.9/486, par. 70 à 75.

Commentaire

44. L'article 28 traite du champ d'application et de l'objet du chapitre V. En vertu de l'alinéa *a*, le chapitre V peut s'appliquer même si le cédant (ou, pour ce qui est de l'application de l'article 30, le débiteur) n'est pas situé dans un État contractant. Dans ce cas, les dispositions du chapitre V offriraient une seconde possibilité d'unification, car elles s'appliqueraient aux opérations n'entrant pas dans le champ d'application des autres dispositions du projet de convention. En vertu de l'alinéa *b*, les dispositions du chapitre V s'appliqueraient de la même manière que les autres dispositions du projet de convention tout en les complétant.

Article 29. *Loi applicable aux droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire*

1. Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant de leur convention sont régis par la loi qu'ils ont choisie.

2. Si le cédant et le cessionnaire n'ont pas choisi de loi, leurs droits et obligations réciproques découlant de leur convention sont régis par la loi de l'État avec lequel le contrat de cession a le lien le plus étroit.

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; et A/CN.9/486, par. 77 à 79.

Commentaire

45. L'article 29 traduit le principe de l'autonomie des parties quant à la loi applicable au contrat de cession, lequel, quoique largement reconnu, n'est pas universellement accepté. Le paragraphe 1 n'exigeant pas un choix exprès, même un choix implicite de la loi serait suffisant. En vertu de ce paragraphe, la loi choisie par les parties régit les aspects purement contractuels du contrat de cession. Ces aspects sont, entre autres, 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 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 des dispositions de ce dernier autres que celles du chapitre V (ni d'autres aspects de la validité quant au fond, tels que la capacité ou l'autorité pour agir). S'agissant de ces cessions, le paragraphe 1 ne vise pas non plus les aspects patrimoniaux traités dans le projet de convention (c'est pourquoi il est fait référence au "contrat de cession" et non à la "cession" elle-même; pour cette distinction, voir A/CN.9/489, par. 25). Si le contrat de cession ne constitue qu'une clause du contrat de financement, le paragraphe 1 ne vise pas non plus ce type de contrat, sauf convention contraire entre les parties.

46. Le paragraphe 2 porte sur les cas exceptionnels où les parties n'ont pas (expressément ou implicitement) convenu de la loi applicable au contrat de cession ou en ont convenu mais leur convention s'est ultérieurement avérée non valable. Il fait référence au critère de la relation la plus étroite, qui, en règle générale, peut aboutir à l'application de la loi du lieu où est situé le cédant ou de la loi du lieu où est situé le cessionnaire.

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

La loi régissant le contrat initial détermine l'efficacité des limitations contractuelles à la cession entre le cessionnaire et le débiteur, 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; et A/CN.9/486, par. 80 à 84.

Commentaire

47. Conformément au principe de protection du débiteur, l'article 30 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, dans le cas de créances contractuelles, la loi régissant le contrat initial d'où naissent celles-ci. Il est fait référence à la loi du contrat initial, car, contrairement au paragraphe 2 de l'article 12 de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980; "la Convention de Rome"), dont s'inspire l'article 30 et qui peut s'appliquer aux droits extracontractuels, l'article 30 ne vise que les créances contractuelles (voir article 2). Il n'est pas indiqué comment la loi applicable au contrat initial devrait être déterminée. De telles règles complexes ne sont pas nécessaires dans un chapitre dont l'objet est d'énoncer quelques principes généraux et non pas d'aborder toutes les questions de droit international privé relatives à la cession. En tout état de cause, 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).

48. L'article 30 s'applique également aux droits à compensation dans le cadre d'une opération (à savoir en cas de contre-créance née du contrat initial ou d'un contrat connexe), puisque ce type de compensation entrerait dans le cadre des "rapports entre cessionnaire et débiteur". En revanche, les droits à compensation indépendants (c'est-à-dire des créances dont la cause n'a aucun lien avec le contrat initial) ne sont pas visés. 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 peuvent être invoquées et dans quelles conditions (par exemple liquidité, même devise et échéance) est laissée à une autre loi, qui n'est pas précisée dans le projet de convention.

49. L'article 30 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, si les dispositions du projet de convention en dehors du chapitre V ne s'appliquent pas à l'égard du débiteur, les effets de la violation d'une limitation contractuelle sur la relation entre le cessionnaire et le débiteur relèvent de la loi régissant le contrat initial. Si ces dispositions s'appliquent, la cession faite en violation d'une limitation contractuelle a effet à l'égard du débiteur (voir par. 1 de l'article 11) et ce dernier ne pourra invoquer aucune exception contre le cessionnaire (voir par. 3 de l'article 20).

Article 31. *Loi applicable aux droits concurrents d'autres parties*

1. À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention et sous réserve des articles 25 et 26:

a) Par rapport au droit d'un réclamant concurrent, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit:

i) La nature et la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée; et

ii) La nature et la priorité du droit du cessionnaire sur un produit qui est une créance dont la cession est régie par la présente Convention[;

b) Par rapport au droit d'un réclamant concurrent, la nature et la priorité du droit du cessionnaire sur un produit visé ci-dessous sont régies:

i) Dans le cas d'une somme d'argent ou d'un effet de commerce non détenus sur un compte bancaire ou par un intermédiaire en valeurs mobilières, par la loi de l'État dans lequel cette somme d'argent ou cet effet sont situés;

ii) Dans le cas de valeurs mobilières détenues par un intermédiaire en valeurs mobilières, par la loi de l'État dans lequel cet intermédiaire est situé;

iii) Dans le cas de dépôts bancaires, par la loi de l'État dans lequel la banque est située[; et

iv) Dans le cas de créances dont la cession est régie par la présente Convention, par la loi de l'État dans lequel le cédant est situé].

[*c)* L'existence et la nature du droit d'un réclamant concurrent sur le produit visé à l'alinéa *b* du paragraphe 1 du présent article sont régies par la loi indiquée dans ce paragraphe]].

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 le paragraphe 1 du présent article.

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; et A/CN.9/486, par. 85 et 86.

Commentaire

50. L'article 31 reproduit les règles énoncées aux articles 24 et 25, mais son champ d'application diffère en ce qu'il peut s'appliquer que le cédant soit ou non situé dans un État contractant (voir par. 4 de l'article premier et alinéa *a* de l'article 28).

Article 32. *Règles impératives*

1. Aucune disposition des articles 29 et 30 ne limite l'application des dispositions de la loi de l'État du for lorsqu'elles sont impératives, quelle que soit la loi applicable par ailleurs.

2. Aucune disposition des articles 29 et 30 ne limite l'application des règles impératives de la loi d'un autre État avec lequel les questions réglées 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; et A/CN.9/486, par. 87 et 88.

Commentaire

51. Le paragraphe 1 reprend un principe généralement accepté en droit international privé, selon lequel les règles de droit impératives de l'État du for peuvent être appliquées quelle que soit la loi applicable par ailleurs (voir le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention de Rome et l'article 11 de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (Mexico, 1994; "la Convention de Mexico"). La loi impérative, dans ce contexte, ne désigne pas simplement une loi à laquelle il ne peut être dérogé par convention, 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 29 et 30, mais la loi d'un pays tiers avec lequel les questions réglées dans ces dispositions ont une relation étroite (voir le paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention de Rome).

52. Le champ d'application de l'article 32 est limité aux cas ayant trait à la loi applicable au contrat de cession et à la relation entre cessionnaire et débiteur. En conséquence, la loi applicable aux questions de priorité ne peut être écartée au motif qu'elle est contraire aux règles impératives de l'État du for ou d'un autre État. À cet égard, le paragraphe 2 de l'article 31, en vertu duquel une règle de priorité de la loi applicable peut être écartée afin de protéger, par exemple, un droit relatif de l'État du for en matière fiscale, a été jugé 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 à la loi applicable à la priorité, ce qui aurait un impact négatif sur la disponibilité et le coût du crédit.

Article 33. *Ordre public*

Pour ce qui est des questions réglées par le présent chapitre, l'application d'une disposition de la loi spécifiée 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; et A/CN.9/486, par. 89 et 90.

Commentaire

53. L'article 33 est une disposition type figurant dans les textes de droit international privé (voir, par exemple, l'article 16 de la Convention de Rome et l'article 18 de la Convention de Mexico). Cette disposition a pour objet de permettre aux États d'écarter une règle de la loi applicable qui, appliquée à un cas d'espèce, serait "manifestement contraire" à l'ordre public international de l'État du for (pour la signification de l'expression "manifestement contraire", voir par. 40).

C. CHAPITRE VI. CLAUSES FINALES

Article 34. *Dépositaire*

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est le dépositaire de la présente Convention.

Références

A/CN.9/455, par. 124 et 125; et A/CN.9/486, par. 91 et 92.

Commentaire

54. 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 et les déclarations connexes déposés auprès du dépositaire ainsi que les listes d'États contractants sont accessibles sur la page d'accueil de la Section des traités sur la Toile (http://www.un.org/depositary). Les traités fondés sur les textes élaborés par la Commission, ainsi que de nombreuses informations s'y rapportant, telles que le statut des textes, sont accessibles sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org). Les textes imprimés peuvent être obtenus auprès de la Section des traités et du Service du droit commercial international, ainsi que de plusieurs autres services, notamment les bibliothèques dépositaires des documents de l'ONU.

Article 35. *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.

Références

A/CN.9/455, par. 141 et 142; et A/CN.9/486, par. 93 et 94.

Commentaire

55. L'article 35 est une disposition conventionnelle type. La période pendant laquelle la Convention serait ouverte à la signature des États reste à déterminer.

Article 36. *Application aux unités territoriales*

1. Si un État comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, cet État peut à tout moment déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles, et peut à tout moment remplacer cette déclaration par une nouvelle déclaration.

2. Ces déclarations doivent désigner expressément les unités territoriales auxquelles la présente 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 sont situés dans une unité territoriale à laquelle la Convention ne s'applique pas, ils sont considérés comme n'étant pas situés 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 toutes les unités territoriales de cet État.

Références

A/CN.9/455, par. 143 et 144; A/CN.9/486, par. 95 et 96.

Commentaire

56. L'article 36 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 ou ne peut pas, en vertu de son droit interne, faire appliquer cet instrument à toutes 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 36, 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 (à l'exception du chapitre V lorsque le for est situé dans un État contractant qui n'a pas écarté l'application de ce chapitre). S'il s'agit du débiteur, les dispositions du projet de convention portant sur les droits et obligations du débiteur ne s'appliquent pas (sauf si la loi régissant le contrat initial est celle d'un État contractant ou d'une unité territoriale à laquelle le projet de convention doit s'appliquer). La règle énoncée à l'alinéa *h* de l'article 5 concernant les établissements multiples s'applique si "le cédant ou le cessionnaire a des établissements dans plus d'un État". Aux fins de l'article 36, elle devrait être appliquée par analogie aux cas où il existe plusieurs établissements dans différentes entités d'un État fédéral.

[Article 37. *Loi applicable dans les unités territoriales*

Si un État comprend deux unités territoriales ou plus, dont la loi peut régir une question visée dans les chapitres IV et V de la présente Convention, une référence dans ces chapitres à la loi d'un État dans lequel une personne ou un bien est situé désigne la loi applicable dans l'unité territoriale où la personne ou le bien est situé, y compris les règles qui rendent applicable la loi d'une autre unité territoriale de cet État. Ledit État peut spécifier par une déclaration faite à tout moment la manière dont il appliquera le présent article.]

Références

A/CN.9/486, par. 96 et 97.

Commentaire

57. L'article 37, qui a été placé entre crochets en attendant que la Commission détermine s'il doit être maintenu, traite des questions de loi applicable dans le cas d'un État fédéral (le commentaire sera rédigé une fois l'article finalisé).

Article 38. *Conflits avec d'autres accords internationaux*

1. La présente Convention ne prévaut sur aucun accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions concernant les matières qu'elle régit, à condition que le cédant soit situé à la date de la conclusion du contrat de cession 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 ce dernier soit situé à la date de la conclusion du contrat initial dans un État partie à un tel accord ou que la loi régissant le contrat initial soit la loi d'un État partie à un tel accord.

2. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, la présente Convention prévaut sur la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international ("la Convention d'Ottawa"). Si, à la date de la conclusion du contrat initial, le débiteur est situé dans un État partie à la Convention d'Ottawa ou si la loi régissant le contrat initial est la loi d'un État partie à la Convention d'Ottawa et si cet État n'est pas partie à la présente Convention, aucune disposition de la présente Convention n'exclut l'application de la Convention d'Ottawa pour ce qui est des droits et obligations du débiteur.

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; et A/CN.9/486, par. 98 à 108.

Commentaire

58. Le paragraphe 1, 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. Le paragraphe 2 adopte une approche différente en ce qui concerne la Convention d'Ottawa, principalement parce que le champ d'application du projet de convention et les questions traitées dans ce dernier sont plus vastes. La seconde phrase du paragraphe 2 vise à garantir que la Convention d'Ottawa pourra s'appliquer si un contrat d'affacturage entre dans son champ d'application territoriale mais pas dans celui du projet de convention.

59. Le projet de convention contenant des dispositions de droit international privé, des conflits peuvent surgir avec des textes de droit international privé, comme la Convention de Rome et la Convention de Mexico. Toutefois, il n'y a pas de conflits avec 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 29 du projet de convention. Tous conflits entre l'article 12 de la Convention de Rome et les articles 29 et 30 du projet de convention sont minimes, puisque ces articles sont presque identiques à l'article 12 de la Convention de Rome. En outre, il ne devrait normalement y avoir aucun conflit entre l'article 12 de la Convention de Rome et l'article 31 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). La Commission a adopté une autre approche (la loi du lieu où est situé le cédant). Pour éviter tout conflit avec la Convention de Rome, l'article 39 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. L'article 21 de la Convention de Rome n'aiderait pas à déterminer quel texte aurait préséance, puisqu'il dispose que la Convention de Rome "ne porte pas atteinte à l'application des conventions internationales". La question serait donc soumise aux principes généraux du droit des traités, en vertu desquels le texte le plus récent ou le plus spécifique prévaut.

60. Le Règlement (CE) nº 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité soumettrait les conflits de priorité entre un cessionnaire et un administrateur d'insolvabilité à la loi du lieu où la procédure d'insolvabilité est ouverte (voir article 4). Dans le cas d'une procédure d'insolvabilité principale, ce lieu est celui où est situé le centre des intérêts principaux du débiteur insolvable (à savoir le cédant dans la terminologie du projet de convention) (voir par. 1 de l'article 3). Si le cédant n'a qu'un seul établissement, ce dernier sera le centre de ses intérêts principaux et, en conséquence, le projet de convention comme le Règlement renverraient à la même loi. Si le cédant a plusieurs établissements, le projet de convention tout comme le Règlement renverraient à la loi du lieu où se trouve le centre de ses intérêts principaux (pour ce qui est de la notion d'administration centrale, voir A/CN.9/489, par. 68).

61. Dans le cas d'une procédure d'insolvabilité secondaire, le Règlement soumettrait les questions de priorité à la loi du lieu où le cédant a un établissement, à savoir le lieu d'opérations où il exerce de façon non transitoire une activité économique (voir par. 2 de l'article 3 et alinéa *h*

de l'article 2), alors que le projet de convention renverrait ces questions à la loi du lieu où le cédant a ses principaux intérêts. Le projet de convention contribue largement à régler ce type de conflit (qui concerne tous les États et pas seulement les États membres de l'Union européenne). Une règle de priorité qui est manifestement contraire à la loi de l'État du for peut être écartée et les superprivilèges ayant la priorité en vertu de cette loi ne sont pas affectés (voir article 25). Ne sont pas affectés non plus les droits spéciaux en matière d'insolvabilité, tels que ceux qui sont décrits au paragraphe 2 de l'article 4 du Règlement (voir par. 41 ci-dessus). Le Règlement réduit également les risques de conflit en disposant que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un État membre de l'Union européenne est sans incidences sur les droits réels, les droits à compensation ou les droits nés d'une clause de réserve de propriété concernant des biens situés dans un autre État membre (voir articles 5 à 7 et alinéa *g* de l'article 2). En tout état de cause, s'il y a conflit, ce dernier devrait être résolu en faveur du Règlement en vertu du paragraphe 1 de l'article 38 (dont il faut peut-être élargir le champ d'application).

62. 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 de l'aviation civile internationale (OACI), Unidroit et autres organisations). Cet avant-projet porte sur certains types de matériels d'équipement mobiles de grande valeur. La cession d'une sûreté sur ce type de matériel emporte également le transfert de l'obligation principale garantie. Un cessionnaire qui inscrit cette cession auprès du registre international spécifique prévu à cet effet dans l'avant-projet de convention aurait préséance sur un cessionnaire de l'obligation principale. Un tel cessionnaire de l'obligation principale (par exemple un cessionnaire dans le cadre du projet de convention) ne pourrait ni inscrire sa sûreté ni obtenir la priorité. En vertu du paragraphe 1 de l'article 38, tous conflits avec l'avant-projet de convention seraient résolus en faveur de l'application dudit avant-projet. On parviendrait probablement au même résultat même en l'absence de l'article 38, puisque, en vertu des principes généraux du droit des traités, le texte le plus récent ou le plus spécifique prévaudrait.

Article 39. *Déclaration sur l'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; et A/CN.9/486, par. 109 à 111.

Commentaire

63. Pour rendre le projet de convention plus acceptable pour les États qui n'ont pas besoin du chapitre V (par exemple, parce qu'ils sont parties à d'autres textes de droit international privé, tels que la Convention de Rome), l'article 39 les autorise à exclure le chapitre V (voir aussi par. 4 de l'article premier). Une clause d'option négative plutôt que positive vise à montrer que le chapitre V fait partie intégrante du projet de convention.

Article 40. *Limitations concernant les personnes publiques*

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié ou dans quelle mesure 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 à la date de la conclusion du contrat initial et est une collectivité publique, nationale ou locale, toute subdivision de ladite collectivité, ou une institution ayant une mission d'intérêt public. 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. Un État peut énumérer dans une déclaration les types d'institution qui font l'objet de la déclaration.

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; et A/CN.9/486, par. 112 à 114.

Commentaire

64. Les créances dues par une collectivité ou autre institution publique sont souvent non cessibles en vertu de la loi. Le projet de convention n'a aucune incidence sur de telles limitations légales à la cession (voir par. 3 de l'article 9). Toutefois, dans certains États, ces limitations légales ne relèvent pas de la pratique courante si bien que les débiteurs souverains ont fréquemment recours à des limitations contractuelles. Afin de rendre le projet de convention plus acceptable pour ces États, l'article 40 leur permet d'assurer l'efficacité de telles limitations contractuelles concernant les débiteurs souverains en faisant une déclaration. Si une déclaration est faite par l'État dans lequel un débiteur souverain est situé à la date de la conclusion du contrat initial, les articles 11 et 12 sont sans incidence sur les droits de ce débiteur. De ce fait, une cession sera sans effet à l'égard du débiteur souverain, alors qu'elle aura effet à l'encontre du cédant et des créanciers du cédant. On part du principe que, dès lors que le débiteur souverain est protégé, il n'y a 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 est situé le cédant. Contrairement à l'article 6 de la Convention d'Ottawa, qui autorise une réserve concernant tout débiteur, l'article 40 n'autorise une telle réserve que pour les débiteurs souverains. S'agissant des personnes publiques, l'article 40 laisse aux États une grande souplesse pour déterminer les types d'entités qu'ils souhaitent exclure de l'application des articles 11 et 12.

[Article 41. *Autres exclusions*

1. Un État peut déclarer à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention aux types de cession ou à la cession des catégories de créances énumérés dans une déclaration. Dans ce cas, la présente Convention ne s'applique pas à ces types de cession ou à la cession de ces catégories de créances si le cédant est situé dans un tel État à la date de la conclusion du contrat de cession ou, pour ce qui est des dispositions de la présente Convention traitant des droits et obligations du débiteur, si à la date de la conclusion du contrat initial le débiteur est situé dans un tel État ou la loi régissant le contrat initial est la loi de cet État.

2. Après qu'une déclaration au titre du paragraphe 1 du présent article a pris effet:

a) La présente Convention ne s'applique pas à ces types de cession ou à la cession de ces catégories de créances si le cédant est situé dans cet État à la date de la conclusion du contrat de cession; et

b) Les dispositions de la présente Convention ayant des incidences sur les droits et obligations du débiteur ne s'appliquent pas si, à la date 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.]

Références

A/CN.9/466, par. 198 à 201.

Commentaire

65. Pour rendre le projet de convention plus acceptable pour les États qui pourraient s'inquiéter de son application à certaines pratiques actuelles ou futures, l'article 41 donne aux États la possibilité d'exclure d'autres pratiques. Il a été mis entre crochets en attendant que la Commission détermine s'il convient de le maintenir ou non (le commentaire sera rédigé une fois l'article 41 finalisé).

Article 42. *Application de l'annexe*

1. Un État peut à tout moment déclarer:

a) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section I de l'annexe et participera au système d'enregistrement international établi en vertu de la section II de l'annexe;

b) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section I de l'annexe et donnera effet à ces règles en utilisant un système d'enregistrement permettant d'en atteindre les objectifs, auquel cas, aux fins de la section I de l'annexe, un enregistrement effectué en application d'un tel système aura le même effet qu'un enregistrement effectué en vertu de la section II de l'annexe;

c) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section III de l'annexe;

d) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section IV de l'annexe; ou

e) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées aux articles 7 et 8 de l'annexe.

2. Aux fins de l'article 24:

a) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu 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;

b) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa *c* du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section III de l'annexe;

c) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa *d* du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section IV de l'annexe; et

d) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa *e* du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble des règles énoncées aux articles 7 et 8 de l'annexe.

3. Un État qui a fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article peut établir des règles en vertu desquelles, compte tenu d'un délai raisonnable, les cessions effectuées avant que la déclaration prenne effet sont soumises à de telles règles.

4. Un État qui n'a pas fait de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article peut, conformément aux règles de priorité qui sont en vigueur dans cet État, utiliser le système d'enregistrement établi en vertu de la section II de l'annexe.

5. Au moment où il fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article ou après cette déclaration, un État peut déclarer qu'il n'appliquera pas les règles de priorité choisies en vertu du paragraphe 1 du présent article à certains types de cession ou à la cession de certaines catégories de créance.

Références

A/CN.9/455, par. 122 et 130 à 132; A/CN.9/466, par. 188 à 191, 202 et 203; et A/CN.9/486, par. 119, 120 et 169.

Commentaire

66. L'article 42 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 5 de l'article premier; voir A/CN.9/489, par. 24). Plusieurs possibilités s'offrent 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, à la section IV ou aux articles 7 et 8 de l'annexe; ou encore appliquer leurs propres règles de priorité et adopter le système d'enregistrement proposé à la section II (par. 4). Les options du paragraphe 1 se différen-

cient de celle du paragraphe 4 en ce qu'un État ne serait pas tenu de faire une déclaration s'il opte pour cette dernière. Le paragraphe 2 décrit l'effet d'une déclaration, à savoir que la section de l'annexe pour laquelle l'État du cédant a opté est la loi du lieu de situation du cédant à la date de la conclusion du contrat de cession. Le paragraphe 3 règle les questions d'application transitoire, tandis que le paragraphe 4 autorise les États à soumettre différentes pratiques à des règles différentes de priorité.

Article 43. *Effet des déclarations*

1. Les déclarations faites en vertu du paragraphe 1 de l'article 36, de l'article 37 ou des articles 39 à 42 au moment de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. Les déclarations et les confirmations de déclaration seront faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.

3. Une déclaration prend effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné. Cependant, une déclaration dont le dépositaire reçoit notification formelle après cette date prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de sa réception par le dépositaire.

4. Un État qui fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 de l'article 36, de l'article 37 ou des articles 39 à 42 peut la retirer à tout moment par une notification formelle adressée par écrit au dépositaire. Ce retrait prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

5. En cas de déclaration en vertu du paragraphe 1 de l'article 36, de l'article 37 ou des articles 39 à 42 qui prend effet après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné, ou en cas de retrait d'une telle déclaration, qui ont pour effet dans les deux cas d'entraîner l'applicabilité d'une règle de la présente Convention, y compris de toute annexe:

a) Sous réserve de l'alinéa *b* du présent paragraphe, cette règle est applicable uniquement aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier;

b) Une règle qui traite des droits et obligations du débiteur s'applique uniquement dans le cas de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

6. En cas de déclaration faite en vertu du paragraphe 1 de l'article 36, de l'article 37 ou des articles 39 à 42 qui prend effet après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné, ou en cas de retrait d'une telle déclaration, qui ont pour effet, dans les deux cas, d'entraîner l'inapplicabilité d'une règle de la présente Convention, y compris de toute annexe:

a) Sous réserve de l'alinéa *b* du présent paragraphe, cette règle est inapplicable uniquement aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier;

b) Une règle qui traite des droits et obligations du débiteur est inapplicable dans le cas de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

7. Si une règle, qui est rendue applicable ou inapplicable en raison d'une déclaration visée aux paragraphes 5 ou 6 du présent article ou de son retrait, est pertinente pour la détermination de la priorité concernant une créance faisant l'objet d'un contrat de cession conclu avant la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet ou concernant le produit de cette créance, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité avant qu'une telle déclaration ou son retrait prenne effet.

Références

A/CN.9/445, par. 79 et 80; A/CN.9/455, par. 145 et 146; A/CN.9/466, par. 206; et A/CN.9/486, par. 121 à 123 et 134.

Commentaire

67. 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 où un État exprime son consentement à être lié; 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. Les paragraphes 5 à 7 traitent de questions relatives à l'application transitoire du projet de convention.

Article 44. *Réserves*

Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention.

Références

A/CN.9/455, par. 147 et 148.

Commentaire

68. L'article 44, qui reflète la pratique courante en matière de droit des traités, vise à garantir qu'il ne sera formulé aucune réserve en dehors de celles expressément autorisées au paragraphe 1 de l'article 36, aux articles 39 à 41 et au paragraphe 5 de l'article 42, qui excluent ou modifient l'effet de certaines dispositions du projet de convention.

Article 45. *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'applique uniquement aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date de son entrée en vigueur à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, étant entendu que celles de ses dispositions qui traitent des droits et obligations du débiteur s'appliquent uniquement aux cessions de créances découlant de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle elle entre en vigueur à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

4. Si une créance est cédée en vertu d'un contrat de cession conclu avant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la créance et son produit de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité en l'absence de la présente Convention.

Références

A/CN.9/455, par. 149 et 150; A/CN.9/466, par. 206; et A/CN.9/486, par. 127 à 131.

Commentaire

69. Les paragraphes 1 et 2 reflètent la pratique courante en matière de droit des traités. Les paragraphes 3 et 4 visent à garantir que le projet de convention n'aura aucune incidence sur les droits acquis avant son entrée en vigueur.

Article 46. *Dénonciation*

1. Un État contractant peut dénoncer à tout moment la présente Convention par notification écrite adressée au dépositaire.

2. La dénonciation prend 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'un délai plus long est spécifié dans la notification, la dénonciation prend effet à expiration du délai en question à compter de la date de réception de la notification par le dépositaire.

3. La présente Convention demeure applicable aux cessions faisant l'objet d'un contrat de cession conclu avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, étant entendu que celles de ses dispositions qui traitent des droits et obligations du débiteur demeurent applicables uniquement aux cessions de créances découlant de contrats initiaux conclus avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

4. Si une créance est cédée en vertu d'un contrat de cession conclu avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la créance et son produit, de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité en vertu de la présente Convention.

Références

A/CN.9/455, par. 151 à 155; A/CN.9/466, par. 206; et A/CN.9/486, par. 132 et 133.

Commentaire

70. L'article 46 vise à garantir qu'un État contractant pourra dénoncer le projet de convention. Afin d'assurer la certitude, les paragraphes 3 et 4 prévoient qu'une dénonciation n'a aucune incidence sur les droits acquis avant sa prise d'effet.

Article 47. *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.

Références

A/CN.9/466, par. 207 et 208; A/CN.9/486, par. 135 et 136.

Commentaire

71. L'article 47 est une disposition qui apparaît dans d'autres textes de la CNUDCI [par exemple l'article 32 de la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg)].

D. ANNEXE DU PROJET DE CONVENTION

Objet de l'annexe

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; et A/CN.9/486, par. 137 à 142.

Commentaire

72. 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 l'annexe du projet de convention, par laquelle un État peut déclarer être lié, contient plusieurs règles de droit matériel relatives à la priorité, fondées sur la date de la cession, la notification ou 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.

73. Les règles énoncées dans l'annexe sont destinées à servir de modèle pour la législation nationale. Si un État les adopte par voie de déclaration, les options et les effets seront déterminés par l'article 42. Si un État les adopte indépendamment du projet de convention, les limitations de l'article 42 ne s'appliqueront pas. Le texte offre un degré supplémentaire de souplesse. En effet, ces règles ne constituent pas nécessairement une loi type complète, si bien que les États devront peut-être les compléter par d'autres dispositions. 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, une section de l'annexe ne s'applique que si l'article 24 s'applique (c'est-à-dire qu'il est satisfait aux conditions d'application de la Convention et que le for est situé dans un État contractant) et si l'État du cédant a fait une déclaration en vertu de l'article 42 (voir également par. 5 de l'article premier). Les possibilités qui s'offrent aux États ainsi que leurs effets sont décrits à l'article 42 (voir par. 65). Étant donné que l'annexe s'appliquera en l'espèce par l'intermédiaire des articles 24 à 26, la portée et la signification des termes employés dans ces articles détermineront également la portée et la signification des termes figurant dans les dispositions de la section de l'annexe par laquelle l'État du cédant aura déclaré être lié.

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 du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée et son produit est déterminée par l'ordre dans lequel les données relatives à la cession sont enregistrées conformément à la section II de la présente annexe, quelle que soit la date de transfert de la créance. Si aucune donnée n'a été enregistrée, la priorité est déterminée par l'ordre dans lequel les différents contrats de cession ont été conclus.

Références

A/CN.9/445, par. 88 à 90; A/CN.9/466, par. 167 et 168; et A/CN.9/486, par. 143 à 145.

Commentaire

74. 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 de conflits de priorité entre des droits concurrents. Parce qu'il a une fonction limitée et qu'il doit être simple, rapide et peu coûteux, le système d'enregistrement envisagé à l'article premier ne requiert l'inscription que 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.

75. Le principe qui sous-tend l'article premier (ainsi que les sections I et II) est 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 du crédit assis sur des créances. Les règles de priorité énoncées à la section I peuvent s'appliquer dans un système d'enregistrement national existant ou dans le système prévu à la section II. Les termes employés à l'article 24 et dans les dispositions de l'annexe ont la même signification. Par exemple, une personne ayant un droit sur une créance découlant d'un droit sur un autre bien devrait être traitée comme un cessionnaire (et non comme un créancier du cédant). En conséquence, un conflit entre un cessionnaire et cette personne serait soumis à l'article premier et non à l'article 2 de l'annexe.

Article 2. *Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant*

Le droit d'un cessionnaire sur une créance cédée et son produit a la priorité sur le droit d'un administrateur de l'insolvabilité et de créanciers qui acquièrent un droit sur la créance cédée ou son produit par saisie, acte judiciaire ou acte analogue d'une autorité compétente créant un tel droit, si la créance a été cédée et si les données relatives à la cession ont été enregistrées conformément à la section II de la présente annexe, avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la saisie, l'acte judiciaire ou un acte analogue d'une autorité compétente.

Références

A/CN.9/466, par. 169 et 170; A/CN.9/486, par. 146 à 149.

Commentaire

76. L'article 2 énonce le principe selon lequel, si l'enregistrement a eu lieu avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité concernant les biens et activités du cédant ou avant la saisie des créances se trouvant entre les mains de ce dernier, le cessionnaire a la priorité. Étant donné que l'application des dispositions de l'annexe suivrait celle de l'article 24, il n'est pas fait mention de l'article 25 ni des autres conditions ou limites de l'application de l'article 24 qui sont implicitement compris.

Section II. Enregistrement

Article 3. *Création d'un système d'enregistrement*

Il sera créé, en vertu du règlement devant être promulgué par le conservateur du registre et l'autorité de supervision, un système d'enregistrement des données relatives aux cessions utilisable, même si la cession ou la créance concernée n'est pas internationale. Le règlement promulgué par le conservateur du registre et l'autorité de supervision en vertu de la présente annexe est conforme à cette dernière. Il prescrira dans le détail la manière dont le système d'enregistrement fonctionnera, 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; A/CN.9/486, par. 150 à 153.

Commentaire

77. 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 un règlement que devront élaborer le conservateur du registre et l'autorité de supervision. En principe, ce règlement ne devrait pas être plus détaillé qu'il ne le faut dans la pratique et le conservateur du registre et l'autorité de supervision devraient avoir une latitude suffisante pour l'établir. C'est pourquoi il est dit à l'article 3 que le règlement prescrit "dans le détail" (mais non "exactement") la manière dont fonctionne le système d'enregistrement. Le conservateur du registre (qui sera probablement une entité privée) et l'autorité de supervision (qui devra être une organisation intergouvernementale) seront chargés d'élaborer ce règlement ainsi que d'assurer le bon fonctionnement du système.

Article 4. *Enregistrement*

1. Toute personne peut enregistrer des données relatives à une cession dans le registre conformément à la présente annexe et au règlement. Comme prévu dans le règlement, les données enregistrées identifient le cédant et le cessionnaire et incluent une description succincte des créances cédées.

2. Un même enregistrement peut porter sur une ou plusieurs cessions effectuées par le cédant au cessionnaire d'une ou de plusieurs créances existantes ou futures, que ces créances existent ou non au moment de l'enregistrement.

3. Un enregistrement peut être effectué avant la cession à laquelle il se rapporte. Le règlement établira la procédure d'annulation d'un enregistrement si la cession n'est pas effectuée.

4. L'enregistrement ou sa modification produit ses effets à compter du moment où les données visées au paragraphe 1 du présent article sont accessibles aux utilisateurs. La partie qui enregistre peut spécifier, parmi les options proposées dans le règlement, la période d'effet de l'enregistrement. En l'absence d'une telle spécification, un enregistrement produit ses effets pour une période de cinq ans.

5. Le règlement spécifiera la manière dont l'enregistrement peut être renouvelé, modifié ou annulé et régira toute autre question afférente au fonctionnement du système d'enregistrement.

6. Toute anomalie, irrégularité, omission ou erreur dans l'identification du cédant, qui empêcherait une recherche faite à partir d'une identification correcte dudit 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; et A/CN.9/486, par. 154 à 159.

Commentaire

78. 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, moyens 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, il faudra 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. En visant un enregistrement "conformément à la présente annexe et au règlement", le paragraphe 1 renvoie ces questions au règlement. Ce dernier (ou un texte législatif) pourrait 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 substantiels. En tout état de cause, en cas de préjudice dû à un enregistrement non autorisé ou frauduleux, les règles générales relatives à la responsabilité extracontractuelle ou à la fraude, voire celles du droit pénal, pourraient s'appliquer. 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 le règlement. L'identification est toutefois censée se faire à l'aide d'un numéro. Par l'expression "description succincte", il faut entendre une description générique du type "toutes mes créances procédant de mon entreprise automobile" ou "toutes mes créances procédant des pays A, B et C". La question de savoir si une description non spécifique des créances est suffisante relève également du règlement.

79. Les paragraphes 2 et 3 constituent des dispositions essentielles du fait qu'ils ont pour objet d'assurer le bon fonctionnement du système d'enregistrement et de répondre aux exigences d'opérations importantes. En vertu du paragraphe 2, une seule déclaration 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 substantiels relèverait du règlement ou d'une loi. Aux termes du paragraphe 3, l'enregistrement peut être effectué même avant la cession. Pour que le cessionnaire puisse débloquer des fonds, il faut que l'enregistrement puisse être effectué le plus tôt possible. Le règlement peut indiquer la manière d'effectuer ce préenregistrement.

80. En vertu du paragraphe 4, l'enregistrement ou sa modification produit ses effets lorsque les utilisateurs peuvent accéder aux données enregistrées. En conséquence, si le cédant devient insolvable après l'enregistrement mais avant que les données soient accessibles aux utilisateurs, la partie qui enregistre assume le risque de tout événement pouvant porter atteinte à ses intérêts. 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 un système d'enregistrement entièrement informatisé. Le paragraphe 4 autorise les parties qui enregistrent à choisir la période d'effet de l'enregistrement parmi différentes options proposées dans le règlement. À défaut de choix, cette période est de cinq ans. Le règlement régit le renouvellement, la modification et la suppression des enregistrements ainsi que tout autre aspect nécessaire au fonctionnement du système d'enregistrement (par. 5). Afin de préserver les enregistrements comportant des erreurs minimes, le paragraphe 6 prévoit que seule une anomalie, irrégularité ou omission dans l'identification du cédant qui empêcherait les utilisateurs de trouver les données enregistrées invalide un enregistrement. L'idée est que si l'erreur est commise par la partie qui enregistre, cette dernière devrait en subir les conséquences, et que si l'erreur provient du conservateur du registre, ce dernier devrait être tenu pour responsable (question pouvant être traitée dans le règlement ou dans la législation générale). L'emploi des mots "qui empêcherait" vise à garantir que l'enregistrement est sans effet en cas d'erreur substantielle dans l'identification du cédant, même si nul n'est effectivement induit en erreur.

Article 5. *Recherches dans le registre*

1. Toute personne peut faire une recherche dans les fichiers du registre à partir de l'identification du cédant, conformément au règlement, et obtenir le résultat de cette recherche par écrit.

2. Le résultat écrit d'une recherche qui est censé émaner du registre est recevable à titre de preuve et, en l'absence de preuve contraire, atteste l'enregistrement des données sur lesquelles porte la recherche, notamment la date et l'heure de l'enregistrement.

Références

A/CN.9/445, par. 118 et 119; A/CN.9/466, par. 179 et 180; et A/CN.9/486, par. 160 et 161.

Commentaire

81. L'article 5 consacre le principe selon lequel le registre est accessible au public aux fins de recherches, ce qui n'est pas le cas pour l'enregistrement. Seul un registre accessible au public pourrait offrir la transparence nécessaire en ce qui concerne les droits des tiers. Un tel accès au registre ne compromet pas la confidentialité indispensable aux opérations de financement, dès lors que très peu de données y figureraient. L'article 5 pose également le principe général de la recevabilité à titre de preuve du résultat d'une recherche devant une instance judiciaire ou un autre tribunal. Ce résultat atteste en particulier l'enregistrement, ainsi que sa date et son heure[3].

[3]Le commentaire sur les articles 6 à 9 de l'annexe sera rédigé une fois que ces articles seront finalisés conformément à une proposition que doivent présenter les États (voir A/CN.9/486, par. 163, 165 et 168).

C. Projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

(A/CN.9/490 et Add.1 à 5) [Original: anglais]

A/CN.9/490

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	161
I. COMPILATION DES COMMENTAIRES	162
A. États	162
1. République tchèque	162
2. Pérou	162
3. États-Unis d'Amérique	163
B. Organisations internationales	165
1. Banque européenne pour la reconstruction et le développement	165
2. Banque centrale européenne	166
3. Factors Chain International	167
4. Secrétariat de l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires	167
5. Secrétariat de l'Organisation de l'aviation civile internationale	168
6. Secrétariat de l'Institut international pour l'unification du droit privé	168

INTRODUCTION

1. À sa trente-troisième session, tenue en 2000, la Commission a adopté les articles 1er à 17 du projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international et a renvoyé au Groupe de travail les articles 18 à 44 ainsi que l'annexe du projet[1]. À cette même session, la Commission a prié le secrétariat de distribuer, pour observations, une fois achevés les travaux du Groupe de travail, le texte du projet de convention[2]. Le Groupe de travail s'est réuni à Vienne du 11 au 22 décembre 2000 et a adopté les articles 18 à 47 ainsi que l'annexe du projet de convention[3].

2. Sous le couvert d'une note verbale datée du 7 février 2001, le Secrétaire général a transmis aux États et aux organisations internationales, qui sont invitées à participer aux réunions de la Commission et de ses groupes de travail en qualité d'observateurs, le texte du projet de convention qui figure en annexe au rapport de la dernière session du Groupe de travail et les a invités à faire part de leurs commentaires sur ce projet. La présente note reproduit les premiers commentaires reçus par le secrétariat. Les autres commentaires seront publiés sous forme d'additifs à la présente note dans l'ordre dans lequel ils seront reçus.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 186 à 188.

[2] Ibid., par. 191.

[3] Le rapport du Groupe de travail est publié sous la cote A/CN.9/486.

I. COMPILATION DES COMMENTAIRES

A. ÉTATS

1. République tchèque

[Original: anglais]

Commentaires généraux

Nous nous référons à nos commentaires précédemment publiés dans le document A/CN.9/472. La République tchèque reste d'avis que sa législation nationale diffère du projet de convention par certains aspects fondamentaux. Étant donné que les accords internationaux doivent être conformes au droit interne, si nous devions adopter le projet de convention, il nous faudrait modifier notre code civil ou notre code du commerce.

Les principales divergences ont trait aux articles 11 et 12 du projet. En droit tchèque, il est impossible de céder une créance en contravention d'une convention de non-cession conclue entre le cédant et le débiteur. En outre, nous sommes préoccupés par les articles 15 et 17, car, en droit tchèque, le cédant est tenu de notifier promptement la cession au débiteur. L'article 21 nous pose également problème. Dans le droit interne tchèque, toute renonciation aux exceptions et droits à compensation futurs est interdite.

Commentaires sur des points particuliers

Article 4: Nous sommes favorables à l'exclusion, au paragraphe 1, des transferts d'effets de commerce effectués par inscription sur les livres comptables d'un dépositaire sans remise ou endossement ainsi que des transferts par simple remise sans endossement nécessaire. En ce qui concerne le paragraphe 4, nous préférons qu'il soit maintenu de sorte que les États aient le droit d'exclure d'autres types de cessions par déclaration.

Article 17: Nous pensons que l'article 17 est suffisant et qu'il n'est pas nécessaire de le modifier pour y aborder des questions de protection des consommateurs.

Insertion d'une nouvelle disposition sur la forme au chapitre V: Nous ne sommes pas opposés à l'insertion, au chapitre V, d'une nouvelle disposition de droit international privé sur la forme. Nous proposons que la forme de la cession soit régie par la loi de l'État dans lequel le contrat de cession a été conclu.

Article 20: Nous appuyons la proposition d'insérer à l'article 20 un libellé similaire à l'article 30, afin que la règle énoncée dans ce dernier ne puisse être écartée par les États.

Article 38: Nous considérons que le libellé actuel est suffisant pour résoudre les conflits potentiels entre le projet de convention et d'autres accords internationaux.

Article 44: Par souci de cohérence avec les autres dispositions du projet de convention qui prévoient des réserves, nous préférons le terme "réserves" à "déclarations".

Procédure à suivre pour l'adoption finale du projet de convention: Nous préférons que le projet de convention soit soumis à l'Assemblée générale pour adoption finale.

Conclusions: Étant donné les divergences précitées entre notre législation nationale et le projet de convention, la République tchèque n'est pas en mesure à ce stade d'adopter la Convention, car elle devrait pour ce faire modifier son code civil ou son code du commerce. Toutefois, une importante révision de notre constitution est actuellement à l'étude. Elle modifierait le principe du dualisme entre droit interne et droit international, ce qui permettrait aux accords internationaux d'avoir la préséance sur la législation nationale. De ce fait et compte tenu de notre volonté de faciliter les pratiques internationales de financement par cession de créances, telles que l'affacturage et le forfaitage, dans notre pays, il nous sera possible, selon nous, d'adopter la Convention prochainement.

2. Pérou

[Original: espagnol]

Commentaires généraux

Nous notons que le texte de l'actuel projet est une nette amélioration par rapport à celui que nous avons reçu et commenté l'année dernière.

Commentaires sur des points particuliers

Article 4: Nous sommes d'accord sur le fait que la cession de créances par endossement d'un effet de commerce (à savoir une lettre de change, un billet à ordre ou un

chèque) devrait être exclue, car l'acte de cession se distingue juridiquement de l'acte d'endossement et produit des effets différents. Les créances susceptibles d'être cédées peuvent être aisément distinguées des créances incorporées dans des effets de commerce, car ces dernières sont transférées par endossement ou par des moyens autres que la cession.

En conséquence, les transferts d'effets de commerce devraient être exclus, qu'ils soient effectués par remise et endossement ou par simple remise (même dans les cas où un endossement peut être nécessaire). Nous pensons qu'il ne faut pas exclure les transferts d'effets dématérialisés effectués électroniquement par inscription sur les livres comptables. Toutefois, nous pourrions accepter qu'ils soient exclus si la Commission parvient à un consensus dans ce sens.

Pour ce qui est du paragraphe 4, nous estimons que les États devraient être autorisés à exclure d'autres types de cessions par déclaration.

Article 11-3 a: Nous pensons que la référence aux biens meubles devrait être maintenue.

Article 17: Nous approuvons le libellé actuel de l'article 17. Il n'est pas nécessaire de le modifier pour y aborder des questions relatives à la protection des consommateurs.

Article 20: Selon nous, il est inutile d'insérer à l'article 20 une disposition similaire à celle qui est énoncée à l'article 30; ce dernier est suffisant.

Article 24-1 b *et* c: Nous pensons que les alinéas *b* et *c* du paragraphe 1 de l'article 24 devraient être retenus. Nous n'avons aucun moyen de déterminer si ces dispositions sont conformes ou non aux travaux de la Conférence de La Haye de droit international privé.

Insertion d'une nouvelle disposition sur la forme au chapitre V: Selon nous, il n'est pas nécessaire d'insérer au chapitre V une nouvelle disposition de droit international privé relative à la forme. Les règles de droit international privé généralement applicables sont suffisantes pour traiter cette question. Dans le droit péruvien, par exemple, la forme est soumise soit à la loi du lieu dans lequel l'acte juridique est conclu ou dans lequel les documents sont établis, soit à la loi régissant la relation juridique découlant de l'acte en question.

Article 38: Nous adhérons aux commentaires du Groupe de travail qui figurent au paragraphe 105 du document A/CN.9/486.

Article 44: Nous approuvons la disposition énoncée à l'article 44, à savoir qu'aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la Convention. Cette règle confère homogénéité et cohérence au projet de convention.

Annexe: Les règles énoncées aux articles 6 à 9 de l'annexe semblent adéquates.

Procédure à suivre pour l'adoption finale du projet de convention: Pour des raisons pratiques, nous pensons que le projet de convention devrait être soumis à l'Assemblée générale pour adoption finale.

3. États-Unis d'Amérique

[Original: anglais]

Commentaires généraux

Les États-Unis d'Amérique se félicitent de l'achèvement des travaux concernant le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international à la prochaine session de la Commission. Grâce à l'achèvement de ces travaux, à l'adoption rapide de la Convention par les États et une prise en compte appropriée des règles de priorité facultatives énoncées dans l'annexe, les moyens modernes de financement des opérations commerciales seront plus facilement accessibles en plus grandes quantités et à des taux plus abordables dans toutes les régions et à tous les niveaux de développement.

Commentaires sur des points particuliers

I. Dispositions laissées entre crochets par la Commission à sa session de juin 2000 (articles 1er à 17)

Article 1-4: Nous souscrivons à la décision du Groupe de travail de supprimer les crochets au paragraphe 4 (A/CN.9/486, par. 75).

Article 4-4: Nous pensons que ce paragraphe devrait être maintenu et qu'il faudrait insérer un libellé indiquant à quel moment un cédant ou un débiteur doivent être situés dans un État contractant (voir, par exemple, article 3). Ce paragraphe offre la souplesse nécessaire pour exclure des pratiques financières futures pour lesquelles les règles énoncées dans la Convention ne sont peut-être pas appropriées. Dans la mesure où la Commission est à même de recenser les pratiques existantes à exclure, elle devrait les écarter expressément en les mentionnant dans les paragraphes précédents correspondants. Si elle ne le fait pas, les groupes qui appliquent ces pratiques seront encouragés à s'opposer à l'adoption de la Convention.

Articles 11-3 a *et 12-4* a: Nous pensons que le terme "*goods*" dans la version anglaise devrait être maintenu sans les crochets. Il est inutile de le remplacer par un terme plus général qui recouvrirait les biens corporels et incorporels, car les alinéas qui suivent immédiatement les alinéas susmentionnés font référence aux catégories de biens incorporels jouant un rôle important dans la pratique financière.

II. Dispositions qui n'ont pas encore été examinées par la Commission (articles 18 à 47 et annexe)

Articles 24 et 5 g: Après consultation, nous concluons à regret que la Commission n'aura pas suffisamment de temps, à sa prochaine session, pour résoudre les problèmes complexes que posent les alinéas *b* et *c* du paragraphe 1. Nous pensons donc que ces alinéas entre crochets ne devraient pas être retenus.

L'article 24 traite de la "priorité" de droits concurrents sur une créance; l'article 5 *g* définit le terme "priorité". Nous pensons que l'article 24 serait plus clair et plus simple si l'on reformulait cette définition de manière à préciser les questions à résoudre pour déterminer si une personne a un droit sur une créance supérieur à celui d'un autre réclamant concurrent. Il s'agit notamment de savoir si ce droit est un droit réel, s'il sert à garantir une dette ou d'autres obligations et s'il est antérieur à celui d'un autre réclamant concurrent. Si la définition du terme "priorité" était modifiée dans ce sens, le paragraphe 2 de l'article 24 ne serait plus nécessaire. Compte tenu de ces éléments, la Commission pourrait envisager de remplacer la définition se trouvant actuellement à l'article 5 *g* par le libellé suivant:

> "*g)* Le terme "priorité" désigne la préférence donnée au droit d'une personne sur le droit d'un réclamant concurrent ou d'une autre personne. La priorité se réfère à la question de savoir si le droit est un droit personnel ou réel et s'il découle d'une cession effectuée à titre de garantie d'une dette ou d'autres obligations."

Article 26-2: Nous estimons que la référence au "réclamant concurrent" est trop générale dans le cadre de l'article 26. Un cessionnaire réclamant le produit en tant que produit de la créance cédée ne devrait pas nécessairement avoir la priorité sur un cessionnaire qui réclame le produit à titre de garantie initiale, sur un acquéreur du produit à titre onéreux ou sur une personne ayant un droit à compensation sur le produit. La question de savoir si le cessionnaire a la priorité sur ces réclamants concurrents devrait être régie par une autre loi. Compte tenu de ces éléments, la Commission pourrait examiner le libellé ci-après pour un nouveau paragraphe 3:

> "Aucune disposition du paragraphe 2 n'a d'incidences sur la priorité à l'égard du cessionnaire, en vertu de la loi applicable en dehors de la présente Convention, d'un droit, ne découlant pas de la créance, i) d'une personne détenant une sûreté contractuelle sur le produit, ii) d'un acquéreur contractuel du produit à titre onéreux, ou iii) d'une personne titulaire d'un droit à compensation sur le produit."

La Convention devrait également préciser si les types de cessions ou les catégories de créances exclus à l'article 4 le sont à toutes fins, y compris l'établissement de la priorité sur le produit conformément à l'article 26, ou à des fins particulières seulement.

Article 26-2 b: Dans la pratique, il est de plus en plus difficile d'établir une distinction entre un compte bancaire et un compte de titres. En conséquence, nous proposons d'insérer après "compte de dépôt" les mots "ou comptes de titres" et d'ajouter à la fin de l'alinéa le membre de phrase suivant: "ou les valeurs mobilières achetées avec de tels fonds".

Article 37: Afin que la Convention puisse être correctement appliquée dans certains États, nous pensons que cet article doit être maintenu sans les crochets. Il faudra modifier le libellé actuel de l'article pour qu'un État comprenant deux unités territoriales ou plus puisse appliquer ses propres règles de rattachement dans la mesure où celles-ci ne fonctionnent qu'entre les unités territoriales à l'intérieur de cet État. Si l'article est modifié dans ce sens, il faudrait indiquer à l'article 5 *i* que la définition du terme "loi" est subordonnée à l'article 37.

Article 38: La Commission devra envisager d'ajouter un paragraphe afin de répondre aux préoccupations particulières de l'industrie aéronautique et des entreprises de transport aérien, les règles de la Convention pouvant ne pas être conformes aux pratiques financières existant dans ces secteurs.

Article 41: Nous pensons qu'il faudrait conserver cet article et supprimer les crochets. Ce texte offre la souplesse nécessaire pour exclure des pratiques financières futures pour lesquelles les règles énoncées dans la Convention ne sont pas appropriées.

Article 42: Nous pensons qu'un État devrait être autorisé à modifier ou à compléter l'une quelconque des règles types de droit matériel énoncées aux sections I, III et IV de l'annexe afin de les adapter à sa législation nationale ou aux pratiques financières. Il faudrait ajouter, à l'article 42, un paragraphe qui autorise un État faisant une déclaration au titre de cet article à indiquer dans cette déclaration toute modification ou ajout qu'il souhaite faire aux sections I, III ou IV.

III. Autres questions

Article 4-1 b: Le principe sur lequel repose l'alinéa *b* serait mieux exprimé si ce dernier indiquait qu'aucune disposition de la Convention n'a d'incidences sur les droits attachés aux effets de commerce ou sur les droits et obligations des parties découlant de la législation applicable aux effets de commerce. Si la présente disposition est retenue, il faudrait préciser que les effets de commerce peuvent néanmoins être un produit visé par la Convention.

En tout état de cause, la Commission devrait indiquer quels instruments entrent dans la catégorie des "effets de commerce". À notre avis, ce terme devrait recouvrir uniquement les effets habituellement régis par une législation spéciale telle que la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux de 1988, à savoir les lettres de change (traites), les billets à ordre et les chèques.

Article 4-2: Il faudrait préciser que, si ce paragraphe exclut les comptes bancaires et les comptes de titres, ceux-ci peuvent toutefois constituer un produit visé par la Convention. Nous demandons instamment à la Commission d'exclure les opérations en devises qui ne sont pas

par ailleurs englobées dans les pratiques qu'il a été convenu d'exclure, comme les conventions de compensation globale et autres. Les règles de la Convention ne sont pas nécessaires pour ce type d'opération et risquent de perturber les pratiques existantes.

Article 4-2 f: L'exclusion prévue à l'alinéa *f* du paragraphe 2 ne reflète peut-être pas pleinement la décision de principe d'exclure les opérations portant sur des actifs financiers, y compris les effets de commerce (néanmoins définis), détenus dans le cadre d'un système de détention indirecte. Ainsi, cet alinéa pourrait énoncer expressément que tout actif financier inscrit sur un compte de titres devrait être traité de la même manière qu'une valeur mobilière inscrite sur ce même compte.

Article 5 g: Nous recommandons de reformuler la définition figurant à l'alinéa *g* de l'article 5 afin de préciser quelles sont les questions à régler pour déterminer si une personne a un droit supérieur sur une créance par rapport à un autre réclamant concurrent. Le libellé proposé figure dans le commentaire relatif à l'article 24.

Article 9-4: Nous pensons que le principe énoncé dans ce paragraphe s'applique également aux questions de forme traitées à l'article 8. Il faudrait modifier le paragraphe pour le dire expressément.

Article 10: La Commission devrait réexaminer si cet article demeure nécessaire.

B. ORGANISATIONS INTERNATIONALES

1. Banque européenne pour la reconstruction et le développement

[Original: anglais]

Commentaires généraux

La Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) se félicite des dernières améliorations apportées au projet de convention et espère qu'un consensus se dégagera sur ce projet à la trente-quatrième session de la Commission, qui doit se tenir cet été. On ne saurait trop souligner l'importance de la cession de créances pour les pays d'Europe centrale et orientale et de la Communauté d'États indépendants dans lesquels la Banque mène ses activités. Les investisseurs étrangers, en particulier, ont besoin sans tarder d'une plus grande sécurité quant aux règles applicables dans ce domaine.

À titre de commentaire général, nous tenons à faire observer que la BERD ne peut que souligner les difficultés qu'elle entrevoit pour certains des États qui souhaitent peut-être signer et ratifier la Convention. L'expérience que nous avons acquise en matière de réforme du droit dans la région montre qu'il existe un important décalage entre les pratiques suivies par les pays de cette région et ce qui est considéré comme approprié par les pays plus développés. En imposant des règles ou des concepts trop étrangers à un pays, on court le risque de voir celui-ci rejeter purement et simplement la réforme. Cela ne signifie pas que tout progrès soit impossible. Au-delà d'un ensemble minimal de principes qui doivent faire l'objet d'un accord général (tels que les principes directeurs de la BERD sur les opérations assorties de sûretés), il faut prévoir une marge de compromis et la possibilité de trouver des solutions plus adaptées à ce qu'un pays peut ou souhaite assimiler ou à ce qu'il juge approprié à un moment donné.

On trouvera ci-après plusieurs commentaires sur certaines dispositions du projet de convention. Nous croyons comprendre que des commentaires n'ont été demandés que pour les parties qui n'ont pas été adoptées à la dernière session et sur lesquelles le Groupe de travail s'est penché en vue de la prochaine session. Nous pensons toutefois que nos observations peuvent dépasser le cadre de l'article auquel elles se rapportent effectivement.

Commentaires sur des points particuliers

Article 2: Nous constatons avec préoccupation que l'article n'admet pas la distinction de fond entre le transfert d'une créance et la création de droits sur des créances à titre de garantie d'une autre obligation. À notre connaissance, cette distinction existe dans la plupart, voire la totalité, des pays où nous intervenons, des régimes distincts s'appliquant à l'un et l'autre cas. Il serait très difficile d'harmoniser la Convention avec le système existant, en particulier du fait que celle-ci ne s'appliquerait qu'aux créances internationales ou aux cessions internationales. Nous émettons également des réserves de fond quant au fait de traiter de la même manière les cessions-vente et les cessions à titre de garantie. Dans la Loi type de la BERD et l'évaluation que nous avons réalisée par la suite à partir des principes qui la sous-tendent (voir www.ebrd.com/english/st.htm), nous indiquons très clairement qu'une sûreté sur des biens meubles (y compris des biens corporels) diffère sur le fond d'un transfert fiduciaire de propriété, même d'un transfert assorti d'une clause de réserve de propriété. À cet égard, nous ne suivons pas l'approche adoptée à l'article 9 du Code de commerce uniforme des États-Unis. Certains éléments montrent que les pays de la région ont jugé plus sûr de maintenir la distinction entre les deux types de cession.

Article 9-4: Le principe énoncé dans ce paragraphe est clair, mais on ne voit pas bien comment il s'appliquerait dans la pratique, car la cession devrait non seulement ne pas être dépourvue d'effet, mais également être exécutoire. Par exemple, si une législation interne ne reconnaît

comme valable une cession de créances effectuée à titre de garantie que si les créances sont clairement désignées dans l'accord de garantie, et si cette législation devient applicable, la cession de créances décrites en termes généraux restera probablement valable au regard de la Convention. Cependant, nous ne savons pas avec certitude quel serait le rang du droit d'un cessionnaire par rapport au droit d'un créancier titulaire d'une sûreté sur l'entreprise, y compris ses carnets de commandes, qui pourrait souhaiter exécuter sa sûreté. Il n'existerait sans doute aucune règle sur ce point, puisque, conformément à la législation interne, la cession serait tout simplement nulle.

Article 11: Nous pensons que le fait de ne pas tenir compte des limitations contractuelles entre les parties concernant les cessions subséquentes n'est pas satisfaisant, en particulier lorsque le cessionnaire subséquent avait connaissance de l'interdiction. L'enregistrement de la cession permettrait bien entendu de résoudre le problème de l'information et de la connaissance qu'ont les tiers (voir les commentaires ci-dessous).

Article 15: L'un des objectifs de la Convention étant de supprimer les formalités généralement associées à la notification de la cession au débiteur, il serait préférable d'indiquer plus précisément la manière dont cette cession doit être notifiée au débiteur, à savoir "par tous moyens" ou simplement sous forme écrite. De fait, à l'ère des communications électroniques, il serait sans doute opportun d'étudier comment la cession pourrait être notifiée en toute sécurité, d'une manière à la fois simple, rapide et peu coûteuse.

Article 20-2: La remarque ci-dessus vaut également pour la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 20. En effet, comme le droit à compensation entre le droit du cessionnaire et les droits du débiteur à l'égard du cédant dépend de la date précise à laquelle la notification de la cession a été reçue, il est impératif d'énoncer dans la Convention des règles claires sur la preuve de la date, faute de quoi le risque serait que la loi interne applicable ne prévoie aucune disposition satisfaisante sur ce point essentiel.

Article 41: Cet article est très complexe, peut-être inutilement, ce qui est regrettable, car il peut créer des incertitudes.

Annexe: Dans l'ensemble, nous approuvons les dispositions de l'annexe, car elles expriment le message que nous essayons d'adresser aux pays de la région dont s'occupe la BERD, à savoir qu'une généralisation de l'enregistrement permet de simplifier des règles complexes et garantit la sécurité et la simplicité des règles de priorité.

Article 4-1 de l'annexe: Nous pensons qu'il est important d'avoir, au moment de l'enregistrement, la preuve du consentement des deux parties à la cession, qu'il s'agisse de leur signature ou d'autres moyens, ce qui éviterait les risques de fraude.

Article 5 de l'annexe: Nous ne pensons pas que la période de cinq ans soit nécessaire au bon fonctionnement du registre et nous préférerions laisser cet aspect à la réglementation locale sur l'enregistrement.

2. Banque centrale européenne

[Original: anglais]

Commentaires généraux

Les services juridiques de la Banque centrale européenne (BCE) suivent les travaux de la Commission avec beaucoup d'attention et d'intérêt. En particulier, nous espérons que les dispositions du projet de convention permettront de réglementer la cession de créances de manière efficace et rationnelle.

Nous avons examiné le rapport et les dispositions du projet de convention, tels qu'élaborés par le Groupe de travail. Nous avons noté en particulier que les cessions de créances nées de contrats financiers ont été exclues du champ d'application du projet de convention. Les contrats financiers sont généralement soumis à des accords-cadres régis par les lois d'un État déterminé. Une cession de créances nées de tels contrats risque d'avoir une incidence notamment sur les calculs effectués et les taux pratiqués par les établissements de crédit. Nous nous félicitons donc de cette exclusion, puisque, par voie de conséquence, la communauté des banques centrales ne sera pas affectée par les dispositions du projet de convention.

Commentaires sur des points particuliers

Articles 24 et 26: Nous pensons qu'il faudra peut-être donner des indications sur la relation entre le projet de convention et les dispositions de la convention relative à la loi applicable aux actes de disposition de titres détenus par un ou plusieurs intermédiaires proposée par la Conférence de La Haye de droit international privé. Ces indications seraient particulièrement utiles en ce qui concerne les articles 24 et 26 du projet de convention. En conséquence, peut-être serait-il opportun d'examiner et de préciser la relation entre ces deux textes.

En outre, la règle de conflit énoncée à l'article 24-1 *b* ii devrait promouvoir l'approche selon laquelle les droits sur des titres sont régis par la loi du lieu où est situé le compte de titres de l'intermédiaire pertinent (PRIMA). Toutefois, le libellé exact de ce principe devrait peut-être faire l'objet d'un examen plus approfondi et tenir compte des travaux menés à cet égard en relation avec la proposition de la Conférence de La Haye et la proposition de directive de la Commission européenne concernant l'utilisation des ga-

ranties. En définitive, cette disposition du projet de convention devrait être pleinement conforme et n'être en aucun cas contraire au texte qu'élaborera la Conférence de La Haye.

Notre interprétation de l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 24 nous amène à conclure que cette disposition semble aller au-delà du champ d'application du projet de convention. L'alinéa *b* de ce paragraphe traite de manière appropriée de la nature et de la priorité du droit d'un cessionnaire à l'égard d'un réclamant concurrent. Toutefois, l'existence et la nature des droits d'un réclamant concurrent peuvent être fort bien soumises à une loi autre que celle du lieu où est situé le cédant. Ce résultat serait normal et ne compromettrait pas la sécurité qu'apporte le projet de convention.

3. Factors Chain International

[Original: anglais]

Commentaires généraux

Factors Chain International, qui compte quelque 150 membres répartis dans 51 pays, s'attache à aider ses membres à fournir des financements et des services en vue de favoriser la circulation transfrontière de marchandises et de services. C'est pourquoi Factors Chain International tient tout particulièrement à ce que la version définitive de la Convention remplisse son objet, à savoir promouvoir l'offre de crédits à des taux raisonnables en faveur du commerce international.

À cette fin, il nous semble essentiel que, dans la mesure du possible, nos membres et d'autres entités, qui financent et garantissent la circulation transfrontière de marchandises et de services, sachent avec certitude sur quelle loi ils doivent se fonder pour que leurs opérations s'effectuent dans des conditions de sécurité raisonnables. Nous considérons qu'à cet effet il convient de prendre en considération les commentaires ci-après.

Commentaires sur des points particuliers

Article 24: Afin d'offrir un financement avec un degré de confiance raisonnable et à des taux équitables, il est essentiel pour le financier, qui s'appuie sur une cession de créances, de savoir exactement quelle sera sa situation par rapport à d'autres réclamants concurrents en cas d'insolvabilité du cédant. Aussi cet article est-il une des dispositions les plus importantes (si ce n'est la disposition la plus importante) du projet de convention. Il nous semble que l'article 24 devrait aborder les questions de priorité en ce qui concerne non seulement les créances, mais également leur produit.

Si le financier doit se fonder, en toute confiance, sur une seule et même loi pour déterminer si ses droits sur les créances subsisteront en cas d'insolvabilité du cédant, il doit également être en mesure de savoir quelle sera sa situation à l'égard du produit. Ce dernier étant très rarement constitué d'autre chose que d'une somme d'argent ou d'instruments de paiement (négociables ou non), il semble que, pour atteindre les objectifs fixés par la Convention, seule une référence aux dépôts bancaires et à ces instruments soit nécessaire. Il nous paraît inutile que la Convention traite d'autres formes de produit.

Articles 20 et 30: Pour que la Convention remplisse son objet en donnant toute sécurité au financier potentiel, il faut énoncer une règle de rattachement semblable à celle qui figure à l'article 30. Le financier doit savoir, avant d'octroyer un financement, quelle loi régira les droits à compensation des débiteurs. C'est à cette seule condition qu'il peut évaluer les risques correctement. L'article 30 offrirait cette sécurité au financier. Il est toutefois soumis à une clause d'option négative qui pourrait être une autre cause d'incertitude pour le financier. Dès lors, nous pensons que la même règle devrait être reprise à l'article 20.

Certes, d'aucuns ont exprimé la crainte que de telles règles de droit international privé ne rendent la Convention moins acceptable pour les États. Si cette crainte devait toutefois prévaloir sur les objectifs de la Convention, on risquerait d'avoir une convention largement acceptée qui ne remplirait aucun de ses objectifs.

4. Secrétariat de l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires

[Original: anglais]

Le secrétariat de l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF) saisit l'occasion qui lui est donnée pour présenter ses compliments à la Commission et au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux pour l'excellent travail réalisé concernant le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international ("le projet de convention de la CNUDCI").

Lors de sa première session conjointe tenue à Berne les 15 et 16 mars 2001, le Comité d'experts gouvernementaux chargé d'élaborer un avant-projet de protocole portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire ("l'avant-projet de protocole sur le matériel ferroviaire") a examiné notamment le lien entre le projet de convention de la CNUDCI et l'avant-projet de protocole sur le matériel ferroviaire. Les experts présents

à cette session sont unanimement convenus qu'il vaudrait mieux traiter la cession de créances à titre de garantie pour le financement de matériel ferroviaire dans l'instrument spécifiquement consacré à ce type de matériel, à savoir dans l'avant-projet de protocole sur le matériel ferroviaire se rapportant au projet de convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles ("le projet de convention d'Unidroit"), plutôt que dans le projet de convention de la CNUDCI.

C'est pourquoi le secrétariat de l'OTIF souscrit pleinement aux commentaires du secrétariat d'Unidroit sur ce point et suggère que la Commission envisage favorablement une solution telle que celle que propose le secrétariat d'Unidroit, à savoir que le projet de convention de la CNUDCI ne s'applique pas à une cession de créances nées d'une convention qui crée ou prévoit une garantie sur du matériel roulant ferroviaire, tel que défini dans l'avant-projet de protocole sur le matériel ferroviaire se rapportant au projet de convention d'Unidroit.

5. Secrétariat de l'Organisation de l'aviation civile internationale

[Original: anglais]

L'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), en collaboration avec Unidroit, a élaboré un projet de convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles ("le projet de convention sur les matériels d'équipement mobiles") et un projet de protocole additionnel portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques ("le projet de protocole sur les matériels aéronautiques"). Ces textes ont été approuvés par les organes compétents des deux organisations et seront présentés, pour adoption, à une conférence diplomatique qui se tiendra, sous les auspices de l'OACI et d'Unidroit, au Cap (Afrique du Sud) du 29 octobre au 16 novembre 2001.

Les parties qui ont jusqu'à présent participé aux consultations intergouvernementales organisées par l'OACI et Unidroit ont fermement recommandé que le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international ("le projet de convention sur la cession") ne s'applique pas à une cession de créances nées d'une convention qui crée ou prévoit une garantie internationale, notamment sur des biens aéronautiques tels que définis dans le projet de protocole sur les matériels aéronautiques.

Il a été considéré que l'on pouvait parvenir à ce résultat:

a) En excluant purement et simplement la cession de cette catégorie de créances du champ d'application du projet de convention sur la cession; ou (à défaut);

b) En incluant, dans le projet de convention sur les matériels d'équipement mobiles, une disposition indiquant que ce dernier l'emporte sur le projet de convention sur la cession dans la mesure où il s'applique à la cession de créances qui constituent des droits se rapportant à des garanties internationales portant sur des biens visés par le projet de convention sur les matériels d'équipement mobiles.

Dans le doute quant au point de savoir quelle convention serait adoptée la première, une disposition telle que celle énoncée au paragraphe *b* ci-dessus a été insérée dans le projet de convention sur les matériels d'équipement mobiles (article 46), afin de prévenir tout conflit entre les deux textes.

Les parties aux consultations intergouvernementales organisées par l'OACI et Unidroit ont estimé qu'il était préférable de traiter ces questions dans une disposition spécifique de l'un ou l'autre projet de convention en cause, plutôt que de s'en remettre aux dispositions de l'article 30 (relatif à l'application de traités successifs portant sur la même matière) de la Convention de Vienne sur le droit des traités conclue à Vienne le 23 mai 1969.

6. Secrétariat de l'Institut international pour l'unification du droit privé

[Original: anglais]

Le secrétariat de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) saisit l'occasion qui lui est donnée pour féliciter la Commission et le Groupe de travail de l'excellent travail qu'ils ont accompli lors de leurs dernières sessions. Il constate toutefois qu'aucune des principales propositions qu'il avait soumises à la Commission à sa trente-troisième session (voir A/CN.9/472/Add.1 et 4) n'a été prise en compte dans le texte du projet de convention. Il est rappelé qu'à cette occasion le secrétariat d'Unidroit avait proposé, d'une part, que l'apport de la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international au projet de convention soit dûment reconnu dans le préambule et, d'autre part, que la cession de créances devenant des droits accessoires se rapportant au financement des catégories de matériels d'équipement aéronautiques, de matériel roulant ferroviaire et de matériel d'équipement spatial visées par le projet de convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles ("le projet de convention d'Unidroit"), et par les protocoles s'y rapportant, à savoir respectivement le projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques ("le projet de protocole sur les matériels aéronautiques"), l'avant-projet de protocole portant sur les

questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire ("l'avant-projet de protocole sur le matériel ferroviaire") et l'avant-projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement spatial ("l'avant-projet de protocole sur le matériel spatial"), soit exclue du champ d'application du projet de convention.

Relation entre le projet de convention et la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international

Le Groupe de travail a déjà reconnu indirectement ce que la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international a apporté au projet de convention (voir A/CN.9/466, par. 193). Dès lors, le secrétariat d'Unidroit estime que, pour reconnaître d'une manière appropriée cet apport, il faudrait insérer, dans le préambule du projet de convention, une clause indiquant que ce dernier s'inspire des résultats de ladite Convention d'Unidroit. Cette indication présenterait l'intérêt, considérable, d'appeler l'attention des États découvrant pour la première fois le projet de convention sur la relation entre les deux instruments et de préciser l'intention annoncée d'emblée par le Groupe de travail de préserver l'application de la Convention d'Unidroit.

Relation entre, d'une part, le projet de convention et, de l'autre, le projet de convention d'Unidroit, le projet de protocole sur les matériels aéronautiques, l'avant-projet de protocole sur le matériel ferroviaire et l'avant-projet de protocole sur le matériel spatial

Lors des travaux d'élaboration du projet de convention d'Unidroit et des différents projets et 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. Une preuve en est la délimitation du projet de convention d'Unidroit par référence aux garanties portant sur les matériels d'équipement mobiles protégées par enregistrement fondé sur des actifs identifiés. On notera qu'il a très vite été décidé de ne pas opter pour un système d'enregistrement fondé sur le débiteur et de ne pas traiter des conditions relatives à l'opposabilité des garanties ni des règles de priorité relatives au financement par cession de créances séparée de l'actif principal.

Les différentes catégories de matériels d'équipement mobiles envisagées par le projet de convention d'Unidroit jouissent traditionnellement d'un statut spécial. Différents aspects de la structure du nouveau régime international proposé correspondent à la spécificité des catégories de matériels visés. Premièrement, chaque catégorie de matériels entrant dans le champ d'application du projet de convention d'Unidroit fera l'objet d'un protocole séparé contenant les dispositions nécessaires à l'adaptation des règles générales de la 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. La spécificité des actifs couverts par le nouveau régime international proposé est une particularité essentielle du projet de convention d'Unidroit.

Les trois groupes de travail spéciaux qui relèvent du Président d'Unidroit et qui sont chargés de suivre l'application du projet de convention d'Unidroit aux matériels aéronautiques, au matériel roulant ferroviaire, au matériel spatial et de centraliser les connaissances dans chaque secteur (chacun est composé de représentants de fabricants, d'utilisateurs/d'exploitants et de financiers ainsi que d'organisations internationales compétentes), à savoir le Groupe de travail aéronautique, le Groupe de travail ferroviaire et le Groupe de travail spatial, respectivement, ont rappelé qu'ils souhaitaient clairement que les cessions de créances effectuées à titre de garantie dans les opérations de financement aéronautique, ferroviaire ou spatial soient régies par des instruments spécifiques aux différents matériels d'équipement, à savoir le projet de convention d'Unidroit et les protocoles s'y rapportant — projet de protocole sur les matériels aéronautiques, avant-projet de protocole sur le matériel ferroviaire et avant-projet de protocole sur le matériel spatial –, et non par le projet de convention. Ils ont insisté sur le vif intérêt manifesté par leurs membres pour des régimes distincts tenant compte des pratiques et des structures de financement dans les secteurs aéronautique, ferroviaire et spatial.

La valeur d'actifs tels que les matériels aéronautiques, le matériel roulant ferroviaire et le matériel spatial réside dans le profit qui peut être tiré de leur vente ou de leur location. Permettre au débiteur de céder des créances découlant de tels actifs 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 du projet de convention d'Unidroit. L'indissociabilité de l'actif et du profit qui peut être tiré de sa vente ou de sa location est clairement consacrée au paragraphe 1 de l'article 7 et à l'article 9 du projet de convention d'Unidroit, relatifs aux droits en cas d'inexécution, et à l'article 12, 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 aéronautiques, le matériel roulant ferroviaire et le matériel spatial et, d'autre part, les créances liées à ces matériels. 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 des problèmes de conflit de lois, mais aussi le manque de prévisibilité commerciale et l'augmentation du coût des opérations qui en résulteraient.

Eu égard à la solution proposée dans le rapport sur les travaux de la dernière session du Groupe de travail (voir A/CN.9/486, par. 105 *in fine*), qui consisterait à laisser le projet de convention d'Unidroit, et les différents projets et avant-projets de protocoles s'y rapportant, prévaloir sur le projet de convention, un certain nombre d'inconvénients doivent être notés.

De nombreux systèmes juridiques nationaux contiennent actuellement des règles de cession qui sont plus conformes aux pratiques en matière de financement dans les secteurs aéronautique, ferroviaire et spatial que celles qui sont proposées dans le projet de convention. Il est inutile de bouleverser ces systèmes qui servent bien le financement dans ces secteurs, à moins de concevoir spécifiquement les changements correspondants en fonction des exigences de financement de chaque secteur. Comme le projet de convention d'Unidroit sera peut-être adopté après le projet de convention, 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 risquent d'être compliqués, voire retardés, en raison des objections soulevées par les secteurs aéronautique, ferroviaire et spatial et de la nécessité de procéder à de nouvelles consultations nationales et internationales.

L'approche proposée soulève, au lieu de les résoudre, d'éventuels problèmes liés au champ d'application, y compris dans le temps, des deux instruments. La prévisibilité commerciale s'en trouvera diminuée, d'où des coûts d'opérations plus élevés. Cette approche ne réglerait pas le conflit qui peut survenir entre le projet de convention et la Convention de Genève relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronefs. À ce propos, il convient de noter que le projet de convention d'Unidroit et le projet de protocole sur les matériels aéronautiques contiennent des dispositions détaillées relatives à la coordination entre ces deux textes et la Convention de Genève.

Le projet de convention d'Unidroit et le projet de protocole sur les matériels aéronautiques devraient être adoptés lors d'une conférence diplomatique qui se tiendra au Cap du 29 octobre au 16 novembre 2001. Les perspectives d'une entrée en vigueur rapide de ces deux textes ne pourraient être meilleures. L'avant-projet de protocole sur le matériel ferroviaire, qui a déjà fait l'objet d'une première session d'experts gouvernementaux, tenue à Berne les 15 et 16 mars 2001, est sur le point d'être finalisé. Par ailleurs, l'avant-projet de protocole sur le matériel spatial devrait être examiné à la quarantième session du Sous-Comité juridique du Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, qui se tiendra à Vienne du 2 au 12 avril 2001, afin de déterminer notamment si l'Organisation des Nations Unies souhaite exercer la fonction d'autorité de surveillance du futur Registre international des biens spatiaux. Le secrétariat d'Unidroit pense pouvoir transmettre cet avant-projet aux gouvernements d'ici la fin de l'année.

Compte tenu de ce qui précède, le secrétariat d'Unidroit, estimant qu'il est particulièrement urgent de trouver une solution satisfaisante au problème de la relation entre, d'une part, le projet de convention et, de l'autre, le projet de convention d'Unidroit et les différents projets et avant-projets de protocoles s'y rapportant, a l'honneur de proposer que la Commission envisage favorablement une solution telle que celle qu'il a suggérée lors de sa dernière session, sur laquelle la Commission a toutefois décidé de se prononcer ultérieurement afin de permettre "aux gouvernements de mener les consultations nécessaires avec les secteurs d'activité concernés" (voir A/55/17, par. 96 *in fine*). Cette solution consisterait à insérer dans le projet de convention un libellé qui se lirait ainsi:

> "La présente Convention ne s'applique pas à une cession de créances nées d'une convention qui crée ou prévoit une garantie sur des biens aéronautiques, du matériel roulant ferroviaire ou des biens spatiaux tels que définis dans le protocole correspondant additionnel à la Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles."

A/CN.9/490/Add.1

Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	171
I. COMPILATION DES COMMENTAIRES	171
1. Colombie	171
2. France	171

INTRODUCTION

1. La première série de commentaires concernant le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international a été publiée sous la cote A/CN.9/490. La présente note reproduit la deuxième série de commentaires reçus par le secrétariat. Les autres seront publiés sous forme d'additifs à la présente note dans l'ordre dans lequel ils seront reçus.

I. COMPILATION DES COMMENTAIRES

1. Colombie

[Original: espagnol]

Article 19, par. 7: Les mots "délai raisonnable" peuvent être compris de diverses manières par chaque partie et porter sur des périodes différentes, ce qui pourrait conduire à des controverses inutiles. Nous proposons donc, pour plus de clarté, d'indiquer un délai précis.

Article 24: La nouvelle proposition relative à la loi applicable aux conflits de priorité concernant le produit permet de dissiper certaines incertitudes. Toutefois, sa formulation peut laisser penser qu'il existe des cas qui ne sont pas visés. Nous suggérons par conséquent d'envisager d'inclure une règle d'application générale. À cet égard, compte tenu du fait que les titres négociables sont transférés par endossement et non par cession, il importe de les exclure du champ d'application de la Convention.

Pouvoirs de réglementation des banques centrales: Dans la mesure où la situation économique générale l'exige, les banques centrales devraient être autorisées à intervenir dans les cessions visées par la Convention sans que cela entraîne une violation de cet instrument. Les banques centrales, et les États en général, ont le pouvoir de contrôler les entrées et sorties de capitaux du pays. On ne saurait trop insister sur l'importance que revêt un tel pouvoir pour la politique économique générale de tout État.

En vertu de l'article 24, la loi du lieu de situation du cédant régit les questions de priorité. Il semble qu'elle régisse également le contrôle des capitaux, ce qui peut créer un conflit avec le contrôle des capitaux effectué par le pays d'où proviennent les créances. Une banque centrale peut décider de ne pas vendre des devises dans une conjoncture économique particulière, et il est alors important non seulement que la banque puisse conserver ce pouvoir, mais également que les débiteurs soient protégés contre tout effet que cette mesure peut avoir sur les conditions d'établissement de la dette.

2. France

[Original: français]

Questions en suspens

Article 4, par. 1 b: La France a toujours approuvé l'exclusion des transmissions de créances effectuées par la remise (effet au porteur) ou l'endossement (effet à ordre) d'un effet de commerce. Celles-ci sont soumises à un régime juridique très particulier, caractérisé notamment par l'application du principe d'inopposabilité des exceptions au nouveau porteur. De surcroît, les Conventions de Genève de 1930 (sur les lettres de change et les billets à ordre) et de 1931 (sur les chèques) définissent pour ces titres de créance un statut légal qui se combinerait difficilement avec la convention que prépare la CNUDCI. Ce qui justifie l'exclusion, ce n'est pas la nature du titre représentant la créance (lettre de change, billet à ordre, chèque, etc.), mais la technique de transmission, à savoir l'endossement ou la tradition.

Or il existe des titres négociables, tels que les titres de créance négociables (TCN) ou les obligations, qui n'appartiennent pas à la catégorie des effets de commerce. Il serait donc judicieux de substituer à la référence aux effets de commerce, dans la version française du paragraphe 1 *b* de l'article 4, une référence aux instruments négociables.

Un nombre croissant de titres de créance négociables sont dématérialisés, inscrits en compte et circulent par virement de compte à compte. On tend à reconnaître à cette forme de transmission comme à l'endossement un caractère abstrait, et l'exclusion du champ d'application de la Convention de la CNUDCI paraît, par souci d'homogénéité avec le régime des valeurs mobilières, également justifiée dans ce cas. Si l'on s'accorde pour de telles exclusions, il serait indispensable de les prévoir expressément dans le texte de la Convention. Il va de soi que si une créance négociable est transmise non pas par une technique de négociation (endossement ou tradition, selon le cas), mais sous la forme d'une cession, il n'y a pas de raison d'exclure l'application de la Convention.

Article 4, par. 4 et article 41: Donner aux États la possibilité d'exclure par une déclaration d'autres pratiques du champ d'application de la Convention compromettrait gravement la fonction unificatrice de cette dernière. Toutefois, si la question de la protection des débiteurs consommateurs ne peut pas être réglée de façon satisfaisante à l'article 17, il semblerait indispensable de laisser aux États la faculté d'exclure certaines créances par déclaration (voir le commentaire sur l'article 17 ci-après). En

outre, compte tenu des incertitudes qui pèsent encore sur l'applicabilité de certaines dispositions de la Convention à certaines pratiques, il semblerait souhaitable de maintenir la faculté de déclaration prévue par l'article 41, afin d'améliorer les chances de ratification de la Convention.

*Référence au mot "*goods*" au paragraphe 3* a *de l'article 11 et au paragraphe 4* a *de l'article 12*: Le choix de l'expression "biens meubles corporels" pour traduire le terme anglais "*goods*" (voir A/55/17, par. 185) dans un sens recouvrant seulement les biens personnels les tangibles et non les intangibles aboutit inévitablement à adopter une approche trop restrictive du champ d'application des articles 11 et 12. Un tel choix comporterait l'exclusion des cessions de créances nées des opérations concernant des biens non tangibles tels que les fonds de commerce (pouvant inclure la clientèle, le nom commercial, l'enseigne ou le droit au bail, parmi d'autres éléments). Il est difficile de voir les raisons pouvant justifier un régime particulier pour les créances résultant d'opérations sur des biens incorporels, d'autant plus que le sort des créances liées à des opérations financières est déjà réglé sous la forme de larges exclusions. En outre, cette approche irait à l'encontre du principe qui sous-tend les articles 11 et 12, du fait que les cessionnaires devraient examiner les documents relatifs aux créances pour s'assurer que ces dernières sont cessibles. Pour éviter ce résultat, il conviendrait d'attribuer au mot "*goods*" un sens visant les biens meubles corporels et incorporels.

Questions relatives à la protection des consommateurs: Comme indiqué ci-dessus ainsi que dans les observations formulées l'année dernière (A/CN.9/472), la France souhaite insister pour que soit introduite dans l'article 17 une disposition ayant pour effet d'éviter que le consommateur ne soit privé de la protection que lui assure la loi de l'État de son lieu de situation. Cette observation vaut également pour l'article 6 intitulé "Autonomie des parties". Les paragraphes 5 à 7 de l'article 19 pourraient également poser un problème concernant les consommateurs. Quand le débiteur est un consommateur, il devrait toujours avoir la possibilité de payer au créancier initial.

L'article 17, en particulier, paraît incompatible avec les dispositions d'ordre public internes protégeant le consommateur en matière de crédit à la consommation, auxquelles le cessionnaire ne pourrait déroger, même avec le consentement du consommateur. Il est indispensable que cet article précise que la Convention ne permet pas à un consommateur débiteur de modifier le contrat ou d'y déroger à l'égard d'un cessionnaire si une telle modification ou dérogation n'est pas permise par la loi applicable à la protection du consommateur (voir document A/55/17, par. 171 et 172). Si cette proposition n'était pas adoptée, certains États, dont la France, pourraient être conduits à exclure purement et simplement les cessions sur des consommateurs du champ d'application de la Convention, ce qui lui ferait perdre une bonne partie de son intérêt.

Article 24, par. 1 b *et* c: La question du droit d'un cessionnaire sur le produit est l'une de celles qui ont soulevé les discussions les plus longues et les plus complexes au Groupe de travail. En bref, il s'agit de savoir si le cessionnaire d'une créance dispose d'un droit sur les instruments financiers ou autres actifs représentant la créance cédée et, dans l'affirmative, si ce droit est un droit personnel ou un droit réel. Étant donné les grandes différences qui existent entre les divers systèmes juridiques, le Groupe de travail n'a pas pu s'accorder sur une règle de droit matériel concernant le produit. La notion de "produit" est étrangère à de nombreux systèmes juridiques et introduit des changements qui pourraient dissuader les États d'adopter la Convention. En outre, il apparaît impossible de la définir d'une manière qui enlèverait toute incertitude sur les conséquences de l'application des alinéas *b* et *c* du paragraphe 1 de l'article 24. Il serait donc souhaitable d'exclure l'idée de "produit" de la Convention et de supprimer ces alinéas.

Inclusion au chapitre V d'une nouvelle disposition concernant la forme: S'agissant de la loi applicable à la validité formelle d'une cession de créance, l'article 8 se différencie de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles (voir son article 9) notamment, puisqu'il créé 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, sans exiger un choix explicite de la loi applicable. Vu les différences de critères adoptés dans la Convention de Rome et dans le projet d'instrument de la CNUDCI, il est nécessaire que toute disposition sur ce sujet soit traitée directement dans le chapitre V, dont le caractère optionnel permettrait aux futurs États signataires d'éviter un conflit de règles de droit international privé pouvant nuire à l'objectif de prévisibilité recherché par les parties et les tiers.

Possibilité d'inclure à l'article 20 une disposition allant dans le sens de l'article 30: La France n'a pas d'objection à la reconnaissance aux États qui le souhaiteront de n'adopter que partiellement le chapitre V. Toutefois, la proposition visant à inclure à l'article 20 une règle allant dans le sens de l'article 30 suscite ses plus vives réserves. Cette proposition, qui aurait pour effet d'introduire dans le corps même de la Convention une disposition à caractère optionnel, n'est pas acceptable, car le texte suggéré ferait double emploi (et pourrait même entrer en conflit) avec les dispositions de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Conflits potentiels avec d'autres conventions: La France s'inquiète du fait que le rapport entre la Convention et les projets de convention et de protocoles actuellement établis par Unidroit en coopération avec d'autres organisations reste confus. Étant donné les différences fondamentales entre les deux projets, il est urgent de traiter la question de manière à éviter les conflits. La France est favorable à une exclusion limitée ou partielle de l'application de la Convention de la CNUDCI lorsque la Convention d'Unidroit s'applique effectivement. Pour les raisons exposées à la Commission ou au Groupe de travail, la France estime souhaitable de ne pas exclure de façon générale les créances se rapportant à des matériels d'équipement mobiles du champ d'application du texte de la CNUDCI. Toutefois, le paragraphe 1 de l'article 38 relatif aux conflits avec d'autres accords internationaux n'est pas adapté à la Convention d'Unidroit, car il déclare applicable ladite convention même lorsqu'elle ne l'est pas.

Il conviendrait donc d'ajouter à l'article 38 une disposition plus précise tenant compte de ce qui précède.

L'annexe: Les règles de priorité fondées sur la date du contrat (section III de l'annexe) sont vues avec faveur en France. Il serait toutefois opportun de compléter les articles 6 et 7 de l'annexe pour régler la question de la preuve de la date d'une cession. On pourrait envisager trois solutions complémentaires: la date de la cession peut être prouvée par tout moyen; si la date est contestée, il incombe à la partie qui se prévaut d'une antériorité de la démontrer; si le cédant est soumis à une procédure d'insolvabilité, le cessionnaire doit établir que la procédure a été ouverte postérieurement à la cession dont il se prévaut. S'agissant du mécanisme de création du registre et de la désignation de l'autorité de supervision et de celle chargée de la tenue du registre, la France n'est pas prête à adopter le système de l'enregistrement et considère, par conséquent, qu'elle n'a pas à prendre partie sur les modalités techniques de l'enregistrement qu'elle ne souhaite pas adopter.

Procédure pour l'adoption finale de la Convention: Pour des raisons pratiques, il conviendrait de privilégier l'adoption par l'Assemblée générale.

Autres questions

Définition du lieu de situation: Se référant aux observations concernant la définition du lieu de situation faites l'an dernier (A/CN.9/472), la France insiste sur le fait qu'elles conservent toute leur valeur. Le paragraphe 1 *b* iii de l'article 24, qui contient un choix en faveur de la loi du lieu de situation de la banque en ce qui concerne les dépôts bancaires, continue à soulever des incertitudes. Pour les secteurs d'activité organisés par succursales, il ne serait pas approprié de faire régir les questions de priorité relatives aux opérations qu'une société réaliserait par l'intermédiaire d'une succursale dans un pays, par la loi d'un autre pays où cette société aurait son siège ou son administration centrale. Cela s'applique en particulier au secteur bancaire dans lequel les conditions dans lesquelles les succursales de banque sont autorisées à exercer leurs activités et les contraintes particulières qui pèsent sur elles, tant pour leur mode de refinancement que pour leur régime prudentiel, aboutissent à leur conférer un régime qui relève de la loi de leur lieu de situation. La France estime donc également souhaitable de préciser que l'article 24 se réfère non pas à la loi du siège (ou de l'administration centrale), mais à celle de la succursale de l'établissement concerné.

Créances non contractuelles: L'alinéa *a* de l'article 2 laisse en dehors du champ d'application de la Convention des créances à caractère non contractuel, telles que les droits à paiement au titre des demandes de remboursement d'impôt qui font actuellement partie de pratiques de financement importantes. La France a toujours considéré, et indiqué dans les observations qu'elle a formulées l'an dernier, qu'une définition plus large du concept de "créances" permettrait de diminuer les divergences d'interprétation donnée dans les différents systèmes juridiques aux termes "droits contractuels". Pour ces raisons, il serait souhaitable d'inclure ce type de créances dans le champ d'application de la Convention par l'aménagement d'un système optionnel pour les États, sous la forme d'une déclaration, ce qui éviterait un réexamen à ce stade de la négociation d'un certain nombre de dispositions déjà élaborées pour régir uniquement les cessions de créances contractuelles.

Article premier, par. 4: Le paragraphe 4 de l'article premier ne précise pas quel État doit faire une déclaration pour que l'annexe s'applique. Par conséquent, plusieurs systèmes parallèles coexistent dans la Convention pour fixer les priorités entre cessionnaires concurrents. Par exemple, si un conflit est porté devant les tribunaux d'un État A entre une cession ayant la priorité selon la loi de cet État (ayant opté pour les règles de priorité fondées sur la date de l'enregistrement, sections I et II de l'annexe) et une autre cession ayant la priorité selon la loi de l'État B (dans lequel le cédant est situé et qui a opté pour les règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession, section III de l'annexe), il est difficile de savoir si la loi qui s'appliquerait est celle de l'État A (section I) ou celle de l'État B (section II).

Il semble évident que c'est la loi du lieu de situation du cédant qui doit déterminer quel système de priorité s'applique dans un État contractant conformément à l'alinéa *a* de l'article premier qui détermine le champ d'application de la Convention. Toutefois, le texte de la Convention n'est pas suffisamment clair à cet égard. L'article 42, relatif à l'application de l'annexe, se contente d'indiquer qu'un État contractant peut déclarer qu'il sera lié soit par les sections I et II, soit par la section III de l'annexe de la Convention. Le paragraphe 2 de l'article 42 précise qu'aux fins de l'article 24 la loi d'un État contractant qui a fait une déclaration en vertu des dispositions précitées est l'ensemble de règles énoncées soit à la section I, soit à la section III de l'annexe. Quant au paragraphe 4 de l'article premier, il énonce que l'annexe s'applique à un État contractant qui a fait une déclaration au titre de l'article 42. Il est donc proposé de modifier le paragraphe 4 de l'article premier comme suit: "L'annexe de la Convention s'applique aux cessions visées dans une déclaration faite au titre de l'article 42 par l'État contractant dans lequel est situé le cédant."

Relation entre la Convention et le Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil de l'Union européenne du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité

À sa dernière session, le Groupe de travail a noté qu'il n'y avait pas de conflit entre la Convention et le Règlement de l'Union européenne relatif aux procédures d'insolvabilité (voir A/CN.9/486, par. 107). Toutefois, cela ne semble pas suffisant pour établir la compatibilité entre la Convention et le Règlement de l'Union européenne. L'article 24 de la Convention donne compétence à la loi de l'État du cédant pour régir les conflits entre un cessionnaire et un administrateur de l'insolvabilité. Or les articles 5 et 2 *g* du Règlement de l'Union européenne donnent compétence à la loi du centre des intérêts principaux du débiteur cédé. Il en résulte une incompatibilité, à tout le moins apparente, entre les deux instruments. Aussi serait-il souhaitable que ce point soit clarifié.

Il pourrait être également souhaitable de préciser en quoi la Convention pourrait affecter la situation des titulaires de droits dans une procédure d'insolvabilité secondaire et non dans une procédure d'insolvabilité principale, dans la mesure où le Règlement de l'Union européenne soumet en principe les deux types de procédures aux mêmes effets. Il serait aussi probablement plus clair de rappeler que les procédures d'insolvabilité visées à l'article 25 de la Convention sont celles ouvertes contre le cédant, à moins qu'il ne faille considérer que l'article 5 de la Convention suffit.

Article 38, par. 2: Le paragraphe 2 de l'article 38 fait toujours référence à la date de "conclusion du contrat initial". Cette formulation peut être gênante dans la mesure où un contrat de cession de créances peut être signé à une date donnée et les cessions effectives de créances intervenir plus tard. C'est souvent ce qui se passe en pratique.

A/CN.9/490/Add.2

Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	174
I. COMPILATION DES COMMENTAIRES	174
1. Association du barreau de la ville de New York	174

INTRODUCTION

La présente note reproduit les commentaires sur le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international qui ont été reçus après la publication des commentaires publiés sous les cotes A/CN.9/490 et A/CN.9/490/Add.1. D'autres seront publiés, dans la mesure du possible, sous forme d'additifs à la présente note dans l'ordre dans lequel ils seront reçus.

I. COMPILATION DES COMMENTAIRES

1. Association du barreau de la ville de New York

[Original: anglais]

Commentaires sur l'ensemble du texte

Le Comité sur le droit étranger et comparé (ci-après dénommé le Comité) de l'Association du barreau de la ville de New York (ci-après dénommée l'Association) soumet les présents commentaires dans le cadre des travaux que mène actuellement la CNUDCI sur la cession de créances. Le Comité a suivi de près ces travaux et un de ses membres participe depuis plusieurs années comme observateur aux réunions du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux, qui poursuit ses efforts pour affiner le projet de convention sur ce sujet.

Le Comité rend hommage au Groupe de travail et à la Commission pour les efforts qu'ils ont déployés sur cet important projet et sera heureux de continuer à coopérer avec la Commission, en vue de cette convention qui sera bientôt achevée et prête à être adoptée. Le Comité est persuadé que la Commission produira un texte acceptable pour toutes les délégations, qui sera adopté par de nombreux pays et qui représentera une contribution importante et positive au commerce international.

Commentaires sur des points particuliers

Titre: Le Comité estime qu'il faudrait donner à la convention, compte tenu des paramètres du champ d'application qui sera finalement négocié, l'interprétation et l'application les plus larges possibles. Il pense à cet égard que le titre le plus approprié serait: "Convention sur la cession de créances".

Article 4, par. 1: Le Comité estime que l'exclusion, au paragraphe 1 de l'article 4 de la convention, du transfert d'instruments négociables devrait s'étendre aux transferts d'instruments négociables par inscription sur les comptes d'un dépositaire (sans remise ou endossement) et aux transferts par courrier sans obligation d'endossement. Il faudrait ajouter dans ce paragraphe un libellé approprié de façon à mentionner expressément ces transferts dans les exclusions. Dans de nombreux États, la partie du droit commercial, tant d'origine législative que jurisprudentielle, portant sur les instruments négociables, y compris sur leur cession, est bien établie. Ces régimes juridiques ont évolué en même temps que la pratique commerciale et comportent des éléments qui sont particulièrement adaptés aux spécificités des instruments négociables. Le Comité estime que, si la convention intégrait dans son champ d'application les instruments négociables, elle ferait inutilement double emploi avec ces régimes juridiques déjà en place et peut-être avec d'autres conventions et projets internationaux. Par ailleurs, les instruments négociables exigent, de par leurs particularités, des règles et des approches spécialisées qui se trouveraient inutilement remises en cause si la convention devait être appliquée.

Article 4, par. 2: Le Comité est, de même, fermement convaincu qu'il faudrait exclure du champ d'application de la convention les contrats et arrangements de change qui ne le sont pas déjà. La convention n'apporterait rien à ces secteurs du marché et, étant donné la très grande diversité d'arrangements que l'on y trouve, l'application de la convention pourrait entraîner une grande insécurité pour les transactions bancaires et commerciales internationales comportant des opérations de change.

Le Comité a brièvement examiné la question de savoir s'il conviendrait d'inclure dans le champ d'application de la convention les droits exercés par ou contre une succession ou susceptibles d'être exercés d'une autre manière par document testamentaire; ces droits seraient autrement qualifiés de "créances" au sens de la convention. Par exemple, si une résidente des États-Unis décide de transférer un droit contre la masse successorale de son père à son neveu en France, la cession doit-elle relever de la convention? De manière générale, les personnes concernées s'attendent que les lois qui régissent les successions soient celles qui relèvent du droit successoral et qui régissent en particulier la rédaction des testaments ou l'organisation de la succession. Il semblerait par ailleurs que de telles créances ne comprennent pas un élément important de commerce transfrontière. Le Comité n'a pas étudié la question de façon approfondie, mais pense à première vue que ces créances devraient être exclues du champ d'application de la convention.

Article 5 h: Dans le cas de succursales de banques et d'autres établissements financiers qui ne sont pas constituées ou organisées séparément de l'institution "mère" mais qui sont situées dans un État autre que l'État d'incorporation ou de constitution de cette institution, la question du lieu de situation de la succursale est importante dans le cadre de la convention. De l'avis du Comité, il faudrait considérer les succursales comme situées dans l'État dans lequel elles se trouvent effectivement, même si l'institution "mère" a été constituée dans un autre État. Les succursales de banques et d'autres établissements financiers situées en dehors de leurs pays "d'attache" sont généralement soumises à la réglementation de l'État dans lequel elles sont situées. Du point de vue du choix de la loi applicable, il serait certes aussi clair de considérer qu'une succursale est située soit dans l'État où elle se trouve effectivement, soit dans l'État d'incorporation ou de constitution de l'institution "mère". Néanmoins, le Comité pense qu'il vaudrait mieux considérer, aux fins de la convention, qu'une succursale est située dans l'État où elle se trouve effectivement, de telle sorte que, d'une part, la façon dont la convention traite une succursale soit cohérente avec celle des autorités de réglementation compétentes (c'est-à-dire les autorités de l'État où la succursale se trouve effectivement) et que, d'autre part, la convention traite de la même manière toutes les banques et tous les autres établissements financiers situés dans un État, que ces entités soient des succursales ou des filiales localement constituées.

Questions relatives à la protection des consommateurs: Le Comité n'estime pas nécessaire d'indiquer expressément dans la convention que celle-ci n'habilite pas un débiteur consommateur à modifier un contrat conclu avec un cédant ou à y déroger si cette modification ou cette dérogation n'était pas autorisée par les lois applicables à la protection des consommateurs. Les dispositions de la convention ne se prêtent pas à une telle interprétation extensive et les prêteurs n'accepteraient pas les risques qui y sont inhérents. Toutefois, si la Commission pense qu'il y a danger d'interprétation erronée, le Comité estime qu'il faudrait traiter la question dans le commentaire plutôt que dans le texte de la convention elle-même, ce qui est préférable en tout état de cause à l'apport de modifications au texte. Si la Commission juge néanmoins nécessaire d'apporter de telles modifications, le Comité pense qu'il faudrait traiter la question comme le propose le secrétariat en ajoutant un libellé à l'article 4 et en modifiant les articles 21 et 23 (voir A/CN.9/491, par. 40).

Article 24, par. 1 b *et* c: Tout en étant au courant des questions qu'ont soulevées certains pays de droit romain concernant la séparation des créances et de leur produit dans le droit applicable, le Comité juge assez important d'inclure dans le champ d'application de la convention tous les produits de créances. En d'autres termes, si une créance est visée par la convention, tout produit issu de cette créance devrait également être visé par ce même texte et y être soumis. En outre, le Comité estime que les produits des créances visées devraient entrer dans le champ d'application de la convention, même dans le cas où, de par leur nature, ils en auraient été exclus s'il s'était simplement agi de créances à part entière (et non de produits des créances visées). Ainsi, si un ensemble de créances commerciales d'un seul débiteur transféré à un financier était ensuite remplacé par un billet à ordre établi par le débiteur à l'ordre de ce financier, un tel instrument négociable entrerait malgré tout dans le champ d'application de la convention.

Dans la mesure où ce qui précède pourrait soulever des questions qui ne sont pas traitées par la convention (par exemple les questions de priorité relatives aux instruments négociables comprenant des produits), on pourrait décider

que ces questions devraient être réglées par les lois et traités qui leur sont spécifiquement applicables. Partant, le Comité estime que les alinéas *b* et *c* du paragraphe 1 de l'article 24 ne sont pas nécessaires et peuvent être supprimés. Une fois encore, les questions qui demeureraient ainsi sans réponse (par exemple la disposition de titres détenus dans le cadre d'un système de détention indirecte) pourraient être réglées par les lois en dehors de la convention. Cette dernière n'éludera d'ailleurs pas complètement la question si, par le biais du paragraphe 1 *a* de l'article 24, elle renvoie à la loi de l'État où est situé le cédant (laquelle pourrait renvoyer à d'autres lois ou traités pour le règlement de ces questions).

Articles 24 et 31: Des membres du Comité se sont inquiétés du fait que l'on pourrait penser, bien que ce ne soit pas là la meilleure interprétation, que les articles 24 et 31, en indiquant que la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit certains aspects des droits d'un réclamant concurrent, annulent ou priment le choix, par le cédant et le cessionnaire, de la loi qui serait sinon applicable en vertu du paragraphe 1 de l'article 29 (ou annulent ou priment peut-être également la loi applicable en l'absence d'un tel choix en vertu du paragraphe 2 de l'article 29). La loi applicable à la relation entre les tiers réclamants et les cédants, telle que déterminée en application des articles 24 et 31, ne devrait pas influer sur la loi applicable à la relation entre cédants et cessionnaires, telle que déterminée en application de l'article 29. Bien que nous ne pensions pas qu'il faille changer le texte de la convention, nous estimons qu'il serait approprié de préciser dans le commentaire que les articles 24 et 31 ne sont pas censés l'emporter sur la loi applicable pour ce qui est des relations entre le cédant et le cessionnaire en vertu de l'article 29 et ne doivent pas être interprétés dans ce sens. Nous notons que ces craintes pourraient être dissipées par d'autres modifications éventuelles de l'article 24, mais nous pensons qu'elles subsisteront et que le commentaire que nous proposons d'ajouter restera utile.

Nouvelles dispositions sur la forme au chapitre V: S'agissant de la question de savoir s'il faut ou non inclure au chapitre V de la convention une disposition visant à traiter la question de la loi applicable à la validité formelle de la cession et au contrat de cession lui-même, le Comité estime que l'inclusion de dispositions précisant la loi applicable à ces questions serait appropriée. Il approuve la suggestion du secrétariat (voir A/CN.9/491, par. 21) visant à inclure un libellé analogue à celui de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises.

Article 38: Le Comité estime qu'il n'a pas à formuler de commentaires sur la primauté d'un accord international par rapport à un autre, ce qui est du domaine des États et non des organisations non gouvernementales. Toutefois, sur le plan pratique, il préférerait que la convention à l'examen prime le projet de convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et les protocoles relatifs à des matériels d'équipement spécifiques préparés actuellement par Unidroit, dans la mesure où la convention semble être moins restrictive tant pour l'emprunteur que pour le prêteur.

A/CN.9/490/Add.3

Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	176
I. COMPILATION DES COMMENTAIRES	177
1. Allemagne	177

INTRODUCTION

La présente note reproduit les commentaires sur le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international qui ont été reçus après la publication des commentaires publiés sous les cotes A/CN.9/490, A/CN.9/490/Add.1 et A/CN.9/490/Add.2. D'autres commentaires seront publiés, dans la mesure du possible, sous forme d'additifs à la présente note dans l'ordre dans lequel ils seront reçus.

I. COMPILATION DES COMMENTAIRES

1. Allemagne

[Original: anglais]

Commentaires généraux

La République fédérale d'Allemagne se félicite de la poursuite du débat concernant le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international et tient à exprimer sa reconnaissance à tous les participants, en particulier au secrétariat de la CNUDCI, pour les travaux préliminaires déjà effectués et pour l'esprit constructif dans lequel les discussions ont été menées.

Commentaires sur des points particuliers

Relations avec d'autres textes: Il existe actuellement, dans les enceintes internationales et européennes, de nombreux projets qui visent à unifier les règles de droit matériel et les règles de droit international privé dans le domaine des cessions de créances et du crédit garanti en général. À titre d'exemple, on peut citer non seulement la Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, mais aussi les travaux de la Conférence de La Haye concernant le projet de convention sur la loi applicable aux actes de disposition de titres détenus dans le cadre d'un système de détention indirecte. On peut ajouter à ces textes la directive du Conseil européen concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres ainsi que le projet de directive sur l'utilisation de titres en garantie du crédit.

La République fédérale d'Allemagne s'inquiète de constater que les relations mutuelles entre ces différents projets n'ont pas encore été précisées. Les projets existants diffèrent dans leur approche parce que, dans certains cas, le critère est la garantie, tandis que dans d'autres c'est le cédant ou le cessionnaire. Il est au demeurant bien entendu que la Convention de la CNUDCI a un champ d'application plus étendu. De plus, la République fédérale d'Allemagne perçoit le besoin urgent d'une concertation pour éviter des contradictions entre les dispositions en cause.

Articles 1er à 17: Les articles 1er à 17 de la Convention ont déjà été examinés par la Commission et acceptés dans leur principe. Il n'y a pas lieu de reprendre le débat ici, sauf s'il existe un motif impérieux de le faire.

On peut toutefois s'inquiéter de savoir si la définition du lieu où est "située" la personne à laquelle la Convention vise à s'appliquer tient suffisamment compte de la réalité. Selon l'alinéa *h* de l'article 5, 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. Cette disposition ne tient pas compte du fait que, par exemple, les prestataires de services financiers (les banques) procèdent à des cessions en de nombreux lieux dans différents pays qui n'ont absolument aucun lien avec l'administration centrale et, donc, avec la loi de l'État où s'exerce l'administration centrale. Ce problème se pose de plus en plus au sein de l'Union européenne où non seulement les banques ou les assureurs, mais également d'autres grandes entreprises ayant leur centre de direction dans un pays membre, conduisent leurs affaires par l'intermédiaire de structures juridiquement dépendantes situées dans d'autres États membres de l'Union européenne. La République fédérale d'Allemagne estime donc nécessaire que la disposition figurant actuellement à la troisième phrase de l'alinéa *h* de l'article 5 s'applique non seulement au débiteur, mais également de manière générale aux cédants et aux cessionnaires.

Article 19: Comme elle l'a plusieurs fois indiqué, la délégation de la République fédérale d'Allemagne craint que l'article 19 n'abaisse considérablement le niveau de protection du débiteur existant en droit interne. Le Groupe de travail ne partage pas cette préoccupation. La Commission devrait donc rouvrir le débat sur les problèmes que posent les paragraphes 5 à 7 de l'article 19.

Protection des consommateurs: Dans ce contexte, mais au-delà du cadre de l'article 19, il devrait y avoir également un débat sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, les règles du droit interne ou du droit communautaire relatives à la protection des consommateurs l'emportent sur les dispositions de la Convention.

Article 24: La République fédérale d'Allemagne n'est pas convaincue que les dispositions relatives à la priorité des droits sur le produit soient satisfaisantes. Le paragraphe 1 *b* de l'article 24 est difficile à comprendre et ne sera pas d'un grand secours dans la pratique. Les problèmes sautent aux yeux si l'on compare l'article 24 de la Convention avec l'article 4 du projet de convention de la Conférence de La Haye sur la loi applicable aux actes de dispositions de titres détenus dans le cadre d'un système de détention directe. Il y a là un risque de contradiction concernant les dispositions et leur interprétation.

Cela doit conduire à se demander s'il y a lieu d'inclure dans la Convention une disposition concernant les droits sur le produit. La République fédérale d'Allemagne ne pense pas que l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 24 soit nécessaire.

Article 39: Contrairement aux propositions expresses faites par la délégation allemande, l'article 39 a été formulé comme une règle d'option négative et non comme une règle d'option positive pour l'application du chapitre V. La différence n'est peut-être pas considérable, mais cela n'en est pas moins important pour l'adhésion à la Convention des États qui n'ont pas besoin des dispositions du chapitre V.

Indépendamment de cette question, il est proposé qu'à l'article 39 soit également prévue la possibilité pour les États contractants de n'adopter que certaines dispositions du chapitre V. Cette modification semblerait particulièrement importante compte tenu de la teneur de l'article 30, mais également de celle des articles 32 et 33.

A/CN.9/490/Add.4

Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	178
I. COMPILATION DES COMMENTAIRES	178
1. Fédération européenne des associations des sociétés d'affacturage	178
2. Financial Markets Lawyers Group	179

INTRODUCTION

La présente note reproduit les commentaires sur le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international qui sont parvenus après la publication des commentaires déjà reçus sous les cotes A/CN.9/490, A/CN.9/490/Add.1, A/CN.9/490/Add.2 et A/CN.9/490/Add.3. D'autres commentaires seront publiés, dans la mesure du possible, sous forme d'additifs à la présente note dans l'ordre dans lequel ils seront reçus.

I. COMPILATION DES COMMENTAIRES

1. Fédération européenne des associations des sociétés d'affacturage

[Original: anglais]

La Fédération européenne des associations des sociétés d'affacturage (EUROPAFACTORING) félicite la CNUDCI pour les travaux réalisés et les résultats produits à ce jour et espère que le débat fructueux mené jusqu'ici aboutira prochainement à une conclusion positive. Dans ses commentaires sur la dernière version du projet, Factors Chain International (FCI) soulignait déjà combien il importait pour le financier de savoir avec certitude quelle loi est applicable (voir A/CN.9/490). Nous rejoignons assurément FCI sur ce point, qui est essentiel non seulement pour les affactureurs, mais également pour tous les financiers dans le monde. Nous remercions également le secrétariat pour son commentaire minutieux du projet de convention. Ses explications circonstanciées ont permis à tous de mieux comprendre la complexité des problèmes traités dans ce projet.

Commentaires sur des points particuliers

Article 8: L'article 8, qui a pour objet d'offrir au cessionnaire la certitude quant aux règles à suivre concernant la forme constitue une règle "refuge" (si les conditions de forme prévues dans la loi du lieu où est situé le cédant sont remplies, la cession est valable "quant à la forme"). Toutefois, la notion de forme telle qu'envisagée à l'article 8 risque d'être trop vaste. Le point de savoir si une cession doit ou non être notifiée au débiteur pourrait être une question de forme relevant de l'article 8, bien que celle-ci soit déjà traitée dans le projet de convention (article 9) et qu'aucune notification de ce type ne soit requise par ledit projet. En outre, si dans la loi du lieu de situation du cédant la priorité est fonction de la notification, la question est de savoir si une telle notification doit être conforme aux règles du projet de convention ou à celles d'une autre loi. La version actuelle de l'article 8 est de nature à susciter un débat sur ce point. Nous proposons par conséquent que cette question soit précisée soit à l'article 8, soit à l'article 24.

Article 38, par. 2: Nous réaffirmons notre adhésion au principe dont s'inspire le paragraphe 2 de l'article 38. Le projet de convention devrait prévaloir sur la Convention d'Ottawa chaque fois que les deux instruments sont applicables, mais ne devrait pas exclure l'application de cette convention s'il ne s'applique pas à l'égard d'un débiteur particulier. La seconde phrase de ce paragraphe n'est peut-être pas suffisante pour atteindre ce dernier résultat. Nous proposons donc de la modifier comme suit: "Dans la mesure où la présente Convention ne s'applique pas aux droits et obligations d'un débiteur, elle n'exclut pas l'application de la Convention d'Ottawa à l'égard de ce débiteur".

2. Financial Markets Lawyers Group

[Original: anglais]

Le Financial Markets Lawyers Group se félicite de l'occasion qui lui est donnée de faire part de nouveaux commentaires sur le projet de convention. Nous saluons les efforts que la Commission continue de déployer afin de faciliter le financement du commerce international, et, comme nous l'avons indiqué dans nos commentaires de l'année dernière (voir A/CN.9/472/Add.1), nous sommes convaincus que l'adoption du projet de convention aboutira à une meilleure harmonisation des règles qui régissent actuellement les opérations internationales.

Nous remercions la Commission d'avoir tenu compte de nos précédentes préoccupations. Nous pensons que le projet de convention traite nombre des questions que nous avons soulevées concernant son impact sur les marchés financiers internationaux hors cote. Nous souhaiterions, toutefois, soulever d'autres points qui, selon nous, pourraient être pris en considération pour améliorer le projet de convention et renforcer les conditions de sécurité et de clarté juridiques dans lesquelles fonctionnent ces marchés.

Article 5, alinéas k *et* l: Si les définitions des termes "contrat financier" et "convention de compensation globale" dans le projet de convention recouvrent presque tous les types d'accords qui devraient être exclus dudit projet, les précisions ci-après quant à la portée de ces définitions apporteraient une plus grande sécurité juridique pour les opérations conclues entre participants sur les marchés financiers hors cote.

En ce qui concerne le terme "contrat financier", comme nous l'avons noté dans nos commentaires de l'année dernière qui venaient corroborer ceux de la Fédération bancaire de l'Union européenne, nous pensons que la définition devrait faire référence aux arrangements de garantie et de crédit utilisés par une contrepartie pour gérer le risque de crédit vis-à-vis de l'autre contrepartie en rapport avec les autres "contrats financiers" énumérés. En règle générale, ces arrangements de garantie ou de crédit relèvent des mêmes conventions-cadres standard qui régissent la négociation de "contrats financiers" et les dispositions de compensation correspondantes et ils fonctionnent conformément aux dispositions de compensation prévues dans lesdites conventions. L'exclusion de ces arrangements du projet de convention aurait pour effet d'accroître la certitude et la prévisibilité en ce qui concerne les dispositions de compensation prévues dans les accords standard du marché auxquels sont soumis ces mécanismes importants de gestion des risques. On pourrait, à l'alinéa *k* de l'article 5, utiliser un libellé du type: "Le terme "contrat financier" désigne toute opération au comptant 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." (Ce libellé s'inspire de la proposition faite, l'année dernière, par la Fédération bancaire de l'Union européenne; voir A/CN.9/472/Add.1.)

En ce qui concerne le terme "convention de compensation globale", nous pensons qu'il serait souhaitable de préciser que le projet de convention ne devrait pas s'appliquer aux créances nées de conventions de compensation multilatérale, telles que celles qui sont utilisées dans les systèmes de paiement et de règlement d'opérations sur titres, sauf à compromettre gravement la fluidité du fonctionnement de ces systèmes et à nuire à la certitude et à la finalité des règlements. De ce fait, nous suggérons que la définition du terme "convention de compensation globale" vise expressément les conventions de compensation entre deux parties ou plus. On pourrait, à l'alinéa *l* de l'article 5, utiliser un libellé du type: "Le terme "convention de compensation globale" désigne une convention *entre deux parties ou plus* qui prévoit une ou plusieurs des modalités suivantes:

i) Le . . . ou autrement;

ii) Lors . . . et la compensation globale sous forme d'un paiement unique effectué par la partie défaillante ou à celle-ci; ou

iii) La compensation . . . de compensation globale, ou plus;"

En outre, comme nous l'avons indiqué dans nos commentaires de l'année dernière, le terme "convention de compensation globale", tel que nous le comprenons, désigne aussi les conventions qui prévoient la liquidation, dans certaines situations, de certaines opérations mais pas toutes, par exemple lorsqu'une telle liquidation serait contraire à la loi applicable. Le commentaire peut utilement préciser ce point.

Enfin, s'agissant de savoir si les questions de priorité concernant certains types d'actifs dont la cession a été exclue du projet de convention devraient ou non être traitées si ces actifs sont le produit de créances qui seraient soumises audit projet, nous approuvons la dernière solution proposée par le secrétariat au paragraphe 10 du document A/CN.9/491. Le commentaire pourrait expliquer plus en détail l'approche fondée sur PRIMA en précisant qu'elle est de plus en plus souvent adoptée. Cette solution aurait l'avantage d'éviter les risques de divergences rédactionnelles entre la Convention et tout instrument qui émanerait prochainement de la Conférence de La Haye. Nous pensons que l'approche fondée sur PRIMA est largement acceptée dans ce domaine et réduirait les incertitudes dans les opérations internationales.

Nous prions instamment la Commission d'apporter ces modifications au projet de manière à préserver sur les marchés financiers hors cote la clarté et la certitude quant aux attentes des participants. Ces modifications permettront d'éviter que le cadre juridique dans lequel les parties interviennent sur ces marchés ne soit fragilisé, et, ainsi, les contreparties pourront continuer de gérer leur risque de crédit de manière appropriée. Une fois de plus, nous saluons les efforts que la Commission déploie pour mettre en place un régime juridique qui favorisera l'essor du financement du commerce international, et nous apprécions le soin qui a été pris jusqu'à présent pour réserver un traitement approprié aux opérations sur les marchés financiers hors cote.

A/CN.9/490/Add.5

Compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	180
I. COMPILATION DES COMMENTAIRES	180
1. Canada	180

INTRODUCTION

La présente note reproduit les commentaires sur le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international qui sont parvenus après la publication des commentaires déjà reçus sous les cotes A/CN.9/490 et Add.1 à 4. D'autres commentaires seront publiés, dans la mesure du possible, sous forme d'additifs à la présente note dans l'ordre dans lequel ils seront reçus.

I. COMPILATION DES COMMENTAIRES

1. Canada

[Original: anglais/français]

Le Canada soumet les commentaires exposés ci-après sur le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international. Nous soulignons que l'acceptation de la Convention par un grand nombre d'États serait plus probable si ses dispositions principales, notamment celles portant sur les questions de priorité, étaient simples et faciles à comprendre et à appliquer. À cette fin, nous encouragerions la Commission à simplifier le langage du texte, dans la mesure du possible, lors de son étude à la trente-quatrième session.

Effets de commerce (article 4-1 b*)*: Le texte actuel de l'article 4-1 *b* ne reflète pas entièrement la politique de la Convention, qui veut que celle-ci ne porte pas atteinte aux droits dont on peut jouir en vertu des lois particulières applicables aux effets de commerce. Par contre, la formulation de cet article peut avoir l'effet inattendu d'exclure des créances du champ d'application de la Convention du seul fait qu'elles seraient constatées par des effets de commerce, et cela même dans les cas où il n'y aurait pas d'interaction avec l'application du droit en matière d'effets de commerce. Par conséquent, il faudrait remplacer l'article 4-1 *b* par une disposition qui exprimerait mieux sa politique sous-jacente; elle pourrait éventuellement se lire comme suit :

> "La présente Convention n'a pas pour effet de modifier les droits qu'accordent les lois **[particulières]** applicables aux effets de commerce."

Nous pensons aussi que l'on ne devrait pas essayer de définir les expressions "effets de commerce" ou "valeurs mobilières" et que ces questions devraient relever du droit national. Cependant, dans les dispositions de la Convention qui portent sur les valeurs mobilières, on devrait avoir recours à l'expression "valeurs mobilières" plutôt que "valeurs mobilières détenues par un intermédiaire en valeurs mobilières".

Dans un autre ordre d'idées, nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de traiter spécifiquement des transferts d'effets de commerce effectués par inscription sur les livres comptables d'un dépositaire. La plupart du temps, les effets de commerce qui sont ainsi détenus indirectement seront assimilés à des "valeurs mobilières" par les lois internes. Les exclusions prévues à l'article 4-2 *d* et *f* seraient alors applicables. Par contre, il ne faudrait pas exclure les transferts d'effets de commerce qui ne sont pas des valeurs mobilières au seul motif qu'ils sont détenus par un dépositaire, si le transfert ne constitue pas une négociation selon le droit interne.

Protection du consommateur: Une meilleure façon d'exprimer la politique approuvée par la Commission au sujet des questions relatives à la protection du consommateur serait d'insérer une disposition générale selon laquelle:

> "La présente Convention n'a pas pour effet de modifier les droits et les obligations du cédant et du débiteur prévus par les lois **[particulières]** régissant la protection des **[parties aux] [personnes qui sont parties aux]** transactions conclues à des fins personnelles, familiales ou domestiques."

Avec cette modification, la disposition commençant par "Sans préjudice" aux articles 21-1 et 23 ne serait plus

nécessaire et devrait être supprimée. Il faut signaler que la disposition proposée ci-dessus vise toutes les lois relatives à la protection du consommateur applicables, et pas seulement les lois relatives à la protection du consommateur de l'État où est situé le débiteur.

Date de la cession (article 10): Auparavant, certaines dispositions de la Convention faisaient référence à la date de la cession. Ces dispositions ont été modifiées afin qu'elles se réfèrent à la conclusion du contrat de cession (par exemple, l'article 3). Nous proposons la suppression de l'article 10, qui n'a plus maintenant aucune utilité et qui pourrait se révéler une source de confusion.

Loi applicable dans les unités territoriales (article 37): La version proposée de l'article 37 donne un éclaircissement utile à l'égard des États fédéraux dans lesquels les matières visées par les règles de conflit de lois énoncées aux chapitres IV et V ne sont pas régies par le droit fédéral. Cependant, nous nous demandons s'il est vraiment approprié d'incorporer, pour tous les États, les règles de conflit de lois internes de l'unité territoriale pertinente. Plutôt que d'inclure dans la Convention une règle de renvoi interne, on pourrait peut-être autoriser les États contractants qui veulent adopter une règle de ce type à faire une déclaration dans ce sens.

Loi applicable à la validité formelle des cessions (article 8 et possibilité d'une disposition nouvelle au chapitre V): Il a été demandé à la Commission d'étudier l'incorporation au chapitre V d'une disposition du même type que l'article 8 qui traiterait du droit applicable à la forme des cessions. La portée de l'article 8, tel qu'il est formulé à l'heure actuelle, nous semble problématique.

En ce qui concerne la validité formelle des cessions, l'article 8 renvoie à la loi de l'État où le cédant est situé, mais conserve également les règles de conflit de lois du for si celles-ci renvoient à une loi différente en matière de validité formelle. Il nous semble que cette façon de faire est une source potentielle de conflit par rapport à la politique sous-jacente à la règle de conflit de lois prévue à l'article 24. Aux fins de certitude et de prévisibilité, l'article 24 impose l'application exclusive de la loi de l'État où le cédant est situé aux problèmes relatifs à la priorité des droits du cessionnaire. Pourtant, certaines exigences qui pourraient être qualifiées comme se rapportant à la "validité formelle" d'une cession — par exemple, quand on exige un document notarié, un écrit ou un enregistrement — pourraient également être qualifiées comme se rapportant à la question de "priorité", notamment lorsque de telles exigences constituent, selon la loi de l'État où se situe le cédant, des conditions préalables à l'efficacité de la cession en tant que droit de propriété ou au droit d'un cessionnaire de prétendre avoir priorité par rapport à la créance cédée à l'encontre de réclamants concurrents. Ce risque de chevauchement entre les articles 8 et 24 signifie que les tiers, y compris les futurs cessionnaires, ne seront pas en mesure de savoir à l'avance si une cession qui n'est pas valable quant à la forme selon la loi de l'État où est situé le cédant pourrait malgré tout être reconnue valable si l'instance se déroule dans un État dont la loi renvoie la question de validité formelle à une autre loi dont les règles diffèrent en la matière.

Nos inquiétudes seraient dissipées si on limitait l'article 8 à la détermination de la loi applicable à la validité formelle, et seulement dans la mesure où cette détermination est pertinente pour les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire en vertu de leur contrat de cession. Cependant, l'utilité d'une règle de conflit de lois de portée aussi limitée est douteuse; il est peut-être préférable de supprimer purement et simplement l'article 8.

Loi applicable à "la nature et à la priorité" du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée; sens de la "nature d'un droit"; définition de "priorité" (article 24-1 a *et 2; article 5* g *et dispositions correspondantes de l'article 31)*: Il nous semble problématique que les dispositions de la Convention désignant la loi applicable en matière de priorité du droit du cessionnaire sur la créance cédée soient à la fois obscures et incomplètes. Le sens de l'expression actuelle, à savoir "la nature" du droit du cessionnaire, qui figure au paragraphe 1 *a* de l'article 24 (et à l'article 31) n'est pas évident. La tentative de clarification au paragraphe 2 est également obscure. Nous proposons de prévoir simplement que "la priorité du droit du cessionnaire" par rapport à des réclamants concurrents est régie par la loi de l'État où est situé le cédant. En même temps, nous estimons que les problèmes relatifs aux questions de priorité régis par la loi de l'État où est situé le cédant devraient être circonscrits de façon plus nette pour inclure expressément les éléments suivants (lorsqu'ils sont pertinents pour la détermination de la priorité):

1) La nature juridique du droit du cessionnaire sur la créance cédée (notamment la question de savoir s'il s'agit d'un droit personnel ou réel et celle de savoir s'il s'agit d'un droit principal ou d'une sûreté);

2) Les formalités nécessaires pour rendre le droit du cessionnaire sur la créance cédée opposable aux réclamants concurrents ("perfection"); et

3) La détermination du rang du titre ou de la réclamation concernant la créance cédée par rapport aux titres ou réclamations concurrents.

Loi applicable à "la nature et à la priorité" des droits du cessionnaire et des réclamants concurrents sur certaines catégories de produits (article 24-1 b *et* c *et les dispositions correspondantes de l'article 31)*: Le maintien dans la Convention des règles de conflit de lois au paragraphe 1 *b* et *c* de l'article 24, énoncées à l'heure actuelle entre crochets (et les dispositions correspondantes de l'article 31), nous semble problématique. Ces règles désignent la loi applicable à "la nature et à la priorité" des droits d'un cessionnaire ou d'un réclamant concurrent sur le produit d'une créance, qui prend la forme d'effets de commerce, de valeurs mobilières détenues par un intermédiaire en valeurs mobilières et de dépôts bancaires. Nous ne pensons pas qu'il soit possible, étant donné le temps restreint dont dispose la Commission, de parvenir à une entente sur des règles de conflit de lois reformulées de manière appropriée et acceptables pour la communauté internationale dans ces matières. Nous craignons que toute tentative en ce sens ne mette en péril l'acceptabilité de la Convention dans son ensemble. À cet égard, nous remarquons que les cessions de ces catégories de biens incorporels ont été exclues de la Convention (voir

l'article 4-1 *b*, 2 *e* et *f*). Il était considéré que l'élaboration d'un régime juridique international uniforme, incluant un régime uniforme sur les règles de conflit de lois relativement aux questions de priorité, constituait un projet d'harmonisation en soi. Cette considération s'applique également à la désignation de la loi applicable à la priorité dans les catégories pertinentes d'actifs lorsque ceux-ci constituent des produits de créances, puisque les règles de conflit de lois devraient être identiques aux règles applicables aux priorités des droits sur ces actifs acquis par le cessionnaire en vertu d'une cession directe.

Par conséquent, nous pensons qu'il est préférable de remplacer le texte entre crochets au paragraphe 1 *b* et *c* de l'article 24 (et le texte correspondant de l'article 31) par une disposition similaire à ce qui suit: "La priorité de la réclamation du cessionnaire est régie par la loi applicable en vertu des règles de droit international privé". Une telle disposition confirmerait que la règle de conflit de lois prévue à l'article 24 (et à l'article 31) de la Convention relative à la priorité sur la créance cédée ne s'applique pas forcément à la priorité relative au produit du recouvrement de la créance. En même temps, cette approche permettrait de renvoyer à des textes de droit international futurs fournissant des règles de conflit de lois appropriées (voir, par exemple, les travaux en cours à la Conférence de La Haye de droit international privé visant l'élaboration d'une convention internationale sur la loi applicable aux droits de propriété en matière de transactions de valeurs mobilières détenues par un intermédiaire dans un compte en valeurs mobilières).

Règle spéciale de priorité relative au produit (article 26-2): Selon le paragraphe 2 de l'article 26, un cessionnaire qui jouit d'une priorité de premier rang sur la créance cédée en vertu de la loi applicable désignée par l'article 24 jouit aussi d'une priorité sur le produit reçu par le cédant, dans la mesure où le produit est "détenu séparément par le cédant pour le compte du cessionnaire et est raisonnablement identifiable par rapport aux actifs du cédant". On donne alors à titre d'exemple "un compte de dépôt distinct ne contenant que les fonds provenant des créances cédées au cessionnaire".

Nous craignons que le texte actuel ne soit pas clair quant à savoir si l'expression "raisonnablement identifiable" est un critère objectif ou subjectif. Est-ce suffisant que le cédant conserve le produit de façon distincte de ses autres actifs, comme c'est le cas pour un produit déposé dans un compte bancaire ou un compte de valeurs mobilières distincts, même si le cédant est le "propriétaire apparent" du produit aux yeux des tiers? Ou faut-il que le produit soit détenu par le cédant de telle manière qu'un tiers, sans chercher de renseignements supplémentaires, soit de ce fait informé que le produit ne constitue pas une partie du patrimoine du cédant (par exemple, lorsque le produit est déposé par le cédant dans un compte bancaire désigné, apparemment, comme un compte "fiduciaire", ou qu'un compte bancaire conjoint est détenu aux noms du cédant et du cessionnaire)?

Il nous semble qu'il est nécessaire de préciser le texte pour en confirmer l'objectif. S'il est décidé qu'un critère "subjectif" est suffisant, un problème additionnel se pose, selon nous, car la règle ne protège pas suffisamment les tiers qui acquièrent un droit direct sur le produit (par exemple, par le fait d'une cession d'un compte de valeurs mobilières qui contient le produit d'une créance) en se fiant à la "qualité de propriétaire apparent" du cédant. Ce problème se pose parce que la loi applicable à la priorité du droit du cessionnaire sur la créance cédée en vertu de la Convention (la loi de l'État où est situé le cédant) peut être différente de la loi applicable aux questions de priorité entre des réclamations concurrentes sur le type de produit en question. Pourtant, un tiers qui obtient un droit sur un actif, par exemple un compte de valeurs mobilières, sans savoir que celui-ci constitue le produit du recouvrement d'une créance, évaluerait le rang de sa priorité en fonction de la loi régissant les questions de priorité en ce qui a trait à la catégorie d'actif en question et non en fonction de la loi applicable aux questions de priorité relative à la créance cédée.

D. Projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international: commentaires sur les questions en suspens et d'autres points: note du secrétariat

(A/CN.9/491 et Add.1) [Original: anglais]

A/CN.9/491

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Pages*
INTRODUCTION	1-2	183
I. COMMENTAIRES	3-52	183
A. Articles 18 à 47 et annexe: questions renvoyées à la Commission par le Groupe de travail	3-26	183
1. Nature et priorité du droit du cessionnaire sur un produit (article 24-1 *b*)	3-16	183

		Paragraphes	Pages
2.	Existence et nature du droit d'un réclamant concurrent sur le produit (article 24-1 *c*)	17	186
3.	Nature d'un droit (article 24-2)	18-19	186
4.	Relation entre le cessionnaire et le débiteur (article 20)	20	186
5.	Forme (nouvelle disposition du chapitre V)	21	186
6.	Loi applicable dans les unités territoriales (article 37)	22	187
7.	Réserves et déclarations (article 44)	23-25	187
8.	Annexe	26	187
B.	Articles 1er à 17: questions laissées en suspens par la Commission ou renvoyées à cette dernière par le Groupe de travail	27-30	187
1.	Exclusion des transferts d'effets de commerce (article 4-1 *b*)	27-28	187
2.	Exclusion par voie de déclaration (article 4-4)	29	187
3.	Exclusion des transferts de biens meubles incorporels (articles 11-3 *a* et 12-4 *a*)	30	188
C.	Autres questions	31-42	188
1.	Exclusion des créances immobilières (article 4-3)	32	188
2.	Efficacité (articles 8 à 12)	33-37	188
3.	Questions relatives à la protection des consommateurs	38-40	189
4.	Exceptions et droits à compensation du débiteur (article 20-1)	41	190
5.	Questions de priorité (article 24-1 *a* ii)	42	190
D.	Procédure à suivre pour l'adoption finale du projet de convention	43-46	190
E.	Questions de forme	47-52	190

INTRODUCTION

1. À sa trente-troisième session, la Commission a adopté le titre, le préambule et les articles 1er à 17 du projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international[1]. Les articles restants ont été renvoyés au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux qui les a adoptés à sa dernière session (Vienne, 11-22 décembre 2000)[2].

2. Comme l'indiquent les passages entre crochets dans le texte du projet de convention ou les renvois ci-après au rapport de la Commission ou à celui du Groupe de travail, certaines questions n'ont pas été définitivement tranchées. D'autres en outre sont soulevées par le secrétariat qui se demande si les dispositions s'y rapportant sont suffisantes pour atteindre leurs objectifs déclarés. La présente note vise à donner aux délégations qui prendront part à la session de la Commission un aperçu préalable de ces questions et des différentes façons dont elles pourraient être traitées. Le secrétariat espère que cet aperçu aidera la Commission à les résoudre rapidement ainsi qu'à finaliser le projet de convention dans le peu de temps dont elle disposera[3].

I. COMMENTAIRES

A. Articles 18 à 47 et annexe: questions renvoyées à la Commission par le Groupe de travail

1. Nature et priorité du droit du cessionnaire sur un produit (article 24-1 b*)*

Observations générales

3. À sa dernière session, le Groupe de travail a décidé de conserver l'article 24-1 *b* entre crochets, laissant à la Commission le soin de déterminer si cette disposition devrait être maintenue et, dans l'affirmative, sous quelle forme (voir A/CN.9/486, par. 61). La Commission souhaitera peut-être, pour se prononcer, tenir compte de la relation entre l'article 24-1 *b* et l'article 26, de l'importance réelle de l'article 24-1 *b* et de son acceptabilité.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 180 à 183; Annuaire de la CNUDCI, vol. XXXI: 2000.

[2] Ibid., par. 186. Le texte du projet de convention figure à l'annexe I du rapport du Groupe de travail (A/CN.9/486).

[3] Le projet de convention doit être examiné du 25 au 29 juin et, si nécessaire, le 2 juillet 2001. Le groupe de rédaction devra probablement se réunir jusqu'au 5 juillet et son rapport être adopté ce même jour, selon le temps dont la Commission et lui-même auront besoin pour achever leurs travaux.

Relation entre l'article 24-1 b *et l'article 26*

4. La relation entre ces deux articles, avec leur structure actuelle, n'est pas très claire. Si tous deux portent sur le produit, l'article 26 est une règle de droit matériel et l'article 24-1 *b* une règle de droit international privé. L'article 26 vise les situations particulières dans lesquelles le paiement est effectué au cessionnaire ou au cédant, mais où ce dernier détient le produit dans un compte distinct pour le compte du cessionnaire. Il semblerait donc que l'article 24-1 *b* vise les situations dans lesquelles le paiement est effectué au cédant ou à une autre personne et où le produit de la créance cédée est mêlé à d'autres actifs du cédant ou de cette autre personne. Si la Commission décide de maintenir l'article 24-1 *b*, elle souhaitera peut-être prévoir une nouvelle disposition qui le combinerait avec l'article 26.

Limitations de l'article 24-1 b

5. Comme on l'a dit, l'article 24-1 *b* s'appliquerait dans le cas où le produit est mêlé à d'autres actifs du cédant. Toutefois, si le produit ne correspondait pas à "tout ce qui est reçu au titre d'une créance cédée" (voir article 5 *j*), cette disposition pourrait très bien ne pas entrer en ligne de compte (à moins que la notion de produit et d'identification du produit soit courante dans la loi applicable). La situation est différente à l'article 26, qui fait référence à un produit clairement identifiable.

Acceptabilité de l'article 24-1 b

6. La question générale que la Commission souhaitera peut-être traiter est celle de savoir si les problèmes de priorité liés à certains types d'actifs, dont la cession a été exclue du projet de convention, devraient être abordés lorsque ces actifs proviennent de créances. La Commission voudra peut-être se pencher sur la question en examinant chaque type d'actifs.

Titres

7. Il semblerait qu'il y ait un courant suffisant en faveur de l'approche du lieu de l'intermédiaire pertinent (PRIMA, à savoir essentiellement le lieu de situation du compte) pour déterminer la loi applicable à la disposition de titres. PRIMA est envisagée par la Conférence de La Haye de droit international privé et par la Commission européenne. Elle a en outre déjà été adoptée dans la législation de certains pays (par exemple à l'article 29 de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 en France, à l'article 9-2 de la Directive de l'Union européenne concernant le caractère définitif du règlement et à l'article 8-110 du Code de commerce uniforme des États-Unis d'Amérique). Elle est également à l'étude dans d'autres pays (par exemple l'Australie, le Canada, le Japon, les Pays-Bas et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord). Toutefois, il reste encore à en déterminer la formulation exacte. En particulier, il n'a pas encore été clairement défini dans quelle mesure le titulaire du compte et l'intermédiaire pertinent seront autorisés à préciser, dans leur accord de conservation, le lieu où est situé le compte sans devoir recourir à un facteur de rattachement objectif. En outre, le sens des termes "lieu de situation", "titres", "compte de titres" ou "intermédiaire teneur de compte" n'est pas absolument clair[4].

8. Cette situation pose à la Commission un problème de fond et de procédure. Pour ce qui est du premier, il s'agit de savoir si PRIMA devrait être adoptée et, dans l'affirmative, sous quelle forme. Quant au second, la question est de savoir si la Commission pourrait adopter PRIMA sans coordonner ses travaux avec ceux de la Conférence de La Haye, car il est très improbable qu'un texte aura été produit par cette dernière lorsque la Commission devra adopter le projet de convention. En examinant la question, la Commission souhaitera peut-être envisager les différentes solutions possibles.

9. L'une d'elles serait d'inclure dans le projet de convention une règle indépendante reposant sur PRIMA. L'avantage d'une telle règle est qu'elle offrirait un degré de certitude suffisant quant à la loi applicable en vertu du projet de convention. Mais l'inconvénient serait que les efforts nécessaires pour l'élaborer dépasseraient largement le cadre du projet et risqueraient d'aboutir à un résultat incompatible avec le texte qu'est en train de préparer la Conférence de La Haye. Une autre solution consisterait à insérer une règle énonçant le principe de PRIMA sans entrer dans les détails, pour lesquels on renverrait à d'autres textes. Cette solution aurait l'avantage de reconnaître PRIMA en tant que principe. Son inconvénient serait de ne pas donner d'orientations suffisantes. En outre, elle pourrait créer des problèmes de coordination, en particulier si la règle du projet de convention devait être considérée comme une règle indépendante à interpréter sans référence au texte de la Conférence de La Haye.

10. Une troisième solution serait d'indiquer dans le projet de convention que les questions de priorité seront régies par la loi applicable en vertu des règles de droit international privé applicables aux types d'actifs considérés. Le commentaire pourrait expliquer plus en détail l'approche fondée sur PRIMA, en précisant qu'elle est de plus en plus souvent adoptée pour le transfert de droits réels sur des titres. Cette solution aurait l'avantage de refléter un principe généralement acceptable sans préjuger quelle pourrait être la loi applicable. L'inconvénient serait l'inutilité d'une telle disposition, car elle énoncerait une évidence sans donner aucune indication quant à la loi applicable. Une autre solution encore serait d'aborder la question uniquement dans le commentaire, qui pourrait indiquer que l'approche fondée sur PRIMA est celle qui sera retenue dans le texte de la Conférence de La Haye. L'avantage serait que la Commission donnerait aux États autant d'orientation que possible sans surcharger le projet de convention de dispositions qui ne fixeraient pas de

[4]Aussi bien le projet élaboré lors d'une réunion de la Conférence de La Haye, tenue en janvier 2001, que l'actuelle proposition de directive de la Commission européenne autorisent les parties à l'accord de conservation à préciser le lieu où est situé le compte, cela toutefois à une condition, à savoir qu'il existe un facteur de rattachement objectif (ce lieu doit correspondre au lieu où l'intermédiaire pertinent a un établissement ou une succursale et depuis lequel il tient les titulaires de comptes informés, ou dans lequel il affecte le compte de titres à des fins réglementaires ou comptables). Toutefois, ces deux projets constituent des documents de travail susceptibles d'être réexaminés.

règles claires. La Commission souhaitera donc peut-être supprimer l'article 24-1 *b* ii et traiter la question dans le commentaire en y précisant les avantages de cette approche et en se référant au texte de la Conférence de La Haye.

Comptes de dépôt

11. S'agissant de l'article 24-1 *b* iii, la Commission souhaitera peut-être envisager de suivre une approche similaire à celle qui sera suivie pour les titres. Il semblerait que des arguments solides militent en faveur de la loi du pays où est situé l'établissement dépositaire (voir A/CN.9/486, par. 58). La référence à la loi du lieu où est situé la banque pourrait aussi être interprétée comme une référence au lieu de situation du compte (approche semblable à PRIMA). Toutefois, une référence à la loi du lieu où se trouve la banque ou le compte serait incompatible avec l'approche adoptée dans les pays dont la législation fait référence à la loi du lieu de situation du cédant. De plus, en essayant de définir le lieu où est situé la banque ou le compte, on risque de rouvrir les difficiles questions que la Commission a dû résoudre pour définir la notion de "lieu de situation" aux fins du projet de convention. La Commission souhaitera donc peut-être envisager de supprimer l'article 24-1 *b* iii et de traiter la question dans le commentaire soit en formulant une recommandation claire quant à la loi applicable (si elle parvient sans tarder à un accord sur ce point), soit en analysant les différentes solutions possibles (si elle ne parvient pas à un accord).

Effets de commerce

12. La loi applicable à la priorité sur des effets de commerce est peut-être moins sujette à controverse que celle applicable à la priorité sur des titres ou des comptes de dépôt. Toutefois, on constate un chevauchement entre les articles 24-1 *b* i et 24-1 *b* ii. Les effets de commerce peuvent fort bien inclure des titres s'ils sont attestés par des certificats transférables sur remise (accompagnés de tout endossement nécessaire). En outre, il faudra peut-être également soumettre la priorité concernant des titres détenus directement par leur propriétaire à la loi du lieu où ils sont situés (*lex rei sitae*), car c'est la détention indirecte de ces titres qui justifie le remplacement de la *lex rei sitae* par PRIMA. On peut toutefois se demander si une règle concernant la priorité sur les seuls effets de commerce serait suffisamment utile sans une règle relative aux titres et aux comptes de dépôt. La Commission souhaitera donc peut-être envisager de supprimer l'article 24-1 *b* i et d'analyser la question, dans le commentaire, afin de donner des orientations aux États.

Relation entre l'article 26 et le texte de la Conférence de La Haye

13. En principe, il semblerait qu'aucun conflit ne puisse surgir entre l'article 26 et le texte de la Conférence de La Haye, car le premier est une disposition de droit matériel, tandis que le second est un texte de droit international privé. Conformément à l'article 26, si le cessionnaire a la priorité sur la créance et si les conditions énoncées aux paragraphes 1 et 2 sont remplies, il a la priorité sur le produit de la créance par rapport à un cessionnaire concurrent de la créance ou du produit (en tant que sûreté initiale), à un créancier du cédant (y compris un créancier ayant un droit sur le produit en tant que sûreté initiale) et à l'administrateur de l'insolvabilité du cédant. Si l'intermédiaire pertinent est situé dans un État partie à la Convention et au texte de la Conférence de La Haye (et que la Convention s'applique parce que le cédant est situé dans un État contractant), l'article 26 renverrait à la loi du lieu de situation dudit intermédiaire. Il n'y aurait alors pas de conflit entre l'article 26 et le texte de la Conférence de La Haye. Si, au contraire, l'intermédiaire pertinent n'est pas situé dans un État partie à la Convention (et que cette dernière s'applique parce que le cédant est situé dans un État contractant), l'article 26 renverrait à une loi autre que PRIMA (et, en conséquence, ce dernier risque de s'apercevoir qu'il n'a pas la priorité même s'il a fait tout son possible dans ce sens en vertu du texte de la Conférence de La Haye).

14. Il apparaît donc que les résultats seraient différents selon que c'est l'article 26 ou bien PRIMA qui s'applique. Toutefois, même dans ce cas, le conflit est plus apparent que réel. Si la créance est payée au cessionnaire (article 26-1), il n'y a aucun produit sur lequel un intermédiaire pourrait avoir un droit en tant que créancier du cédant. Si la créance est payée au cédant (article 26-2) et le produit détenu sur un compte distinct, un intermédiaire n'aurait normalement aucun droit sur ce compte, puisque les titres faisant l'objet d'une convention de compensation globale ne se trouvent pas sur celui-ci. Pour accroître la certitude quant aux droits d'un intermédiaire, il faudra peut-être préciser davantage à l'article 26-2 la nécessité de notifier à un intermédiaire (ou à tout établissement dépositaire) la nature du compte. On pourrait, par exemple, avoir un nouvel alinéa *a* bis avec un libellé tel que: "Une notification à cet effet est adressée à une personne titulaire d'un droit créé par convention qui ne découle pas d'une créance ou à une personne titulaire d'un droit à compensation". On pourrait expliquer, dans le commentaire, que le droit visé peut être une sûreté ou le droit d'un acquéreur du bien considéré. Dans l'actuel alinéa *b*, il faudrait insérer, après "dépôt", les mots "ou de titres", afin de couvrir à la fois les comptes de dépôt et les comptes de titres. Le commentaire pourrait expliquer aussi que l'article 26 n'a pas pour objet ni pour effet de créer un conflit avec PRIMA.

15. Une autre solution que la Commission pourrait retenir serait de faire en sorte que l'article 26-2 n'ait pas d'incidence sur les droits d'un établissement dépositaire, ou d'un intermédiaire en titres ou encore d'un cessionnaire du compte de dépôt ou de titres en tant que garant initial. On pourrait envisager un libellé tel que: "Le paragraphe 2 du présent article n'a aucune incidence sur la priorité d'un droit, ne découlant pas de la créance, d'une personne titulaire d'un droit créé par convention ou d'une personne titulaire d'un droit à compensation".

16. Ainsi, l'article 26-2 s'appliquerait de manière générale, mais son impact réel serait limité aux conflits entre un cessionnaire de la créance faisant valoir que le compte est le produit de cette dernière et les créanciers du cédant ou l'administrateur de l'insolvabilité. Ce résultat se justifierait par le fait que ces personnes n'accorderaient norma-

lement pas de crédit au cédant en se fondant sur le compte de dépôt ou de titres en question. L'article 27 s'appliquerait également, pour valider une convention de renonciation conclue entre un établissement dépositaire ou un intermédiaire en titres et un cessionnaire.

2. Existence et nature du droit d'un réclamant concurrent sur le produit (article 24-1 c*)*

17. L'analyse ci-dessus concernant l'article 24-1 *b* vaudrait également pour l'article 24-1 *c*. En essayant d'offrir une certitude quant à la loi applicable à l'existence et à la nature des droits d'un réclamant concurrent, cette disposition ajoute à la complexité du projet de convention. De plus, elle traite de questions qui peuvent dépasser largement le champ d'application de ce dernier. En outre, elle pourrait être inappropriée dans la mesure où des questions, telles que l'existence d'un droit, peuvent être soumises à la loi du lieu où est situé l'actif considéré (*lex rei sitae*) ou à la loi régissant l'insolvabilité (*lex concursus*). La Commission souhaitera donc peut-être supprimer l'article 24-1 *c*.

3. Nature d'un droit (article 24-2)

18. La nature d'un droit est abordée à l'article 24-2 en tant que question distincte de celle de la priorité. Cette approche est contraire à l'intention du Groupe de travail de traiter cette question uniquement dans le cadre d'un conflit de priorité; en outre, elle complique inutilement l'article 24. En énonçant dans l'article 24, qui est l'une des dispositions les plus importantes du projet de convention, une règle claire et simple, on pourrait en faciliter l'interprétation et l'application. La Commission souhaitera donc peut-être combiner la définition de la nature d'un droit et celle de la priorité en déplaçant le paragraphe 2 de l'article 24 à l'alinéa *g* de l'article 5. Cette solution pourrait aussi clarifier le sens du terme "priorité" et aider à traiter les conditions de forme de manière que la cession produise ses effets à l'égard des tiers (c'est l'approche adoptée à l'article 5 du texte de la Conférence de La Haye daté du 19 janvier 2001; l'article 8 pourrait ne pas être approprié pour traiter la question de la forme pour ce qui est de la priorité; voir par. 33 et 34). On pourrait envisager de modifier l'alinéa *g* de l'article 5 de la manière suivante: "Le terme "priorité" désigne la préférence donnée au droit d'une personne sur le droit d'un réclamant concurrent et se réfère au caractère réel ou personnel du droit, à la question de savoir s'il a été créé à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation et si des mesures doivent être prises pour qu'un droit produise ses effets à l'égard d'un réclamant concurrent."

19. Si la Commission opte pour cette solution, l'article 24 serait libellé comme suit:

"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 régit:

a) La priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclamant concurrent; et

b) La priorité du droit du cessionnaire sur le produit qui est une créance dont la cession est régie par la présente Convention par rapport au droit d'un réclamant concurrent." (Voir, toutefois, par. 42).

4. Relation entre le cessionnaire et le débiteur (article 20)

20. Le Groupe de travail a laissé à la Commission le soin de déterminer si le contenu de l'article 30 devrait être inclus dans l'article 20. Il en a brièvement débattu à la suite d'une proposition permettant d'éviter que les avantages de l'article 30 ne soient perdus si un État décidait de ne pas appliquer le chapitre V (voir A/CN.9/486, par. 83). Si la Commission juge cette proposition acceptable, elle pourrait envisager pour l'article 39 un libellé tel que: "Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par le chapitre V, à l'exception des articles 30, 32 et 33". Ainsi, l'article 30 continuerait de s'appliquer et son contenu resterait soumis aux principes de loi impérative et d'ordre public (principes qui demeureraient inapplicables aux dispositions autres que celles du chapitre V). Si la Commission préfère maintenir la possibilité d'exclure intégralement l'application du chapitre V (voir A/CN.9/486, par. 111), elle pourrait envisager un libellé tel que: "Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par le chapitre V dans son ensemble ou par les articles 28, 29 et 31 seulement". Cette solution pourrait rendre le projet de convention plus souple, mais également en réduire l'effet unificateur, car le chapitre V risque de s'appliquer à des degrés différents d'un État à l'autre.

5. Forme (nouvelle disposition du chapitre V)

21. Le Groupe de travail a renvoyé à la Commission la question de savoir si une disposition traitant de la loi applicable à la forme de la cession et du contrat de cession devrait être insérée au chapitre V (voir A/CN.9/486, par. 76 et 174). Cette nouvelle disposition permettrait de savoir avec certitude quelle est la loi applicable à la forme dans les cas où l'article 8 ne s'appliquerait pas du fait que le cédant n'est pas situé dans un État contractant. Si la forme de la cession en ce qu'elle concerne le tiers est laissée à la loi du lieu où est situé le cédant (voir par. 18, 33 et 34) et si la forme de la cession pour ce qui est de la relation entre le cédant et le cessionnaire et pour ce qui est du débiteur fait l'objet d'une règle de droit matériel (voir par. 34), il ne resterait à aborder au chapitre V que la loi applicable à la forme du contrat de cession. Cette question peut être renvoyée aux règles de droit international privé généralement applicables à la forme des contrats ou bien on pourrait également envisager un libellé s'inspirant de l'article 11 de la Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises:

"1. Un contrat de cession conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même État est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions soit de la loi qui le régit, soit de la loi de l'État dans lequel il a été conclu.

2. Un contrat de cession conclu entre des personnes qui se trouvent dans des États différents est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions soit de la loi qui le régit, soit de la loi de l'un de ces États."

6. Loi applicable dans les unités territoriales (article 37)

22. La Commission souhaitera peut-être examiner l'article 37, qui figure entre crochets, à la lumière d'une proposition devant être présentée par certains États fédéraux (A/CN.9/486, par. 97).

7. Réserves et déclarations (article 44)

23. À la dernière session du Groupe de travail, il a été estimé que le fait d'assimiler des réserves à des déclarations risquait involontairement de conduire à l'application des dispositions du droit des traités relatives aux réserves, y compris des dispositions concernant la réciprocité. Cet avis se fondait sur le principe selon lequel le projet de convention n'autorisait aucune réserve. De ce fait, il a été proposé de supprimer le membre de phrase "autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention" ou de reformuler l'article 44 afin d'y faire référence aux déclarations (voir A/CN.9/486, par. 125 et 126).

24. Dans la mesure où les articles 36-1, 39 à 41 et 42-5 excluent l'application ou modifient l'effet de certaines dispositions du projet de convention, ils correspondent en principe à des réserves. La directive 1.1.8 sur les "réserves faites en vertu de clauses d'exclusion", adoptée par la Commission du droit international à sa dernière session, est claire sur ce point[5]. En outre, l'article 17-1 des Conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et de 1978 établissent un lien clair entre une disposition autorisant un État à ne pas appliquer une partie d'une convention et une réserve. Si de telles déclarations sont faites à un moment autre que celui de la signature ou de l'expression par un État de son consentement à être lié, elles peuvent être considérées soit comme des réserves que les États sont autorisés à faire à tout moment, soit comme une dénonciation partielle.

25. La Commission souhaitera donc peut-être conserver tel quel l'article 44, qui est une disposition type dans les conventions émanant de ses travaux. Le commentaire sur l'article 44 pourrait préciser que les articles 36-1, 39 à 41 et 42-5 prévoient des réserves, du moins si elles sont faites au moment de la signature ou de l'expression par un État de son consentement à être lié, tandis que l'article 37 prévoit une déclaration interprétative et que l'article 42 a le caractère d'une clause facultative. Une autre solution serait de modifier l'article 44 comme suit: "Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont autorisées au paragraphe 1 de l'article 36, aux articles 39 à 41 et au paragraphe 5 de l'article 42" [dans la mesure où elles sont faites au moment de la signature, de la ratification, de l'approbation ou de l'adhésion]. Afin d'éviter la question technique abordée dans le libellé entre crochets, la Commission souhaitera peut-être envisager de libeller l'article 44 comme suit: "Aucune réserve n'est autorisée". Le commentaire pourrait expliquer que ce libellé vise à éviter cette question technique et que l'intention n'est pas de modifier la nature juridique des réserves autorisées par d'autres dispositions.

[5] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10*, (A/55/10), par. 663.

8. Annexe

26. La Commission souhaitera peut-être envisager d'inclure à l'annexe une disposition sur la désignation de l'autorité de supervision et du conservateur de registre et sur l'élaboration d'un règlement (voir A/CN.9/486, par. 153 et 174). Elle pourrait envisager un libellé tel que: "À la demande d'un tiers au moins des États [contractants] [signataires] [à] [de] la présente Convention, le dépositaire convoque une conférence des États [contractants] [signataires] pour la désignation de l'autorité de supervision et du premier conservateur de registre et pour l'élaboration du premier règlement, ainsi que pour la révision ou la modification de ce dernier". La Commission souhaitera peut-être aussi examiner les articles 6 à 9 à la lumière d'une proposition qui lui sera soumise par des États (voir A/CN.9/486, par. 163, 165 et 168).

B. Articles 1er à 17: questions laissées en suspens par la Commission ou renvoyées à cette dernière par le Groupe de travail

1. Exclusion des transferts d'effets de commerce (article 4-1 b*)*

27. Le Groupe de travail a laissé à la Commission le soin de déterminer si les transferts d'effets de commerce par remise sans endossement nécessaire ou par inscription sur les livres comptables d'un dépositaire devaient être exclus (voir A/CN.9/486, par. 62 et 63). Une question connexe également renvoyée à la Commission était de savoir si, dans le cas où les transferts par remise sans endossement nécessaire ne seraient pas exclus, les conflits de priorité nés de tels transferts devraient être renvoyés à la loi du lieu de l'effet de commerce considéré.

28. La Commission souhaitera peut-être rappeler le principe de l'article 4-1 *b*, à savoir préserver les droits et obligations des parties découlant du droit cambiaire, sans exclure la cession de la créance contractuelle sous-jacente (voir A/55/17, par. 29; et A/CN.9/470, par. 43 et 44). Il serait conforme à ce principe d'exclure également les transferts par remise sans endossement nécessaire ou par inscription sur les livres comptables s'ils sont régis par le droit cambiaire. On pourrait obtenir ce résultat en adoptant un libellé tel que: "La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de quelque personne que ce soit découlant du droit cambiaire". Ce libellé rendrait en outre inutile toute référence au mode de transfert d'un effet de commerce. Il éviterait aussi d'exclure la cession d'une créance contractuelle uniquement parce que cette créance est incorporée dans un effet de commerce. Enfin, il aurait pour effet d'exclure les droits des personnes découlant du droit cambiaire, que ces personnes soient ou non parties à l'effet de commerce (par exemple les créanciers saisissant des créances).

2. *Exclusion par voie de déclaration (article* 4-4*)*

29. Lors de la dernière session du Groupe de travail, la possibilité pour les États d'exclure d'autres pratiques,

actuelles ou futures, par voie de déclaration a suscité à la fois un appui sans réserve et de vives objections. On a souligné en particulier l'utilité de l'article 4-4 en ce qu'il permet d'aborder avec souplesse des pratiques futures qui ne peuvent être prévues au stade actuel. Les pratiques actuelles susceptibles d'être exclues concernent notamment les créances découlant d'opérations en devises, dans la mesure où elles ne sont pas déjà exclues à l'article 4-2 *a* et *b*, ou les créances sur consommateurs, à moins qu'une disposition générale sur la protection des consommateurs ne soit insérée dans le projet de convention (voir A/CN.9/486, par. 116 et 117; s'agissant de la protection des consommateurs, voir par. 38 à 40 ci-dessous). La Commission souhaitera peut-être envisager d'exclure ces pratiques directement au lieu de laisser les États le faire par voie de déclaration. Cette solution assurerait un degré de certitude et d'uniformité plus élevé quant au champ d'application du projet de convention. Si elle est adoptée, l'impact potentiel de l'article 4-4 serait limité aux pratiques futures. De ce fait, la Commission pourra peut-être se prononcer plus facilement sur le maintien ou la suppression de cette disposition. Si elle décide de la maintenir, elle souhaitera peut-être examiner s'il serait conforme au principe sur lequel repose cette disposition d'autoriser également les États à appliquer le projet de convention aux pratiques auxquelles il n'est pas censé s'appliquer (les États opteraient pour l'application du projet par déclaration).

3. Exclusion des transferts de biens meubles incorporels (articles 11-3 a *et 12-4* a*)*

30. L'expression "biens meubles corporels" a été placée entre crochets, car il s'agit de savoir si elle recouvre les biens meubles incorporels en général (à savoir la propriété intellectuelle ou industrielle ou d'autres informations; voir A/55/17, par. 185). Il semblerait que les biens incorporels soient visés par les articles 11-3 *b* et 12-4 *b*. La Commission souhaitera donc peut-être supprimer les crochets et clarifier la question dans le commentaire.

C. Autres questions

31. Selon le temps dont elle disposera, la Commission souhaitera peut-être également examiner les questions ci-après.

1. Exclusion des créances immobilières (article 4-3)

32. La Commission souhaitera peut-être examiner si l'article 4-3 *a* pourrait être remplacé par le texte suivant qui serait ajouté à la fin de la nouvelle disposition proposée concernant les effets de commerce (voir par. 28): "ou du droit foncier". Dans ce cas, l'article 4-3 *b* pourrait être remplacé par un libellé tel que le suivant, qui serait inséré à la fin de l'article 9-3: "y compris sur les limitations applicables à l'acquisition de droits réels sur un immeuble en vertu de la loi de l'État dans lequel est situé cet immeuble".

2. Efficacité (articles 8 à 12)

Article 8

33. En disposant que le respect des conditions de forme existant dans la loi de l'État où le cédant est situé est suffisant, l'article 8 donne des orientations aux cessionnaires sur la manière de garantir la validité d'une cession quant à la forme. Toutefois, si la loi du lieu où est situé le cédant exige, par exemple, que la cession soit notifiée pour être valable quant à la forme (non quant au fond)[6], l'article 8 n'est pas utile. Dans ce cas, il ne permettrait pas, par exemple, de lever les obstacles concernant la cession de créances futures dans laquelle la notification au débiteur n'est pas possible, du moins avant que naisse la créance et que l'identité du débiteur soit connue. En outre, du fait que l'article 8 renvoie à des lois autres que la loi du lieu de situation du cédant, il risque d'être incompatible avec l'article 24 dans la mesure où les conditions de forme peuvent être considérées comme des questions se rapportant à la priorité.

34. La Commission souhaitera donc peut-être étudier la possibilité d'insérer une règle de droit matériel relative à la forme dans la relation entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur. Une solution possible serait de partir du principe qu'aucune condition de forme n'est nécessaire entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur. Pour ce qui est du cédant et du cessionnaire, l'autonomie des parties devrait prévaloir. S'agissant du débiteur, aucune condition de forme n'est nécessaire, puisque celui-ci est suffisamment protégé par l'exigence d'une notification écrite. On pourrait envisager un libellé tel que: "Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur, la cession n'a pas à être conclue ni constatée par écrit et n'est soumise à aucune autre condition de forme. Elle peut être prouvée par tous moyens, y compris par témoins". Selon cette approche, l'article 8 porterait sur la validité quant à la forme et l'article 9 sur la validité quant au fond. Les obstacles s'opposant à la cession de créances futures seraient levés de manière uniforme et suffisamment générale. Dans la mesure où elles sont nécessaires pour ce qui est de la priorité, les conditions de forme pourraient être soumises à la loi du lieu où est situé le cédant (voir par. 18).

Article 9

35. En faisant référence aux créances futures en général et nonobstant l'article 9-3, l'article 9-1 risque involontairement de conduire à valider la cession de toutes créances futures, y compris de créances sur consommateurs ou de pensions et de salaires, même si une telle cession est interdite par la loi. La Commission souhaitera donc peut-être reformuler l'article 9-1 comme suit: "La cession d'une ou de plusieurs créances, existantes ou futures, en totalité ou par fractions, ou de tout droit indivis sur lesdites créances n'est pas dépourvue d'effet entre le cédant et le cessionnaire ou à l'égard du débiteur et d'un réclamant concurrent au seul motif qu'elle porte sur des créances futures si, à la date de la conclusion du contrat initial,

[6]Si la notification est une condition de validité quant au fond, l'article 9 serait suffisant pour lever de tels obstacles.

elles sont identifiables comme étant celles qui font l'objet de la cession[7]". La référence à l'efficacité d'une cession entre un cessionnaire et un réclamant concurrent vise à couvrir la question abordée à l'article 9-4, qui n'est peut-être plus nécessaire.

Article 10

36. La Commission souhaitera peut-être réexaminer s'il faudrait conserver l'article 10. Il semblerait que la date de la cession soit importante pour établir la priorité et déterminer si une cession pourrait être annulée en tant que transfert frauduleux ou préférentiel si elle a été effectuée au cours d'une certaine période précédant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ("la période suspecte"). Toutefois, les premiers mots de l'article 10 privent ce dernier de son effet et le vident ainsi de sa substance. Le terme "date de la cession" n'est employé que dans le projet d'article 9-1 *b*, mais on pourrait faire directement référence dans cet article et dans d'autres dispositions (par exemple aux articles 1-1 *a*, 3, 4 *b*, 14, 38, 41 du projet de convention et à l'article 6 de l'annexe) à la date de la conclusion du contrat de cession. Pour ce qui est de la question de savoir si les parties sont autorisées à fixer la date de la cession sans que cela ait d'incidences sur les droits de tiers, l'article 10 est là encore inutile, puisque ce résultat est implicite à l'article 6. La Commission souhaitera donc peut-être envisager de supprimer l'article 10.

Articles 11 et 12

37. Les articles 11-3 et 12-4 ont pour objet de *limiter* l'application des articles 11 et 12 aux cessions de créances commerciales (voir A/55/17, par. 104 à 108). Toutefois, le terme "créance commerciale" est défini de manière si générale que le paragraphe 3, dans sa teneur, exclut du champ d'application de l'article 11 la cession de créances nées de services financiers. La Commission souhaitera peut-être indiquer expressément ce résultat de la manière suivante: "L'article 11 ne s'applique pas aux cessions de créances nées de contrats de services financiers". Pour éviter de créer une source d'incertitude, elle souhaitera peut-être aussi définir les contrats de services financiers. Il semblerait toutefois que l'exclusion à l'article 4 des pratiques liées à des services financiers soit assez générale pour, du moins, faire douter de l'utilité de l'article 11-3. Les seules pratiques qui ne sont pas exclues à l'article 4 et qu'il faudrait peut-être exclure à l'article 11 sont celles qui ont trait aux cessions de prêts ou de créances nées de polices d'assurance. Il serait préférable de les exclure directement plutôt qu'en se référant en termes vagues à des contrats de services financiers. On pourrait envisager de remplacer le texte actuel de l'article 11-3 par une formulation telle que: "L'article 11 ne s'applique pas aux cessions de créances nées de conventions de prêt ou de polices d'assurance [...]". Si l'on préfère un libellé plus général, on pourrait envisager, par exemple, un texte rédigé comme suit: "L'article 11 ne s'applique pas à la cession d'une créance unique existante" (bien que cette formulation puisse avoir pour effet d'exclure d'autres pratiques, telles que la cession d'une créance de valeur élevée découlant d'un contrat portant sur un équipement aéronautique, un immeuble ou des travaux de construction).

3. Questions relatives à la protection des consommateurs

38. À sa trente-troisième session, la Commission a décidé de ne pas inclure à l'article 17 de libellé se rapportant spécifiquement aux débiteurs consommateurs étant entendu qu'elle devrait peut-être réexaminer cette question. Une proposition visant à insérer une disposition précisant 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 a été accueillie avec intérêt mais n'a pas été adoptée (voir A/55/17, par. 170 à 172).

39. À la dernière session du Groupe de travail, il a été estimé que, à moins que l'on inclue dans l'article 17 une référence à la législation sur la protection des consommateurs, certains États devraient peut-être exclure des pratiques relatives aux créances sur consommateurs (voir A/CN.9/486, par. 116). Pour éviter un tel résultat qui pourrait involontairement réduire l'utilité du projet de convention, la Commission souhaitera peut-être réexaminer la question, ce qui n'exigerait pas qu'elle modifie la ligne qu'elle a adoptée. Conformément à cette dernière, le commentaire indique expressément que le projet de convention n'a pas pour objet de l'emporter sur la législation sur la protection des consommateurs (voir A/CN.9/470, par. 128 et A/55/17, par. 170).

40. En ce qui concerne la protection des consommateurs en tant que cédant, l'article 9-3 peut être suffisant, car il dispose que le projet de convention n'a aucune incidence sur les interdictions prévues par la loi. Il risque toutefois de ne pas l'être dans la mesure où l'article 9-1 peut être interprété comme validant la cession de créances futures, même dans le cas de créances sur consommateurs. Bien que la nouvelle formulation proposée pour l'article 9-1 puisse résoudre ce problème (voir par. 35), il vaudrait peut-être mieux inclure dans le projet de convention un libellé couvrant également les cédants consommateurs, en mettant l'accent sur un élément mis en lumière pendant les débats de la Commission l'année dernière, à savoir les dispositions législatives impératives qui ne peuvent être modifiées ou auxquelles il ne peut être dérogé par convention entre les parties. Cette approche permettrait à la Commission de répondre aux préoccupations exprimées et, ce faisant, de réduire sensiblement la possibilité de formuler une réserve quant à l'application du projet de convention aux cessions de créances sur consommateurs. En outre, elle ne compromettrait pas la certitude que le projet de convention vise à assurer et ne modifierait non plus la ligne approuvée par la Commission. On pourrait envisager pour l'article 4 un libellé tel que: "La présente Convention ne déroge pas à la loi régissant la protection des parties aux opérations effectuées pour des besoins personnels, familiaux ou domestiques". Le commentaire pourrait expliquer que, à l'exception des cessions exclues

[7] L'article 5 de la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international est libellé de façon similaire ("une clause du contrat d'affacturage prévoyant la cession de créances existantes ou futures est valable, même en l'absence de leur désignation individuelle...").

à l'article 4-1 *a*, le projet de convention s'applique aux cessions de créances sur consommateurs mais n'a pas pour objet de l'emporter sur les règles impératives de la législation nationale relative à la protection des consommateurs. Si la Commission adopte le texte proposé, il ne serait pas nécessaire de faire spécifiquement référence à la protection des consommateurs aux articles 21-1 et 23.

4. Exceptions et droits à compensation du débiteur (article 20-1)

41. Dans certains États, si la cession produit effet, le débiteur peut perdre tout droit à compensation. Comme l'article 20 n'accorde pas au débiteur de droit à compensation si, en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention, celui-ci ne jouit pas d'un tel droit, il risque de n'avoir aucun droit à compensation dans ces États. Pour éviter cela, on pourrait ajouter à la fin de l'article 20-1 le membre de phrase "comme si la cession n'avait jamais eu lieu".

5. Questions de priorité (article 24-1 a *ii)*

42. L'article 24-1 *a* ii envisage les situations dans lesquelles le débiteur paie en cédant une créance. Il y aurait alors deux cédants (le cédant de la créance initiale et le débiteur/cédant de la créance cédée en paiement de la créance initiale). La Commission souhaitera peut-être examiner quelle loi devrait régir ces situations. Elle souhaitera peut-être aussi envisager de déplacer cette disposition à l'article 26 de manière à regrouper toutes les règles relatives au produit dans un seul et même article.

D. Procédure à suivre pour l'adoption finale du projet de convention

43. À sa prochaine session, la Commission devrait examiner la procédure à suivre pour l'adoption finale du projet de convention (voir A/55/17, par. 189 et 192). Afin de déterminer si elle recommandera que le texte soit adopté par l'Assemblée générale ou par une conférence diplomatique devant être convoquée par cette dernière, elle souhaitera peut-être tenir compte des éléments ayant influencé sa décision sur ce point dans le passé. Six conventions ont été élaborées sur la base de textes mis au point par la Commission. Quatre ont été adoptées par une conférence diplomatique et deux par l'Assemblée générale.

44. Les arguments sur la base desquels la Commission a recommandé l'adoption d'une convention par une conférence diplomatique sont les suivants: les textes "techniques" devraient être adoptés lors de réunions spéciales de groupes d'experts qualifiés; les économies que l'on peut réaliser en soumettant un projet de convention à un groupe de travail de la Sixième Commission et à l'Assemblée générale peuvent être plus apparentes que réelles (voir A/8717, par. 19 et A/CN.9/SR.123; *Annuaire de la CNUDCI,* vol. III: 1972); incidences financières et offre d'un État d'accueillir la conférence (voir A/31/17, par. 39 à 43; *Annuaire de la CNUDCI,* vol. VII: 1976); en ne tenant pas de conférence, on priverait de nombreux pays, en particulier des pays en développement et des pays non représentés à la Commission, de la possibilité d'examiner le texte en détail et d'exercer une influence sur sa teneur et sa forme définitives; le fait que la Commission devrait conclure de manière appropriée un travail représentant des années d'efforts et de dépenses (voir A/32/17, par. 20 à 32; *Annuaire de la CNUDCI,* vol. VIII: 1977); un texte juridique même bien conçu pourrait encore être amélioré et une conférence serait l'enceinte la mieux adaptée pour une négociation entre les États, les spécialistes et les professionnels (voir A/44/17, par. 223 et 224; *Annuaire de la CNUDCI,* vol. XVI: 1989).

45. L'argument sur la base duquel la Commission a décidé de soumettre une convention à l'Assemblée générale est que les dépenses afférentes à la convocation d'une conférence diplomatique ne se justifient peut-être pas dans le cas d'un texte qui est l'aboutissement de travaux ayant duré plusieurs années, a fait l'objet de longues délibérations et a été suffisamment amélioré si bien qu'il n'appelle pas d'autre examen quant au fond (voir A/42/17, par. 301 et A/50/17, par. 199; *Annuaire de la CNUDCI,* vol. XVIII: 1997 et vol. XXVI: 1995, respectivement).

46. Compte tenu de ce qui précède, la Commission souhaitera peut-être recommander l'adoption du projet de convention par l'Assemblée générale si elle est convaincue que le texte a été suffisamment examiné et qu'il a atteint un degré de maturité tel que les États le jugent généralement acceptable. Dans ses délibérations, la Commission souhaitera peut-être tenir compte également du fait qu'une conférence diplomatique pourrait modifier le texte du projet de convention adopté par la Commission, mais aussi qu'elle favoriserait la participation d'un plus grand nombre d'États et pourrait avoir un impact sur l'acceptabilité de ce projet.

E. Questions de forme

47. Si elle parvient rapidement à un accord, la Commission souhaitera peut-être soumettre les questions ci-après au groupe de rédaction.

48. Les articles 2 (cession) et 3 (internationalité) figurent au chapitre premier (champ d'application), tandis que l'article 5 (définitions et règles d'interprétation) se trouve au chapitre II (dispositions générales), car il ne traite pas principalement ou uniquement de questions relatives au champ d'application. Toutefois, l'article 5 contient d'importantes dispositions sur ce point qu'il faut peut-être mettre en évidence au début du projet de convention (par exemple la définition de la notion de "localisation"). Il serait donc peut-être plus logique et plus utile pour le lecteur que toutes les définitions et règles d'interprétation se trouvent dans une seule et même disposition qui pourrait être l'article 2 (les actuels articles 2 et 3 pouvant devenir les alinéas *a* et *b* de cette nouvelle disposition). Les chapitres I et II seraient fusionnés en un seul chapitre intitulé "Champ d'application et dispositions générales".

49. Le mot "*made*" figurant au début des alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 1 de l'article 4 du texte anglais devrait être supprimé, car il apparaît déjà dans le chapeau du paragraphe 1. Il faudrait faire référence dans tout le projet

de convention aux titres en général plutôt qu'aux valeurs mobilières.

50. Pour qu'il soit parfaitement clair que les garanties prennent effet au moment où la cession prend effet, la Commission souhaitera peut-être modifier le paragraphe 1 de l'article 14 comme suit: "Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant garantit que, *à la date de la conclusion du contrat de cession...*" (les mots en italique ont simplement été déplacés). En outre, afin de garantir que le cédant sera tenu responsable si la créance n'a pas été valablement créée, on pourrait insérer, au début de l'alinéa *c* du paragraphe 1, un libellé tel que: "La créance existe et...".

51. Les usages et habitudes peuvent lier le cédant et le cessionnaire mais non les tiers (voir article 13-2 et A/CN.9/489, par. 107). Les garanties (pouvant découler aussi d'usages commerciaux) sont considérées comme étant données non seulement au cessionnaire initial, mais également à tout cessionnaire subséquent (voir article 14-1 et A/CN.9/489, par. 111). La Commission souhaitera peut-être confirmer que le commentaire reflète fidèlement son interprétation.

52. Par souci d'harmonisation avec l'article 1-3, il faudrait remplacer à l'article 41-2 *b* la référence à la loi régissant la créance par une référence à la loi régissant le contrat initial.

A/CN.9/491/Add.1

Projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international: commentaires sur les questions en suspens et d'autres points: note du secrétariat

La présente note contient en annexe les prévisions de dépenses afférentes à la tenue d'une conférence diplomatique à Vienne (voir A/CN.9/491, par. 43 à 46) établies par la Section des finances et du budget.

ANNEXE

Prévisions de dépenses pour la tenue d'une conférence diplomatique sur la cession de créances Vienne, automne 2002

Coût des services de conférence à Vienne

N°	*Objet de dépense*	*Nombre de pages*	*Dollars É.-U.*
I.	**Services de traduction**		
	Traduction des documents de présession	1 000	178 000
	Traduction des documents de session	1 000	178 000
	Traduction des documents d'après-session	250	44 500
	Traduction des comptes rendus analytiques	3 030	539 340
	Comptes rendus analytiques établis sur place		155 700
	Heures supplémentaires, sursalaire de nuit, taxi, etc.		10 500
	Total partiel: services de traduction		**1 106 040**

		Effectifs	*Nombre de jours*	*Nombre de jours d'indemnités de subsistance*	
II.	**Services d'interprétation**				
	Interprètes				
	Interprètes de l'Organisation	—	—	—	
	Interprètes indépendants (non locaux)	20	20	400	
	Interprètes indépendants (non locaux)	20	6	120	
		40		**520**	
	Indemnités journalières de subsistance				83 720
	Faux frais au départ et à l'arrivée				4 320
	Billets d'avion				52 000
	Rémunération des interprètes				183 300
	Appui à l'interprétariat				
	Indemnités journalières de subsistance				
	Faux frais au départ et à l'arrivée				
	Billets d'avion				
	Total partiel: services d'interprétation				**323 340**
III.	**Services de reproduction**				
	Pages imprimées (2 346 510)				58 013
	Total partiel: services de reproduction				**58 013**
IV.	**Services d'appui fonctionnel**				
	De Vienne				
	De New York	2	21	42	
	Indemnités journalières de subsistance				6 762
	Faux frais au départ et à l'arrivée				216
	Billets d'avion	1 800			3 600
	Total partiel: services d'appui fonctionnel				**10 578**

		Nombre de jours	*Traitement Dollars É.-U.*	
V.	**Services de conférence et appui logistique**			
	Séances plénières			
	Technicien	19	1 255	
	Fonctionnaire des conférences	44	2 519	
	Huissier	66	3 264	
	Planton	44	2 176	
	Planton attaché au secrétariat	22	1 088	
	Technicien chargé des micros	19	1 088	
	Réceptionniste	19	1 088	
	Responsable du vestiaire	19	940	
	Commis à l'inscription	3	172	
	Commis au contrôle des documents	19	1 088	
	Commis à la distribution des documents	44	2 519	
	Secrétaire bilingue	44	3 364	
	Planton attaché aux interprètes	19	1 088	
	Téléphoniste	38	2 176	
	Heures supplémentaires		6 000	29 825

	Groupe de rédaction			
	Technicien	5	330	
	Fonctionnaire des conférences	10	573	
	Huissier	10	495	
	Planton	10	495	
	Technicien chargé des micros	5	1 286	2 179
	Total partiel: services de conférence et appui logistique			**32 004**
VI.	**Services de sécurité et de sûreté de l'ONU**			
	Heures supplémentaires: agents de sécurité			28 204
VII.	**Transport des fournitures et du matériel**			
VIII.	**Appui électronique**			
	Un membre de la Section de l'informatique	19	1 255	1 255
	TOTAL GÉNÉRAL			**1 559 434**

II. COMMERCE ÉLECTRONIQUE

A. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-septième session (Vienne, 18-29 septembre 2000) (A/CN.9/483) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Pages*
INTRODUCTION	1-20	195
I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	21-23	198
II. PROJETS D'ARTICLES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES	24-144	198
A. Remarques générales	24	198
B. Examen des projets d'articles	25-133	198
Article 12. Reconnaissance des certificats et des signatures électroniques étrangers	25-58	198
Article 2. Définitions	59-109	205
Article 5. Dérogation conventionnelle	110-113	212
Article 9. Normes de conduite du prestataire de services de certification	114-127	212
Article 10. Fiabilité	128-133	214
C. Forme de l'instrument	134-138	215
D. Relations avec la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique	139-142	216
E. Rapport du groupe de rédaction	143-144	216
III. PROJET DE GUIDE POUR L'INCORPORATION	145-152	217
A. Remarques générales	145-147	217
B. Remarques spécifiques	148-152	217

ANNEXE

Projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques	218

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 d'étudier s'il serait souhaitable et possible de définir des règles uniformes sur ces questions. Il a été convenu que les règles uniformes à élaborer devraient notamment porter sur les questions suivantes: 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 propres 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 sur l'importance et 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 éventuellement 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). La Commission a approuvé les conclusions du Groupe de travail et lui a confié l'élaboration d'un projet de règles uniformes sur les questions juridiques relatives aux signatures numériques et aux autorités de certification (également dénommées dans le présent rapport "le projet de règles uniformes" ou "les règles uniformes").

3. Au sujet 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 un stade aussi précoce. On a estimé qu'il était justifié que le Groupe de travail axe son attention sur les questions relatives aux signatures numériques étant donné le rôle apparemment prédominant joué par la cryptographie à clef publique dans la nouvelle pratique du commerce électronique, mais 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 (concept que le Groupe de travail a ensuite remplacé par celui de "prestataire de services de certification"; voir par. 66 et 89 ci-après), 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 internationale[2].

4. Le Groupe de travail a commencé à élaborer les 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 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.

6. 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 généralement considéré comme un forum international particulièrement important pour les échanges de vues sur les problèmes juridiques liés au commerce électronique et la recherche des solutions correspondantes[3].

7. Le Groupe de travail a poursuivi la révision des règles uniformes à ses trente-troisième (1998) et trente-quatrième (1999) sessions à partir des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76, 79 et 80).

8. À sa trente-deuxième session (1999), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ces deux sessions (A/CN.9/454 et 457). Elle s'est dite satisfaite des efforts faits par le Groupe de travail pour rédiger le projet de règles uniformes sur les signatures électroniques. On s'est généralement accordé à reconnaître que des progrès sensibles avaient été accomplis 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 d'autres techniques d'authentification. Telles qu'actuellement envisagées par le Groupe de travail, 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

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

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

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

de limiter les travaux sur les signatures électroniques aux aspects juridiques de la certification internationale 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. 2 et 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 l'élaboration d'une législation sur les questions relatives aux signatures électroniques, y compris la mise en place d'une infrastructure à 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 se rapportant à l'infrastructure 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 d'infrastructure 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 l'infrastructure 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 d'infrastructure 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 l'infrastructure 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. 2 et 6 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 a poursuivi la révision des règles uniformes à ses trente-cinquième (septembre 1999) et trente-sixième (février 2000) sessions à partir des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.82 et WP.84). Les rapports sur les travaux de ces deux sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/465 et A/CN.9/467.

13. À sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000), la Commission a noté qu'à sa trente-sixième session le Groupe de travail avait adopté le texte des projets d'articles 1 et 3 à 11 des règles uniformes. Selon une opinion, il restait à clarifier certains points du fait de la suppression dans le projet de règles uniformes de la notion de "signature électronique renforcée". Il a été indiqué qu'il pourrait être nécessaire, en fonction de la décision que prendrait le Groupe de travail concernant les projets d'articles 2 (Définitions) et 12 (Reconnaissance des certificats et des signatures électroniques étrangers), 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 n'étant pas destinées à produire d'effet juridique important.

14. 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 accomplis dans l'élaboration du projet de règles uniformes. Elle l'a instamment prié de terminer ses travaux sur ce texte à sa trente-septième session et d'examiner le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne que devait établir le secrétariat[5].

15. Le Groupe de travail sur le commerce électronique, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-septième session à Vienne du 18 au 29 septembre 2000. Les représentants des États ci-après membres du Groupe de travail ont assisté à la session: Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Brésil, Cameroun, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Honduras, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Mexique, Nigéria, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour et Thaïlande.

16. Les observateurs des États ci-après ont assisté à la session: Arabie saoudite, Belgique, Canada, Costa Rica, Cuba, Équateur, Guatemala, Indonésie, Irlande, Jordanie, Liban, Malaisie, Malte, Maroc, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pérou, Pologne, Portugal, République de Corée, République tchèque, Slovaquie, Suède, Suisse, Tunisie, Turquie, Ukraine, Uruguay et Yémen.

17. Les observateurs des organisations internationales suivantes ont également assisté à la session: a) *système des Nations Unies*: Banque mondiale, Commission économique pour l'Europe (ONU/CEE), Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED); b) *organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne (ASE), Banque africaine de développement (BAfD), Commission européenne, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE),

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

[5]Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 380 à 389.

Secrétariat du Commonwealth; c) *organisations internationales invitées par la Commission*: Association européenne des étudiants en droit, Association internationale des ports (AIP), Association internationale du barreau, Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Chambre de commerce internationale (CCI) et Union internationale du notariat latin (UINL).

18. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau suivants:

Président: M. Jacques GAUTHIER (Canada, élu à titre personnel)

Rapporteur: M. Pinai NANAKORN (Thaïlande)

19. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.85); note du secrétariat contenant le projet de règles uniformes sur les signatures électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.84); et deux notes du secrétariat contenant le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne des Règles uniformes (A/CN.9/WG.IV/WP.86 et A/CN.9/WG.IV/WP.86/Add.1).

20. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivants:

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
   Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne des règles uniformes sur les signatures électroniques
   Travaux futurs envisageables dans le domaine du commerce électronique.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

21. Le Groupe de travail a examiné les questions relatives aux signatures électroniques en se fondant sur la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.84) et sur les projets d'articles qu'il avait adoptés à sa trente-sixième session (A/CN.9/467, Annexe). Les délibérations et les conclusions du Groupe de travail sur ces questions sont résumées à la section II ci-après.

22. Après avoir débattu du projet d'article 2 et de celui de l'article 12 (article 13 dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.84) et examiné les modifications à apporter en conséquence à d'autres projets d'articles, 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 du projet de règles uniformes. Il a ensuite examiné et modifié les dispositions adoptées par le groupe de rédaction. La version finale du projet telle qu'adoptée par le Groupe de travail figure à l'annexe du présent rapport.

23. Le Groupe de travail a examiné le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne des règles uniformes. Ses délibérations et conclusions sur ce point sont résumées à la section III ci-après. Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée du projet de guide reflétant les décisions prises par le Groupe de travail en fonction des points de vue, des suggestions et préoccupations qui ont été exprimés au cours de la session. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas terminé ses délibérations sur le projet de guide. Il a été convenu qu'il devrait se ménager, à sa trente-huitième session, un peu de temps pour achever l'examen de ce point. Il a été noté que le projet de règles uniformes (qui revêt désormais la forme d'un projet de loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques) ainsi que le projet de guide pour leur incorporation seraient soumis à la Commission aux fins de réexamen et d'adoption à sa trente-quatrième session, qui se tiendra à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001.

II. PROJETS D'ARTICLES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

A. Remarques générales

24. Le Groupe de travail a tout d'abord 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. Les rapports, au niveau gouvernemental, ont confirmé qu'il était jugé indispensable de résoudre les problèmes juridiques soulevés par le commerce électronique pour faciliter 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 12. *Reconnaissance des certificats et des signatures électroniques étrangers*

25. Le texte du projet d'article 12 (article 13 dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.84) tel qu'il a été examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"[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 étranger 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 équivalant 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.]"

Paragraphe 1

26. Il a été souligné que, s'agissant de certificats, le qualificatif "étranger" visait clairement un certificat émis par une autorité de certification ne relevant pas de la juridiction où le certificat était invoqué. Par contre, la notion de signature "étrangère", qu'elle soit manuscrite ou électronique, n'était pas aussi claire, car plusieurs critères pouvaient servir à qualifier une signature d'"étrangère" (comme le lieu où elle a été créée, la nationalité des parties ou le siège de l'autorité de certification). Il a donc été proposé de limiter le champ d'application du paragraphe 1 à la reconnaissance de certificats étrangers et de supprimer les mots "ou une signature électronique" actuellement placés entre crochets. Cette proposition a reçu un certain appui, mais, selon le point de vue qui a prévalu, le paragraphe 1 devait viser tant les certificats que les signatures et il fallait supprimer les crochets entourant l'expression "ou une signature électronique". Il a été souligné à cet égard que les signatures électroniques n'étaient pas toujours accompagnées d'un certificat et qu'une signature électronique créée sans être assortie d'un certificat devrait aussi bénéficier du principe de non-discrimination énoncé au paragraphe 1.

27. Selon une opinion, le membre de phrase "il n'est pas tenu compte du lieu où le certificat ou la signature électronique a été émis" était trop catégorique aux fins du paragraphe 1. La disposition pouvait être plus clairement exprimée par un libellé tel que "la question de savoir si, ou dans quelle mesure, un certificat ou une signature électronique produit légalement ses effets ne dépend pas du lieu où le certificat ou la signature électronique a été émis [...]". Selon un autre avis, il fallait remanier le paragraphe 1 comme suit: "Un certificat ou une signature électronique ne sont pas privés d'effet en raison uniquement du lieu où ils ont été émis". En réponse à ces propositions, il a été dit que le libellé existant reflétait bien l'objet du paragraphe 1, en ce qu'il indiquait clairement que le lieu d'origine en soi ne devait en aucun cas être un facteur permettant de déterminer si et dans quelle mesure des certificats ou des signatures électroniques étrangers produisaient légalement leurs effets. Après avoir examiné les différents points de vue, le Groupe de travail a décidé de conserver le texte actuel du paragraphe 1 en supprimant tous les crochets, et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

28. À titre d'observation générale, un certain nombre de délégations ont déclaré que le paragraphe 1 énonçait déjà les principes fondamentaux devant être appliqués à la reconnaissance de certificats et de signatures électroniques étrangers, si bien que le paragraphe 2 et les paragraphes suivants du projet d'article 12 étaient inutiles. En outre, le paragraphe 2 risquait d'avoir des effets discriminatoires non voulus, car les références, en italique, aux conditions posées par la loi de l'État adoptant semblaient lier la reconnaissance de certificats ou de signatures électroniques étrangers à l'existence d'un régime public d'agrément pour les autorités de certification. (Le Groupe de travail a ensuite remplacé le concept d'"autorité de certification" par celui de "prestataire de services de certification"; voir par. 66 et 89 ci-après). Il a donc été proposé de remplacer les paragraphes 2 à 6 par les dispositions suivantes:

"2. Dans la mesure où un État fixe des conditions à la reconnaissance d'un certificat [ou d'une signature électronique], il doit y être satisfait par un mécanisme volontaire d'accréditation relevant du secteur privé.

3. Lorsque, nonobstant le paragraphe 2, 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."

29. La proposition a reçu un certain appui, mais, selon le point de vue qui a prévalu, le paragraphe 2, même s'il fallait peut-être en améliorer le libellé, comportait des dispositions importantes qu'il fallait conserver dans le texte du projet de règles uniformes. Il a été noté que le Groupe de travail avait précédemment reconnu que les systèmes juridiques internes pourraient recourir à différents modes de traitement des fonctions de certification, depuis des régimes d'autorisation obligatoire contrôlés par les pouvoirs publics jusqu'à des systèmes volontaires d'accréditation relevant du secteur privé. L'intention, dans le projet d'article 12, n'était pas d'imposer ni d'exclure aucun de ces modes, mais, au contraire, d'énoncer des critères de reconnaissance de certificats et de signatures électroniques étrangers qui resteraient valables et pertinents quelle que soit la nature du régime de certification existant dans le pays d'origine du certificat ou de la signature. Le Groupe de travail a néanmoins reconnu que le membre de phrase invitant l'État adoptant à indiquer la loi applicable aux prestataires de services de certification risquait d'être interprété de manière trop étroite et qu'il conviendrait de le remplacer par une autre formule comme "dans cet État" ou "dans cette juridiction".

30. S'agissant du texte actuel du paragraphe 2, des inquiétudes ont été exprimées quant à son manque de clarté. Ce paragraphe pouvait en effet donner lieu à trois interprétations différentes, à savoir: *a)* qu'il fallait accorder aux prestataires étrangers de services de certification une faculté égale de faire reconnaître leurs services au moyen d'un enregistrement en vertu des lois de l'État adoptant; *b)* qu'il fallait, dans les conditions prévues au paragraphe 2, accorder aux certificats émis par des prestataires étrangers de services de certification les mêmes effets juridiques qu'aux certificats émis par des autorités de certification reconnues dans l'État adoptant; ou *c)* qu'il fallait accorder aux prestataires étrangers de services de certification une reconnaissance rapide dans l'État adoptant s'ils remplissaient les conditions énoncées au paragraphe 2. Si la première interprétation était exacte, le paragraphe 2 n'était pas nécessaire, car il ne ferait que réaffirmer le principe de non-discrimination posé au paragraphe 1. Si la deuxième interprétation était correcte, le paragraphe 2 risquerait de mettre un prestataire étranger de services de certification non soumis à un régime d'autorisation obligatoire dans son pays d'origine sur un pied d'égalité avec des autorités nationales de certification agréées, ce qui créerait une discrimination à rebours indésirable à l'égard des prestataires de services de certification tenus d'obtenir une autorisation dans l'État adoptant. Si la troisième interprétation était correcte, il fallait l'énoncer plus clairement.

31. En réponse à ces interprétations et préoccupations, il a été souligné que le paragraphe 2 avait pour objet, non pas de mettre les prestataires étrangers de services de certification en meilleure posture que les prestataires nationaux, mais de définir des critères pour la reconnaissance internationale de certificats, faute de quoi les prestataires de services de certification seraient astreints à la lourde obligation d'obtenir des autorisations dans un grand nombre de pays. À cette fin, le paragraphe 2 fixait un seuil d'équivalence technique des certificats étrangers fondé sur leur niveau de fiabilité comparé aux conditions de fiabilité établies par l'État adoptant conformément aux règles uniformes. Le fait pour un État adoptant, aux fins de l'agrément de prestataires nationaux de services de certification, de fixer des critères complémentaires au-delà de ceux énoncés au paragraphe 3, ou pour le pays d'origine d'imposer des critères supérieurs à ceux-ci, relevait d'une décision de principe n'entrant pas dans le cadre des règles uniformes.

32. Selon un avis, l'exigence selon laquelle le niveau de fiabilité des pratiques des prestataires de services de certification étrangers devrait être "au moins" équivalent à celui qui était requis dans l'État adoptant était excessivement restrictive et inappropriée dans un contexte international. Il importait de reconnaître qu'il pouvait exister d'importantes divergences entre les exigences des différents pays. Par conséquent, il serait plus approprié d'exiger que le niveau de fiabilité des pratiques des prestataires de services de certification soit "comparable", plutôt qu'"au moins équivalent" à celui requis dans l'État adoptant. Le Groupe de travail s'est longuement penché sur la question du seuil approprié de reconnaissance des certificats étrangers. Les participants ont généralement été sensibles aux préoccupations qui avaient été exprimées concernant la difficulté d'établir une équivalence des certificats dans un contexte international. On a estimé, cependant, que la notion d'un niveau "comparable" de fiabilité des pratiques des prestataires de services de certification n'offrait pas le degré de certitude juridique qui pourrait être nécessaire pour promouvoir l'utilisation transnationale de certificats. Après avoir examiné différentes solutions, le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 2 devrait mentionner un niveau de fiabilité "substantiellement" équivalent à celui obtenu dans l'État adoptant. Le Groupe de travail a noté, à cet égard, que l'exigence d'équivalence, telle qu'énoncée au paragraphe 2, ne signifiait pas que le niveau de fiabilité du certificat étranger devrait être exactement identique à celui des certificats nationaux.

33. Il a été souligné que le paragraphe 2 laissait apparemment entendre qu'il existerait un ensemble unique d'exigences pour tous les types de certificat. Dans la pratique, cependant, les prestataires de services de certification émettaient des certificats ayant différents niveaux de fiabilité, en fonction de la finalité pour laquelle ils devaient être utilisés par leurs clients. En fonction de leurs niveaux de fiabilité, il n'était pas nécessairement intéressant que tous les certificats produisent des effets juridiques, que ce soit au niveau national ou à l'étranger. Par conséquent, il a été proposé de reformuler le paragraphe 2 de façon à exprimer l'idée selon laquelle l'équivalence à établir s'entendait entre certificats de même type. Le Groupe de travail était conscient de la nécessité de prendre en compte les différents niveaux de certificat et le type de reconnaissance ou d'effet juridique que chacun d'entre eux pourrait mériter en fonction de leurs niveaux respectifs de fiabilité. Cependant, selon l'avis qui a prévalu, la reformulation proposée du paragraphe 2 posait un problème en raison de la difficulté à établir la correspondance entre des certificats de types

différents émis par différents prestataires de services de certification dans différents pays. Pour cette raison, les règles uniformes avaient été rédigées de façon à envisager une éventuelle hiérarchie des différents types de certificats. En outre, il a été déclaré que la question des différents types de certificats concernait l'application pratique des règles uniformes et qu'une référence appropriée dans le guide d'incorporation pourrait suffire. Dans la pratique, une juridiction étatique ou arbitrale appelée à décider de l'effet juridique d'un certificat étranger examinerait normalement chaque certificat en fonction de ses caractéristiques propres et tenterait de l'assimiler aux certificats ayant le niveau le plus proche dans l'État adoptant.

34. Selon une autre opinion, bien que le paragraphe 2 soit satisfaisant quant au fond, son objet serait mieux servi si celui-ci prévoyait clairement la production d'effets juridiques, plutôt que la reconnaissance, de certificats étrangers émis conformément à des pratiques jugées substantiellement équivalentes à celles exigées dans l'État adoptant. La notion de reconnaissance, qui était connue dans d'autres domaines du droit (en rapport, par exemple, avec la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères), signifiait, a-t-il été déclaré, qu'une procédure spéciale pourrait être exigée dans chaque cas, avant qu'un certificat étranger puisse produire un effet juridique dans l'État adoptant. Si le paragraphe 2 devait avoir une signification pratique au-delà de ce qui figurait déjà au paragraphe 1, il faudrait reformuler la disposition de façon à affirmer la production d'effets juridiques des certificats étrangers et les conditions de cette production d'effets.

35. La reformulation du paragraphe 2 pour y inclure la notion de production d'effets juridiques a bénéficié d'un appui général, mais les avis ont divergé quant à savoir si la norme applicable devrait dépendre de la fiabilité des pratiques suivies par le prestataire étranger de services de certification ou si cette norme devrait se fonder sur le niveau de fiabilité offert par le certificat étranger lui-même. Selon l'avis qui a prévalu au fil des débats, la norme à utiliser au paragraphe 2 devrait être le niveau de fiabilité offert par le certificat étranger lui-même, par rapport au niveau de fiabilité offert par des certificats émis par des prestataires nationaux de services de certification. Par ailleurs, en plaçant l'accent sur les certificats plutôt que sur les pratiques suivies par le prestataire de services de certification, il devenait plus aisé de résoudre d'autres problèmes soulevés par le libellé actuel du paragraphe 2. En effet, grâce à son nouveau libellé, le paragraphe 2 devenait plus souple et pouvait prendre en compte les différents types de certificats et le niveau variable de fiabilité qu'ils offraient, sans que l'on ait à se référer, dans le texte, à différents types de certificats.

36. Le Groupe de travail a conclu son examen du paragraphe 2 en priant le groupe de rédaction de reformuler la disposition, de sorte qu'un certificat émis par un prestataire étranger de services de certification produise les mêmes effets juridiques qu'un certificat émis par un prestataire national de services de certification lorsque ce certificat offrait un niveau substantiellement équivalent de fiabilité. Il était entendu que l'utilisation des mots "un certificat" plutôt que "des certificats" montrait bien que le critère de fiabilité devait s'appliquer à chaque certificat plutôt qu'à une catégorie de certificats, ou à tous les certificats d'un prestataire donné.

Paragraphe 3

37. À titre d'observation générale, il a été déclaré que le paragraphe 3 semblait envisager des critères en vertu desquels l'État adoptant validerait des signatures électroniques produites à l'étranger. Si tel était le cas, le paragraphe 3 semblait introduire, s'agissant des signatures électroniques, une situation sans précédent dans le contexte des transactions fondées sur le papier. En effet, la validité des signatures manuscrites était déterminée, selon le cas, par la loi régissant la transaction en question ou par la loi régissant les questions relatives à la capacité juridique du signataire. Dans la mesure où le paragraphe 3 énonçait un paramètre indépendant d'établissement de l'effet juridique d'une signature électronique, cette disposition allait à l'encontre de règles bien établies de droit international privé. Le Groupe de travail a, par conséquent, été instamment prié d'envisager de supprimer cette disposition.

38. De l'avis du Groupe de travail, cependant, le paragraphe 3 ne modifiait pas le fonctionnement des règles du droit international privé concernant la validité d'une signature, puisqu'il traitait exclusivement des normes de reconnaissance internationale de la fiabilité de la méthode utilisée pour identifier le signataire de tout message électronique donné. Toutefois, le Groupe de travail a estimé, dans l'ensemble, qu'il fallait, pour clarifier la situation et aligner les paragraphes 2 et 3, supprimer du paragraphe 3 les références aux lois d'États autres que l'État adoptant.

39. À cet égard, selon un avis, une disposition reconnaissant dans l'État adoptant quelque effet juridique à l'application des lois d'un pays étranger présentait une utilité et l'on devrait, sous réserve que soient levés les doutes exprimés auparavant, conserver cette disposition. Il a été déclaré que ce qui importait au paragraphe 3 était d'établir un critère international de fiabilité des méthodes utilisées pour produire des signatures électroniques. La formulation actuelle du paragraphe 3 présentait l'avantage pratique de dispenser l'État adoptant de vérifier la fiabilité de telle ou telle signature, lorsqu'il considérait que la loi du pays d'où provenait la signature prévoyait une norme satisfaisante de fiabilité des signatures électroniques. En réponse, on a fait valoir que cet avantage pratique continuerait d'exister malgré la suppression de la référence aux lois de l'État étranger. Dans le cadre de ce débat, il a été souligné que les signatures électroniques étaient définies au projet d'article 2 comme des méthodes d'identification et que, par conséquent, le critère de fiabilité envisagé au paragraphe 3 relevait de ces méthodes plutôt que de la signature elle-même.

40. Selon une opinion, étant donné que les paragraphes 2 et 3 appliquaient la règle de non-discrimination énoncée au paragraphe 1, on pourrait utilement les combiner en une disposition unique. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, les paragraphes 2 et 3 remplissaient une fonction spécifique, distincte de celle du paragraphe 1. Le paragraphe 1 contenait une règle de non-discrimination exprimée par une négation, tandis que les paragraphes 2 et 3 développaient

cette règle générale en termes plus concrets par une affirmation selon laquelle des certificats et des signatures électroniques étrangers devraient se voir accorder un effet juridique lorsqu'ils étaient substantiellement équivalents à des certificats et des signatures nationaux pour ce qui était de leur fiabilité. Bien qu'il fût possible de clarifier le lien logique existant entre les trois paragraphes (par exemple en ajoutant des mots tels que "par conséquent" à la fin du paragraphe 1 et en transformant les paragraphes 2 et 3 en alinéas), il fallait conserver la substance de ces deux paragraphes. En outre, comme il faudrait peut-être prendre en compte différents facteurs pour la reconnaissance internationale des certificats et des signatures électroniques, chaque disposition devrait rester distincte.

41. À l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait aligner le texte du paragraphe 3 sur celui du paragraphe 2 et le reformuler comme suit : "Des signatures électroniques émises dans un État étranger produisent les mêmes effets juridiques que des signatures électroniques émises dans ... *[l'État adoptant]*, à condition qu'elles offrent un niveau de fiabilité substantiellement équivalent". La question a été soumise au groupe de rédaction.

42. Pour ce qui est du texte figurant entre crochets à la fin des paragraphes 2 et 3, il a été généralement convenu que la référence aux techniques juridiques que pourrait utiliser un État adoptant (c'est-à-dire une déclaration unilatérale ou un traité) pour reconnaître a priori la fiabilité de certificats et de signatures étrangers ne devrait pas figurer dans les règles uniformes. En revanche, elle devrait être évoquée dans le projet de guide d'incorporation.

Paragraphe 4

43. Le Groupe de travail a longuement débattu de la pertinence des critères énoncés au paragraphe 4 concernant la reconnaissance internationale des certificats et des signatures étrangers et de la nécessité de conserver cette disposition compte tenu des modifications qui avaient été décidées aux paragraphes 2 et 3. À cet égard, les propositions visant tant à supprimer qu'à conserver, éventuellement sous une forme modifiée, le paragraphe 4 ont toutes deux bénéficié d'un solide appui. Il a également été réitéré que les paragraphes 2 et 3 devraient être supprimés.

44. À l'appui de la suppression du paragraphe 4, il a été déclaré que, dans la mesure où les critères qui y étaient énoncés n'étaient pas identiques à ceux énoncés dans les passages correspondants des projets d'articles 6, 9 et 10, le paragraphe 4 allait à l'encontre de l'avis exprimé par le Groupe de travail à sa trente-cinquième session, en 1999, selon lequel les critères énoncés en ce qui concerne les signatures ou certificats devraient s'appliquer de la même façon aux signatures ou aux certificats étrangers et nationaux (A/CN.9/465, par. 35). Si, par contre, le paragraphe 4 ne devait que reproduire les critères énoncés précédemment dans le projet de règles uniformes, il serait, dans la pratique, superflu. En outre, les critères énoncés au paragraphe 4 n'étaient pas pleinement applicables aux certificats ou aux signatures électroniques, car ils incluaient des critères contenus dans les projets d'articles 9 et 10 qui avaient été spécialement conçus dans le but d'évaluer la fiabilité de prestataires de services de certification. On a également fait valoir à l'appui de la suppression du paragraphe 4 que la liste était perçue comme limitant l'autonomie des parties et empiétant sur la liberté des juges et des arbitres d'examiner, dans des cas concrets, la fiabilité de certificats et de signatures. Une autre raison, encore, avancée pour supprimer le paragraphe 4 était que l'énumération de critères spécifiques pour déterminer l'équivalence était contraire à l'esprit des paragraphes 2 et 3, tels que récemment modifiés par le Groupe de travail. En effet, les paragraphes 2 et 3 envisageaient un critère d'équivalence substantielle des certificats et des signatures étrangers par rapport aux certificats aux et signatures nationaux. Un tel critère appelait logiquement une comparaison des normes respectives de fiabilité appliquées dans les États concernés et non le renvoi à un ensemble de critères indépendant.

45. À l'appui du maintien du paragraphe 4, il a été déclaré que si la liste qui y figurait pouvait ne pas être entièrement pertinente et devait probablement être révisée, une telle disposition n'en contenait pas moins des orientations utiles pour évaluer l'équivalence de certificats et de signatures. En se contentant de mentionner les critères pertinents dans le projet de guide d'incorporation, comme cela avait été proposé, on n'obtiendrait pas le résultat recherché, car le projet de guide était destiné à des législateurs et n'était pas le type de document auquel des tribunaux nationaux se référeraient habituellement. Il était nécessaire de disposer d'un ensemble de normes permettant d'évaluer l'équivalence de certificats étrangers, car cet exercice différait intrinsèquement de l'évaluation de la fiabilité du prestataire de services de certification en vertu des articles 9 et 10. Si l'on s'inquiétait de ce que les critères énumérés au paragraphe 4 n'étaient pas entièrement applicables à la reconnaissance internationale de certificats et de signatures électroniques, il serait préférable de reformuler la liste que de la supprimer purement et simplement. À cet effet, il a été proposé, pour le paragraphe 4, un autre texte libellé comme suit:

"Pour déterminer si un certificat offre un niveau substantiellement équivalent de fiabilité aux fins du paragraphe 2, il est tenu compte:

1. des aspects suivants des procédures opérationnelles du prestataire étranger de services de certification:

a) la fiabilité du matériel et des logiciels et leur méthode d'utilisation;

b) les procédures utilisées:

i) pour demander des certificats;
ii) pour traiter des demandes de certificats;
iii) pour traiter des certificats;
iv) par un signataire pour notifier qu'un dispositif de signature a été compromis;
v) pour assurer un service de révocation en temps utile;

c) la régularité et l'étendue de tout audit effectué par une tierce partie indépendante;

2. de l'existence d'une déclaration d'un État ou d'un organisme d'habilitation concernant tout ou partie des points énumérés au paragraphe 1 *b* ci-dessus;

3. des normes internationales reconnues respectées par le prestataire étranger de services de certification;

4. de tout autre facteur pertinent."

46. Le Groupe de travail a examiné avec grand intérêt le nouveau libellé proposé pour le paragraphe 4, dont il a été estimé qu'il introduisait des éléments particulièrement pertinents pour évaluer l'équivalence de certificats dans un contexte international, en particulier la référence à des normes internationales reconnues. Diverses questions ont cependant été soulevées quant à la signification des critères énumérés et aux chevauchements ou aux écarts éventuels entre les nouveaux critères et ceux déjà mentionnés dans les projets d'articles 6, 9 et 10. Par ailleurs, on a exprimé la crainte que la démarche proposée, bien qu'ayant l'avantage d'être plus analytique et circonscrite que la liste figurant actuellement au paragraphe 4, ne complique excessivement la disposition, allant ainsi à l'encontre de l'objectif de clarté juridique. Tenant compte de ces questions et préoccupations, le Groupe de travail n'a pas accepté le nouveau libellé. En échange, il a été suggéré qu'on pourrait atteindre pratiquement le même objectif en utilisant, dans le paragraphe 4, des renvois aux dispositions appropriées des règles uniformes mentionnant les critères pertinents et éventuellement en ajoutant d'autres critères particulièrement importants pour la reconnaissance internationale tels que le respect de normes internationales reconnues.

47. Il a par ailleurs été souligné que différents critères pouvaient s'appliquer aux signatures électroniques. Le libellé suivant a été proposé concernant les critères de détermination de l'équivalence substantielle des signatures électroniques:

> "Pour déterminer si une signature électronique offre un niveau substantiellement équivalent de fiabilité aux fins du paragraphe 3 de l'article 13, il est tenu compte:
>
> 1. du fait que les moyens utilisés pour la création de la signature électronique sont ou non, dans le contexte dans lequel ils sont utilisés, liés exclusivement au signataire;
>
> 2. du fait que les moyens utilisés pour la création de la signature électronique sont ou non, au moment de la signature, sous le contrôle exclusif du signataire;
>
> 3. du fait que toute modification apportée à la signature électronique, ou toute modification apportée à l'information à laquelle la signature électronique se rapporte, après le moment de la signature, est ou non décelable;
>
> 4. de toute norme internationale reconnue appliquée en rapport avec la création de la signature électronique;
>
> 5. de tout autre facteur pertinent."

48. Le Groupe de travail a interrompu ses travaux pour examiner les solutions proposées et a étudié différentes façons de les formuler. Au cours des débats, cependant, le Groupe de travail est finalement parvenu à la conclusion qu'en tentant de faire figurer tous les critères pertinents dans une disposition unique au moyen de renvois à des passages antérieurs du projet de règles uniformes, on risquait d'aboutir à une formulation non moins complexe que celle que le Groupe de travail venait de rejeter.

49. À l'issue d'un long débat et dans le but de concilier les partisans d'une suppression du paragraphe 4 et ceux d'un maintien de cette disposition, il a été décidé de reformuler le paragraphe 4 en indiquant que, pour déterminer si un certificat étranger ou une signature électronique étrangère offrait un niveau substantiellement équivalent de fiabilité aux fins des paragraphes 2 et 3, il devrait être tenu compte de normes internationalement reconnues et de tout autre facteur pertinent. À cet égard, il a été proposé de remplacer la référence à des normes internationales reconnues par une référence à des "normes techniques et commerciales internationales", de façon à bien montrer que les normes décisives étaient des normes issues du marché plutôt que des normes adoptées par des organismes gouvernementaux et intergouvernementaux. Cette proposition a bénéficié d'un certain appui, mais, selon l'avis qui a prévalu, il serait inapproprié d'exclure des normes pertinentes les normes gouvernementales, et la formulation actuelle était suffisamment large pour englober des normes techniques et commerciales conçues par le secteur privé. Il a été décidé d'inclure dans le projet de guide d'incorporation des explications appropriées concernant la large interprétation devant être donnée à la notion de "normes internationales reconnues".

Paragraphe 5

50. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 5 était issu d'une précédente disposition (le paragraphe 4 du projet d'article 19 figurant dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.73), qui reconnaissait le droit des organismes publics de spécifier qu'il était nécessaire de recourir à une autorité de certification, une catégorie d'autorités de certification ou une catégorie de certificats particuliers pour les messages ou les signatures qui leur étaient soumis. La portée de cette disposition a été ultérieurement élargie, le Groupe de travail ayant estimé, lorsqu'il a examiné pour la première fois la question à sa trente-deuxième session en 1998, que le même droit, pour les messages ou les signatures qu'elles recevaient, devait être reconnu aux parties à des transactions commerciales et autres et non aux seuls organismes publics (A/CN.9/446, par. 207). N'ayant pas eu, depuis lors, l'occasion d'examiner la disposition, le Groupe de travail a procédé à un échange de vues concernant la nécessité et l'opportunité de conserver le paragraphe 5.

51. En faveur du maintien de la disposition, il a été dit que le paragraphe 5 correspondait à une pratique courante, en particulier pour les transactions auxquelles participaient des organismes publics dans certains pays, qui visait à faciliter et encourager la normalisation des prescriptions techniques. Une disposition comme celle du paragraphe 5 était également importante pour limiter les risques et les coûts éventuels résultant de la nécessité de vérifier la fiabilité de méthodes de certification inconnues ou celle de prestataires de services de certification n'appartenant pas à une catégorie reconnue d'autorités de certification. Ces coûts et risques pouvaient être considérables pour des entités traitant couramment une grande quantité de communications avec une multiplicité de personnes ou de sociétés, comme cela était souvent le cas d'organismes publics ou d'institutions financières. S'il ne leur était pas possible de spécifier le prestataire de services de certification, la catégorie de prestataires ou la catégorie de certificats particuliers auxquelles ils souhaitaient recourir pour les messages ou les signatures qui leur étaient

soumis, ces entités risquaient de se trouver dans l'obligation d'accepter toute catégorie de prestataires de services de certification ou de certificats.

52. Toutefois, selon le point de vue qui a prévalu au sein du Groupe de travail, compte tenu de la nouvelle structure du projet d'article, le paragraphe 5 n'était pas nécessaire et devait être supprimé. Il a été dit que, si le paragraphe 5 avait pour objet d'établir une prérogative spéciale pour les organismes publics, il était inutile, puisque aucune disposition des règles uniformes, qui concernaient essentiellement des transactions commerciales, ne limitait ni ne compromettait la faculté des pouvoirs publics d'instituer des procédures particulières à suivre pour traiter avec des administrations publiques. S'agissant cependant d'autres transactions, il était préférable que la question des catégories de prestataires de services de certification ou de certificats auxquelles il fallait recourir relève d'un accord entre les parties concernées. En tout état de cause, il ne serait pas souhaitable que les règles uniformes paraissent encourager, ou proposer, que la loi avalise des pratiques permettant à une partie privée d'imposer unilatéralement une autorité de certification, une catégorie d'autorités de certification ou une catégorie de certificats particuliers. Une telle faculté pouvait donner lieu à des abus, sous la forme d'une discrimination à l'égard de concurrents ou de secteurs nouveaux, ou d'autres pratiques commerciales restrictives. Même reformulé, comme cela a été proposé, afin de prévoir que les parties pouvaient "convenir, s'agissant de leurs relations", d'utiliser un prestataire de services de certification, une catégorie de prestataires ou une catégorie de certificats particuliers, le paragraphe 5 serait superflu, puisque le paragraphe 6 reconnaissait déjà le principe de l'autonomie des parties quant au choix de certains types de signatures électroniques et de certificats.

53. Au terme du débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 5.

Paragraphe 6

54. Il a été rappelé que le paragraphe 6 résultait de la décision prise par le Groupe de travail à sa trente-cinquième session de prévoir, dans les règles uniformes, que la reconnaissance d'une convention entre les parties intéressées concernant l'utilisation de certains types de signatures électroniques ou de certificats était un motif suffisant pour la reconnaissance internationale (entre ces parties) des signatures ou certificats ainsi convenus (A/CN.9/465, par. 34). Pour ses délibérations, le Groupe de travail s'est fondé sur la première variante proposée dans le paragraphe 6, qui était ainsi libellée: "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."

55. Il a été estimé que le paragraphe 6 ne faisait que réaffirmer, dans la perspective de la reconnaissance internationale de signatures électroniques et de certificats, le principe de l'autonomie des parties exprimé dans le projet d'article 5. Selon cette interprétation, le paragraphe 6 était superflu et potentiellement néfaste en ce qu'il risquait de faire douter de la portée générale du projet d'article 5. Toutefois, selon le point de vue qui a prévalu, le paragraphe 6 était nécessaire afin de prévenir tout doute, le reste du projet d'article 12 pouvant être considéré comme un code relatif à la reconnaissance internationale ou comme un ensemble de règles impératives, non susceptibles de dérogation conventionnelle (pour la suite du débat concernant le caractère impératif des règles, voir par. 112 et 113 ci-après). Il a été en outre indiqué qu'il fallait un texte particulier pour donner effet à des stipulations conventionnelles par lesquelles les parties conviendraient, dans leurs relations, de reconnaître l'utilisation de certaines signatures électroniques ou de certains certificats (qui pourraient être considérés comme étrangers dans certains ou dans tous les États où les parties pourraient vouloir faire reconnaître juridiquement une signature ou un certificat particulier), sans que ces signatures ou certificats soient soumis aux critères d'équivalence substantielle énoncés aux paragraphes 2, 3 et 4.

56. Selon une opinion, le paragraphe 6 n'indiquait peut-être pas assez clairement que, aux fins de la reconnaissance internationale, la convention entre les parties ne devait pas avoir d'incidences sur la situation juridique des tiers. En réponse, il a été généralement estimé que les mots "s'agissant de leurs relations" rendaient dûment compte du principe fondamental de la relativité des contrats, principe finalement applicable dans la plupart des systèmes juridiques.

57. Il a été généralement convenu que la reconnaissance de conventions particulières en vertu du paragraphe 6 devait être subordonnée à toute loi impérative de l'État adoptant. Il a été proposé d'ajouter la formule suivante, inspirée du projet d'article 5: "à moins que cette convention soit invalide ou sans effets aux termes de la loi de l'État adoptant". Le principe de cette proposition a été généralement appuyé, mais, selon une opinion, on pouvait craindre que la référence à "la loi de l'État adoptant" ne soit interprétée comme une ingérence indue dans les règles du droit international privé. Bien qu'il ait été expliqué que la loi de l'État adoptant entrerait inévitablement en ligne de compte, ne fût-ce que pour renvoyer à la loi étrangère par le jeu d'une règle de conflit, on a estimé généralement que, pour rendre le texte plus clair, il convenait de remplacer la référence à "la loi de l'État adoptant" par la mention de "la loi applicable". Il a été convenu de modifier en conséquence le texte du projet d'article 5.

58. Au terme du débat, le Groupe de travail a décidé que le texte du paragraphe 6 devrait se lire comme suit: "Lorsque, nonobstant les paragraphes 2, 3 et 4, les parties conviennent, s'agissant de leurs relations, d'utiliser certains types de signatures électroniques ou de certificats, cette convention est jugée suffisante aux fins de la reconnaissance internationale, à moins qu'elle soit invalide ou sans effets aux termes de la loi applicable". La disposition a été renvoyée au groupe de rédaction, qui a été également chargé d'aligner le texte de l'article 5 sur le libellé correspondant du paragraphe 6. Il a été généralement convenu que des explications appropriées quant à l'interprétation de la notion de "loi applicable" devraient figurer dans le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne.

Article 2. *Définitions*

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

"Aux fins des présentes Règles:

a) Le terme "signature électronique" désigne [des données sous forme électronique contenues dans un message de données, ou jointes ou logiquement associées audit message, et] [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 ou 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 activités, [fournit des services d'identification] [certifie les informations] qui servent à faciliter l'utilisation de signatures électroniques [renforcées]."

Alinéa a

(Définition du terme "signature électronique")

60. Il a été rappelé que le Groupe de travail, dans le cadre du débat sur le projet d'article 6 à sa session précédente, avait examiné la définition du terme "signature électronique" et adopté le libellé suivant: "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" (A/CN.9/467, par. 54 à 58).

"méthode"

61. Après avoir réexaminé ce libellé, le Groupe de travail a estimé qu'il était inexact de définir la signature électronique comme une "méthode", car cela entraînait une confusion entre le processus de création d'une signature électronique et le résultat de ce processus. Il a été décidé que, pour la suite du débat, le Groupe de travail se fonderait plutôt sur la définition de "signature électronique" qui figurait dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.84 (voir par. 1 ci-dessus) en supprimant toute référence à une "méthode".

"approuve l'information"

62. Plusieurs motifs d'inquiétude ont été exprimés à propos du membre de phrase "indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue". Selon un point de vue, la définition risquait ainsi de confondre indûment des notions juridiques et techniques. Il a été estimé que la définition énoncée dans le projet d'article 2 devrait se borner à décrire les particularités techniques d'une signature électronique, en s'inspirant par exemple des définitions techniques adoptées par l'Organisation internationale de normalisation (ISO). Les aspects juridiques des signatures électroniques ne devraient être traités que dans le dispositif des règles uniformes, par exemple dans le projet d'article 6. On craignait par ailleurs que la définition ne rende peut-être pas suffisamment compte de la possibilité d'utiliser des signatures électroniques sans aucune intention d'exprimer une approbation subjective de l'information. En réponse à ces préoccupations, il a été souligné que le fait de définir une signature électronique comme propre à indiquer une approbation de l'information revenait principalement à établir un préalable technique indispensable à la reconnaissance d'une technologie donnée comme une signature électronique. Les conséquences juridiques de l'application de cette technologie aux fins de signature étaient traitées dans d'autres dispositions du projet de règles uniformes. Il a également été souligné que la définition ne faisait pas abstraction du fait que des technologies couramment désignées comme "signatures électroniques" pouvaient servir à d'autres fins que la création d'une signature ayant une valeur juridique. La définition illustrait simplement l'accent mis, dans les règles uniformes, sur l'utilisation de signatures électroniques comme équivalents fonctionnels de signatures manuscrites. Il a été proposé de remplacer le membre de phrase indiquant que le détenteur de la signature "approuve l'information" par une formulation plus générale prévoyant qu'une signature électronique devait "satisfaire aux conditions légales d'une signature". Toutefois, selon le point de vue qui a prévalu, il convenait de conserver la teneur de l'alinéa *a*. Il a été convenu que le guide pour l'incorporation dans le droit interne devrait bien préciser que la notion de "signature électronique" était censée englober toutes les utilisations d'une signature manuscrite destinées à produire des effets juridiques, l'identification du signataire et l'intention de signer en tant que plus petit commun dénominateur des différentes conceptions de la "signature" que l'on trouvait dans les divers systèmes juridiques, comme cela avait déjà été dit dans le contexte de l'élaboration de

la Loi type. Le projet de guide devrait aussi expliquer la distinction entre la notion juridique de "signature" et la notion technique de "signature électronique", terme technique visant des pratiques qui ne supposaient pas nécessairement la production de signatures ayant des incidences juridiques. Le projet de guide devrait appeler l'attention des utilisateurs sur le risque de confusion qui pourrait résulter de l'utilisation du même outil technique pour la production d'une signature ayant des incidences juridiques et pour d'autres fonctions d'authentification ou d'identification.

63. S'agissant du libellé, il a été convenu de remplacer "détenteur de la signature" par "signataire". À l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé que l'alinéa *a* devrait se lire comme suit: "Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données, ou jointes ou logiquement associées audit message, et pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue". Le texte a été renvoyé au groupe de rédaction.

Alinéa b

(Définition du terme "signature électronique renforcée")

64. Conformément à l'approche adoptée par le Groupe de travail à sa précédente session, il a été généralement convenu qu'étant donné la structure actuelle des règles uniformes il n'était pas nécessaire d'employer la notion de "signature électronique renforcée" parallèlement à celle, plus large, de "signature électronique", dont le projet d'article 6 pourrait donner une interprétation plus souple. Le Groupe de travail a donc décidé de supprimer l'alinéa *b*.

Alinéa c

(Définition du terme "certificat")

65. Il a été demandé si la définition de "certificat" était nécessaire étant donné que le sens de ce terme, tel qu'employé à propos de certains types de signatures électroniques, différait peu du sens général de document par lequel une personne confirme certains faits. On a toutefois fait observer que la notion générale de "certificat" pouvait ne pas exister dans tous les systèmes juridiques, voire dans toutes les langues. Une définition était donc particulièrement utile dans le contexte des règles uniformes.

"certificateur d'informations"

66. Sur le plan de la forme, il a été généralement convenu que le terme "prestataire de services de certification" était communément employé dans la pratique et qu'il faudrait le préférer à "certificateur d'informations" ou à "autorité de certification".

"établir l'identité"

67. Des doutes ont été exprimés quant à la nécessité de limiter la définition aux certificats dits "d'identification". Étant donné la décision qu'avait prise le Groupe de travail de donner à la notion d'"identification" un sens large de manière à englober non seulement la désignation par le nom, mais également la désignation par un attribut du signataire, il a été largement estimé qu'il n'était pas nécessaire de limiter le champ d'application des règles uniformes aux utilisations des certificats d'identification. Un certificat pouvait être défini de manière générale comme un document authentifiant certaines informations qui y figuraient ou y étaient logiquement associées, mais le Groupe de travail a convenu que sa principale fonction dans le contexte des signatures électroniques était de fournir une certitude quant à l'existence d'un lien entre un dispositif de création de signature donné (par exemple une clef cryptographique privée ou un indicateur biométrique) et un signataire. L'établissement d'un tel lien entre une personne et un dispositif de création de signature était une condition préalable à l'application du projet d'article 9. Quant à la manière d'exprimer cette fonction dans la définition, des doutes ont été exprimés concernant le verbe "établir". Il a été proposé de définir le terme "certificat" comme "une déclaration établissant un lien entre un signataire et un dispositif de création de signature, qui permet de confirmer certains faits relatifs à une signature électronique". Il a été largement estimé, cependant, que le lien entre le dispositif de création de signature et le signataire n'était pas "établi" par le certificat, puisqu'il se trouvait créé en même temps que le dispositif de création de signature. Le certificat avait uniquement pour but de reconnaître, de montrer ou de confirmer le lien en question. Dans le cadre de cet échange de vues, il a été convenu que la notion de "dispositif de création de signature" devrait être aussi définie au projet d'article 2 (pour la suite du débat, voir par. 70 à 76 ci-dessous).

68. Diverses améliorations de forme ont été proposées pour l'alinéa *c*. Plusieurs délégations ont proposé de mentionner dans la définition de "certificat" le fait que le dispositif de création de signature devrait être "fiable". Il a été largement estimé, à cet égard, qu'il fallait faire une distinction entre la fiabilité de ce dispositif (sujet traité dans les dispositions de fond des règles uniformes) et la fiabilité du lien reconnu dans le certificat. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que l'alinéa *c* devrait être rédigé comme suit: "Le terme "certificat" désigne un message de données ou un autre enregistrement confirmant le lien entre un signataire et un dispositif de création de signature". Ce texte a été renvoyé au groupe de rédaction.

Alinéa d

(Définition du terme "message de données")

69. Il a été noté que la définition du terme "message de données" dans les règles uniformes reprenait simplement la définition correspondante de la Loi type. Le Groupe de travail a décidé que, pour assurer une interprétation cohérente des deux textes, ces définitions devraient être strictement identiques. L'alinéa *d* a été adopté sans changement. Afin de rendre compte des évolutions techniques et commerciales dans la pratique du commerce électronique, il a été largement estimé que le "commerce par le Web" devrait être mentionné dans la section du projet de guide pour l'incorporation correspondant à cette définition.

Proposition d'alinéa supplémentaire

(Définition du terme "dispositif de création de signature")

70. Dans le fil du débat sur la définition du terme "certificat" (voir par. 67 ci-dessus), le Groupe de travail a examiné une définition possible de la notion de "dispositif de création de signature".

"Dispositif de création de signature" ou "données afférentes à la création de signature"

71. S'agissant de la nature de l'objet à définir, il y a eu accord général sur le fait qu'un seul terme suffisait pour désigner, dans l'ensemble des règles uniformes, les clefs secrètes, codes ou autres éléments qui, dans le processus de création d'une signature électronique, étaient utilisés pour établir un lien sûr entre la signature électronique résultante et le signataire. Par exemple, dans le contexte des signatures numériques s'appuyant sur la cryptographie asymétrique, l'élément principal qui pouvait être décrit comme "lié exclusivement au signataire" était une paire de clefs cryptographiques. Dans le contexte des signatures électroniques s'appuyant sur des dispositifs biométriques, l'élément essentiel serait l'indicateur biométrique, tel qu'une empreinte digitale ou des données de balayage de la rétine. Il a été largement estimé qu'en tout état de cause la définition devrait porter uniquement sur les éléments essentiels devant demeurer confidentiels pour garantir la qualité du processus de signature, à l'exclusion de tout autre élément qui, quoique pouvant contribuer au processus de signature, pouvait être révélé sans compromettre pour autant la fiabilité de la signature électronique en résultant. Ainsi, dans le cas des signatures numériques, si la clef publique comme la clef privée étaient liées à la personne du signataire, seule la clef privée devait être prise en considération dans la définition. puisqu'elle seule devait demeurer confidentielle et que la clef publique devait par nature être mise à la disposition du public.

72. S'agissant de l'appellation de l'élément à définir, selon un avis largement partagé, le terme "dispositif de création de signature" désignerait de façon appropriée l'élément confidentiel essentiel sur lequel se fondait le processus de création de signature. Toutefois, on a craint qu'en employant le terme "dispositif" on donne à penser sans le vouloir que l'élément défini devait se présenter sous forme de matériel informatique ou autre dispositif matériel. On a expliqué que, dans l'usage courant, le terme "dispositif" serait défini comme quelque chose de non matériel tel qu'"un arrangement, un mécanisme, un projet" ou "quelque chose de conçu pour parvenir à une fin ou donner un résultat", mais, selon l'avis qui a prévalu, dans le contexte des technologies nouvelles, ce terme n'aurait probablement pas une connotation suffisamment abstraite. L'argument selon lequel les normes internationales existantes pouvaient définir le terme "dispositif" comme "un matériel ou un logiciel" n'a pas été jugé suffisant pour apaiser la crainte exprimée, dans la mesure où la définition que l'on recherchait ne devrait englober aucun élément (par exemple les parties de matériel ou de logiciel intervenant dans une "fonction de hachage") qui pourrait être utilisé dans le processus de création de signature sans pour autant devoir demeurer strictement confidentiel. Parmi les éléments à ne pas inclure dans la définition, on a fait observé que le texte électroniquement signé jouait également un rôle important dans le processus de création de signature, bien qu'il ne doive manifestement pas avoir le même niveau de confidentialité que les informations qui identifiaient le signataire. S'agissant des autres mots pouvant remplacer le terme "dispositif", on a proposé "code" et "valeur". Après un débat, le Groupe de travail a opté, faute de mieux, pour l'expression "données afférentes à la création de signature".

"Création et vérification de signature"

73. On a demandé s'il serait nécessaire d'ajouter, à la définition du terme "données afférentes à la création de signature", celle de "données afférentes à la vérification de signature". Le Groupe de travail a certes reconnu que, en particulier dans le contexte de la cryptographie asymétrique, les données afférentes à la création de signature (à savoir la clef privée) étaient distinctes des données afférentes à la vérification de signature (à savoir la clef publique), mais il a été généralement estimé que les projets d'articles 8 à 10 visaient uniquement les données confidentielles utilisées pour la création de la signature électronique. En conséquence, il a été décidé qu'aucune définition des "données afférentes à la vérification de signature" n'était nécessaire.

Exclusivité

74. S'agissant du contenu d'une définition éventuelle du terme "données afférentes à la création de signature", le texte suivant a été proposé: "le terme "données afférentes à la création de signature" désigne des données qui sont particulières au signataire dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, et qui peuvent être utilisées pour créer une signature électronique". On s'est demandé si une référence à la notion d'"exclusivité" permettait de rendre le sens voulu. Le Groupe de travail a rappelé ses délibérations antérieures sur cette notion. On a fait remarquer que, dans le contexte des règles uniformes, elle devait être interprétée comme une notion relative. La clef privée était certes particulière au signataire, mais elle pouvait aussi être utilisée pour produire plusieurs signatures électroniques; la signature électronique elle-même pouvait être particulière à la fois au signataire et au message authentifié; une fonction de hachage et un abrègement du message seraient aussi particuliers au message, sans qu'il soit pour autant nécessaire d'en assurer la confidentialité. Afin de résoudre certains des problèmes que posait la notion d'"exclusivité", il a été proposé d'employer le libellé ci-après parmi divers libellés possibles empruntés au projet d'article 6: "Le terme "données afférentes à la création de signature" désigne des données qui peuvent être utilisées pour créer une signature électronique et, dans ce contexte, sont liées exclusivement au signataire". Lors de l'examen de cette proposition, on a fait observer, sur un plan plus général, que le lien exclusif entre les données afférentes à la création de signature et le signataire était l'un des objets du projet d'article 6, qui ne devrait pas entrer dans la définition du terme "données afférentes à la création de signature". Il a été proposé de choisir une définition minimaliste telle que "le terme "données afférentes à la création de signature" désigne des données utilisées pour la création d'une signature électronique". À ce stade, des

doutes ont été exprimés quant à l'utilité de l'inclusion, dans les règles uniformes, d'une définition énonçant une évidence.

75. La plupart des délégations se sont déclarées en faveur de la suppression de la définition et du recours au projet d'article 6 pour exprimer l'idée que les données afférentes à la création de signature devraient être liées exclusivement au signataire. Si, de l'avis général, il fallait employer dans tout le texte la notion de "données afférentes à la création de signature" comme allant de soi, une délégation a néanmoins demandé s'il ne faudrait pas remplacer, au paragraphe 3 du projet d'article 6, les mots "les moyens utilisés pour la création d'une signature électronique" par "les données afférentes à la création de signature". On a largement estimé que, dans le cadre d'une description générale des moyens utilisés au moment et aux fins de la création d'une signature électronique, il se pouvait que les éléments de données, de matériel ou de logiciel autres que les données secrètes essentielles envisagées aux projets d'articles 8 à 10 doivent être contrôlés exclusivement par le signataire (pour la suite du débat, voir par. 144 ci-dessous).

76. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'aucune définition des termes "dispositif de création de signature" ou "données afférentes à la création de signature" n'était nécessaire. Dans le texte des règles uniformes, le terme "dispositif de signature" devrait être remplacé par le terme "données afférentes à la création de signature". Au projet d'article 6, il faudrait conserver l'expression "moyens utilisés pour la création d'une signature électronique". Le guide pour l'incorporation devrait préciser que, dans les règles uniformes, le terme "données afférentes à la création de signature" était censé se rapporter uniquement à la clef cryptographique privée (ou à d'autres données confidentielles liées à l'identité du signataire) qui était utilisée pour créer une signature électronique. En cas d'utilisation d'autres données (telles que le texte à authentifier) dans le processus de création de la signature électronique (par une fonction de hachage ou autrement), ces données ne devraient pas être visées par les obligations énoncées au projet d'article 8, puisqu'il n'était pas essentiel d'en assurer la confidentialité pour garantir la fiabilité du processus de signature électronique. Le texte a été renvoyé au groupe de rédaction.

Alinéa e

(Définition du terme "signataire")

77. Dans la logique de la décision qu'il a prise précédemment d'employer le mot "signataire" (voir par. 63 ci-dessus), le Groupe de travail a décidé de retirer les crochets autour de ce mot et de supprimer toutes les autres variantes envisagées dans l'alinéa *e*.

78. Tenant compte également de la décision qu'il avait prise de supprimer la définition du terme "signature électronique renforcée" (voir par. 64 ci-dessus), le Groupe de travail a décidé de supprimer le mot "renforcée" à l'alinéa *e*. Il a été souligné à cet égard que, le projet de règles uniformes ne faisant plus de distinction entre les signatures électroniques et les signatures électroniques renforcées, les devoirs et obligations des signataires, des parties qui se fient à la signature électronique et des prestataires de services de certification énoncés dans les règles uniformes s'appliquaient à l'égard de l'ensemble des catégories et types de certificats et de signatures électroniques. Il a été dit que ces devoirs et obligations pouvaient être appropriés en relation avec des certificats de grande valeur ou des signatures électroniques du type précédemment qualifié de "signatures électroniques renforcées". Ils risquaient toutefois d'être excessifs à l'égard de certificats de faible valeur ou de signatures électroniques offrant un moindre degré de sécurité, dont les émetteurs et les utilisateurs ne seraient pas tenus en principe de satisfaire à toutes les exigences des articles 8 et 9. Il a été suggéré, pour remédier à ce problème, de restreindre la définition du terme "signataire" aux personnes par qui ou au nom de qui des "signatures exigées par la loi" pouvaient être créées.

79. Le Groupe de travail a généralement estimé que le degré de fiabilité d'un certificat devait normalement être proportionnel aux fins pour lesquelles le certificat était utilisé et que des certificats ou des signatures électroniques parfois utilisés dans la pratique n'étaient pas toujours destinés à produire des effets juridiques. On a cité l'exemple de situations où une signature électronique serait utilisée pour authentifier un navigateur. Toutefois, le Groupe de travail n'a pas accepté la modification proposée de l'alinéa *e*, puisque, selon le point de vue qui a prévalu, il ne serait pas opportun de limiter la notion de "signataire", qui était employée tout au long du projet de règles uniformes, par référence à l'objet pour lequel une signature électronique était utilisée.

"peut être créée"

80. Il a été avancé que, dans la pratique, une personne ne pouvait devenir signataire avant d'avoir effectivement utilisé les données différentes à la création de signature pour produire une signature électronique. Étant donné que, dans la définition, la référence à une personne par qui une signature électronique "peut être créée" ne visait que la possibilité ou la faculté de créer une signature, il était plus approprié de remplacer ces termes par une expression telle que "est créée" ou toute autre formule de sens équivalent.

81. En réponse, il a été souligné que le projet d'article 8 instituait des obligations particulières pour le signataire quant au contenu des certificats et à l'utilisation ou à l'état des données afférentes à la création de signature, qui n'étaient pas nécessairement liées à l'acte de création d'une signature électronique. Des obligations telles que celles de prendre des précautions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée des données afférentes à la création de signature (projet d'article 8-1 *a*) ou d'avertir la personne qui se fie à la signature électronique lorsque l'on sait que ces données sont compromises (projet d'article 8-2 *i*), par exemple, étaient pertinentes tant avant qu'après la création de la signature électronique.

"par qui, ou au nom de qui,"

82. Le Groupe de travail a examiné plusieurs questions soulevées à propos de l'emploi à l'alinéa *e* du membre de

phrase "par qui, ou au nom de qui," ainsi que des conséquences qui en découlaient pour la définition du terme "signataire" tel qu'utilisé dans les règles uniformes.

83. Selon une opinion, ce membre de phrase était inapproprié dans le contexte de l'alinéa *e*, étant donné que la qualité de "signataire" était inhérente à la personne qui créait effectivement la signature électronique, que cette personne agisse en son nom propre ou au nom de quelqu'un d'autre. En faisant un parallèle avec l'emploi de signatures manuscrites, on a souligné qu'une personne qui signait un contrat en tant que représentant d'une autre personne était réputée être le signataire du contrat, bien que le contrat devienne obligatoire à l'égard de la personne ainsi représentée.

84. Selon un autre point de vue, dans le contexte des règles uniformes, le facteur déterminant pour conférer la qualité de signataire à une personne était l'attribution de la signature à cette personne, bien que la signature soit en fait créée par un représentant. En ce sens, le membre de phrase "par qui, ou au nom de qui," à l'alinéa *e* était correct et devait être conservé. Selon un autre avis, il devrait se lire "ou avec l'autorisation duquel". Selon un autre point de vue encore, à mi-chemin entre les deux autres interprétations, il fallait peut-être, dans le contexte de communications par des moyens électroniques, définir la notion de signataire de manière à englober tant la personne qui créait effectivement la signature électronique que la personne à qui la signature était attribuée.

85. Il a été dit que l'analogie avec des signatures manuscrites était en principe acceptable, mais qu'elle ne conviendrait peut-être pas toujours pour tirer parti des possibilités offertes par les techniques modernes. Dans un environnement papier par exemple, des personnes morales ne pouvaient, au sens strict, être signataires de documents établis en leur nom parce que seules des personnes physiques pouvaient produire des signatures manuscrites authentiques. Par contre, on pouvait concevoir que des signatures électroniques soient attribuables à des sociétés ou à d'autres personnes morales (y compris des administrations ou d'autres organismes publics), et il se pouvait que l'identité de la personne qui créait effectivement la signature, lorsqu'une intervention humaine était nécessaire, soit sans intérêt aux fins pour lesquelles la signature était créée. Dans certains pays, des mesures récentes visant à améliorer et moderniser les systèmes de collecte et d'administration des impôts tiraient déjà parti de cette possibilité en attribuant des données afférentes à la création de signature à des personnes morales plutôt qu'aux personnes physiques agissant en leur nom. Il a été dit que la définition du terme "signataire" dans les règles uniformes devait être suffisamment souple pour tenir compte de ces pratiques.

86. Le Groupe de travail a longuement examiné les différents points de vue qui s'étaient exprimés. Dans le cadre de ce débat, le Groupe de travail a généralement admis que, conformément à l'approche adoptée dans la Loi type, toute référence dans les règles uniformes à une "personne" devait être interprétée comme visant tous les types de personnes ou d'entités, qu'il s'agisse de personnes physiques, de personnes morales ou d'autres entités juridiques. Le Groupe de travail a reconnu la nécessité de conférer suffisamment de souplesse à la définition pour ne pas faire obstacle à l'utilisation la plus appropriée des signatures électroniques dans un environnement sans support papier. Le Groupe de travail a néanmoins estimé que la notion de signataire aux fins des règles uniformes ne pouvait être dissociée de la personne ou de l'entité qui créait effectivement la signature électronique, puisque plusieurs obligations propres au signataire en vertu des règles uniformes étaient logiquement liées au contrôle effectif des données afférentes à la création de signature. Toutefois, afin de tenir compte des situations où le signataire agirait en tant que représentant d'une autre personne, l'expression "ou au nom de qui,", ou toute autre formule équivalente, devait être conservée dans la définition du "signataire".

87. Il a été entendu par le Groupe de travail que la question de savoir dans quelle mesure une personne serait liée par une signature électronique créée "en son nom" devait être réglée conformément à la loi régissant, le cas échéant, les relations juridiques entre le signataire et la personne au nom de qui la signature était créée, d'une part, et la partie qui se fiait à la signature électronique, d'autre part. Cet aspect, ainsi que d'autres questions relatives à la transaction sous-jacente, y compris les questions de représentation et celle de savoir à qui (le signataire ou la personne représentée par lui) incombait la responsabilité ultime d'un manquement par le signataire aux obligations résultant de l'article 8, n'entraient pas dans le champ d'application des règles uniformes.

88. En conclusion de ses débats sur ce sujet, le Groupe de travail a décidé que le "signataire" devait être défini comme une personne qui détient les données afférentes à la création de signature et qui agit soit en son nom propre, soit au nom de la personne qu'elle représente, et il a renvoyé l'alinéa *e* au groupe de rédaction.

Alinéa f

(Définition du terme "Prestataire de services de certification")

89. Sur le plan de la forme, le Groupe de travail a décidé de remplacer les expressions "certificateur d'informations" ou "autorité de certification" par "prestataire de services de certification" (voir par. 66 ci-dessus). Compte tenu par ailleurs de sa décision antérieure de supprimer la définition du terme "signature électronique renforcée" (voir par. 64 ci-dessus), il a décidé de supprimer aussi le mot "renforcées" à l'alinéa *f*.

90. Selon un avis, étant donné que les principales fonctions des prestataires de services de certification à prendre en considération dans les règles uniformes étaient énoncées au projet d'article 9, et puisque la notion de prestataire de services de certification n'était utilisée nulle part ailleurs dans le texte, la définition de cette notion était inutile et pouvait être supprimée. À l'appui de cette proposition, il a été dit que le seul élément supplémentaire d'importance pratique qui figurait à l'alinéa *f* était la mention du fait que le prestataire de services de certification était une personne ou une entité qui fournissait ces services "dans le cours de ses activités". Toutefois, il

n'était pas nécessaire de prévoir une disposition séparée dans le seul but d'inclure cette mention, puisqu'on pouvait obtenir le même résultat, par exemple en insérant le membre de phrase "dans le cours de ses activités" à un endroit approprié du chapeau du projet d'article 9.

91. Quoique sensible au souci de concision dans l'élaboration des règles uniformes, le Groupe de travail a décidé que, puisque l'on définissait le terme "signataire" à l'alinéa *e*, il convenait de conserver la définition de "prestataire de services de certification", afin d'assurer une symétrie dans la définition des différentes parties impliquées dans le fonctionnement des mécanismes de signature électronique régis par les règles uniformes.

"dans le cours de ses activités"

92. Le Groupe de travail a examiné diverses questions soulevées à propos du sens des mots "dans le cours de ses activités", qui ont été jugés quelque peu ambigus.

93. De l'avis général, une personne ou une entité qui avait pour principale occupation de fournir des services de certification, et en particulier d'émettre des certificats, le faisait "dans le cours de ses activités" et devrait donc être visée par la définition de "prestataire de services de certification" dans les règles uniformes. Il a toutefois été estimé que cette formulation engendrait certaines difficultés. Le mot "*business*" en anglais risquait de ne pas être suffisamment général pour englober les activités commerciales d'autorités publiques ou d'organisations à but non lucratif. En outre, les obligations du prestataire de services de certification en vertu du projet d'article 9 résultaient de l'accomplissement de diverses tâches, qui ne consistaient pas toutes dans une certification (par exemple la gestion et la mise à jour d'une liste des certificats révoqués). Par ailleurs, certaines de ces tâches secondaires ou complémentaires pouvaient ne pas être exécutées par le prestataire de services de certification lui-même. Dans la pratique, un certain nombre d'entre elles pouvaient être sous-traitées à d'autres personnes ou entités dont l'activité principale n'était pas nécessairement la fourniture de services de certification.

Prestataire de services de certification et sous-traitants

94. On a demandé si, dans de tels cas, seul l'émetteur de certificats deviendrait un "prestataire de services de certification" aux fins des règles uniformes, ou bien si tous les sous-traitants et autres personnes ou entités devraient être inclus dans la définition de l'alinéa *f*, ce qui pourrait avoir des conséquences indésirables, puisque les dispositions de l'article 9 visaient essentiellement les personnes ou entités dont la fourniture de services de certification était l'activité principale.

95. Le Groupe de travail a été d'avis que le fait que de multiples parties puissent accomplir des fonctions se rapportant au projet d'article 9 ne posait pas de problème pour la définition du terme "prestataire de services de certification". Lorsque d'autres parties offraient des services en rapport avec des certificats émis par un prestataire de services de certification, elles le faisaient soit pour leur propre compte en tant que prestataires de services de certification indépendants, soit en tant que sous-traitants d'un autre prestataire. Dans le premier cas, elles seraient automatiquement soumises aux dispositions de l'article 9. Dans le second, elles seraient considérées comme des agents du prestataire de services de certification, et la répartition des obligations et responsabilités qui leur incombait au titre du projet d'article 9 relevait des arrangements contractuels qu'elles avaient avec ledit prestataire. Selon le Groupe de travail, aucun des deux cas n'aurait d'incidences sur les droits de la partie se fiant au certificat en vertu du projet d'article 9.

Émission de certificats à titre habituel ou occasionnel

96. Le Groupe de travail s'est ensuite concentré sur d'autres problèmes que posait l'expression "dans le cours de ses activités". En faveur du maintien de cette expression à l'alinéa *f*, on a fait valoir qu'il fallait une certaine régularité dans la fourniture de services de certification pour qu'une personne ou une entité soit tenue de se conformer à l'article 9. Sans cette mention, la définition du terme "prestataire de services de certification" engloberait même les personnes ou entités qui ne fournissaient des services de certification ou n'émettaient des certificats qu'occasionnellement ou accessoirement, comme le montraient certains des exemples donnés.

97. Selon l'avis contraire, il était peu probable dans la pratique qu'une personne ou une entité soit en mesure de fournir des services de certification de manière irrégulière, étant donné le coût de l'équipement nécessaire. Si l'expression "dans le cours de ses activités" avait pour seul objectif d'exclure ces prestataires occasionnels, elle avait peu d'utilité pratique et pouvait être supprimée. Par ailleurs, si l'intention était de circonscrire l'application des règles uniformes à l'utilisation des certificats et des signatures électroniques dans certaines situations, il faudrait employer d'autres mots, puisque l'expression en question n'était pas suffisamment claire à cette fin.

Émission de certificats en tant qu'activité principale ou secondaire

98. On pouvait en effet interpréter l'expression "dans le cours de ses activités" comme signifiant que les règles uniformes s'appliquaient uniquement aux entités dont la fourniture de services de certification était l'activité principale, mais on pouvait également penser qu'une personne ou une entité dont ce n'était pas l'activité principale serait aussi considérée comme un prestataire de services de certification aux fins des règles uniformes, à condition qu'elle émette les certificats "dans le cours de ses activités". On a ainsi porté à l'attention du Groupe de travail plusieurs exemples, dont ceux des sociétés qui émettaient des certificats pouvant être utilisés par leurs employés dans leurs rapports avec les organismes de sécurité et d'aide sociales; des compagnies d'assurance maladie qui émettaient des certificats destinés à leurs clients dans leurs rapports avec des tiers; ou encore des administrations qui certifiaient les clefs publiques utilisées pour vérifier les signatures numériques créées par d'autres organismes publics. Si la première interprétation de l'expression "dans le cours de ses activités", figurant à l'alinéa *f*, était correcte, aucune de ces sociétés, compagnies d'assurances ou admi-

nistrations ne pourrait être considérée comme un prestataire de services de certification puisque la fourniture de tels services n'était pas sa principale activité. Si, par contre, la deuxième interprétation était correcte, elles pourraient effectivement être considérées comme telles, puisqu'elles émettaient des certificats "dans le cours de leurs activités".

99. Après un débat approfondi sur la question, et après examen des diverses vues exprimées, le Groupe de travail a décidé de supprimer l'expression "dans le cours de ses activités". Il a noté ce faisant que, conformément au projet d'article premier, les règles uniformes s'appliqueraient à l'utilisation des signatures électroniques dans le contexte des opérations commerciales. Selon son interprétation, étant donné les limites du champ d'application des règles uniformes, les entités qui émettaient des certificats à des fins internes et non commerciales n'entreraient pas dans la catégorie des "prestataires de services de certification" aux fins des règles. Cette interprétation devrait être clairement énoncée dans le projet de guide pour l'incorporation.

100. Au cours du débat, il a été décidé que la définition du terme "prestataire de services de certification" devrait clairement indiquer que, dans tous les cas, le prestataire tel que défini aurait à fournir des services de certification, éventuellement en plus d'autres services. Le Groupe de travail a conclu ses délibérations sur la question en décidant qu'il faudrait remplacer la définition actuelle de "certificateur d'informations" par une définition libellée comme suit: "Le terme "prestataire de services de certification" désigne une personne qui émet des certificats et peut fournir d'autres services liés aux signatures électroniques." Cette disposition a été renvoyée au groupe de rédaction.

Proposition de définition du terme "normes internationales reconnues"

101. Il a été proposé d'inclure dans les règles uniformes une définition des "normes internationales reconnues", expression qui était employée à propos de la reconnaissance des signatures électroniques et des certificats étrangers (voir par. 46 à 49 ci-dessus). Le libellé ci-après a été proposé:

> "Le terme "normes internationales reconnues" désigne une déclaration sur les pratiques techniques, juridiques ou commerciales acceptées, mises au point par le secteur public ou par le secteur privé [ou par les deux], d'une nature normative ou interprétative, qui sont généralement acceptées comme applicables internationalement. Sans limiter leur généralité, ces normes peuvent se présenter sous la forme d'exigences, de recommandations, de principes directeurs, de codes de conduite ou de déclarations de bonnes pratiques ou de règles."

102. On a fait observer que la définition proposée était conforme à l'interprétation donnée jusque-là par le Groupe de travail au terme "norme", qui avait été pris dans une acception large, de manière à inclure les pratiques des différents secteurs d'activité et les usages commerciaux, ainsi que les textes émanant d'organisations internationales gouvernementales ou non gouvernementales.

103. La définition proposée a bénéficié d'un large appui, mais, selon l'avis qui a prévalu, il valait mieux traiter la question dans le guide pour l'incorporation plutôt que dans le corps des règles uniformes. On a fait observer que certains pays avaient des règles bien établies régissant la hiérarchie des normes internationales, qui donnaient souvent la préséance, en cas de conflit, à celles qui figuraient dans les accords internationaux ou émanaient d'organisations internationales publiques. Il pourrait certes être utile de rappeler aux juges et à d'autres autorités chargées de l'application des règles uniformes qu'il était important de tenir dûment compte des normes élaborées par les organisations du secteur privé, mais il ne faudrait pas que le projet de règles uniformes semble empiéter sur les règles de l'État adoptant concernant la hiérarchie des sources du droit. On a fait remarquer, à cet égard, que la notion de "principes généraux", qui était employée au paragraphe 2 du projet d'article 4, ne faisait l'objet d'aucune définition. Cette approche rejoignait celle qui avait été adoptée pour le paragraphe 2 de l'article 3 de la Loi type, qui contenait la même expression, dont l'explication figurait toutefois uniquement dans le guide pour l'incorporation. En outre, la définition proposée ne réglait pas la question de savoir ce qu'était la "reconnaissance" et de qui elle était exigée.

104. Après avoir examiné les divers points de vue exposés, le Groupe de travail a décidé de ne pas inclure la définition proposée dans le texte des règles uniformes, mais de prévoir une explication appropriée de l'expression "normes internationales reconnues", reprenant les éléments essentiels de cette définition, dans le guide pour l'incorporation.

Proposition de définition du terme "partie se fiant à la signature ou au certificat"

105. Il a été proposé d'inclure dans les règles uniformes une définition de l'expression "partie se fiant à la signature ou au certificat", laquelle était utilisée plusieurs fois dans le texte mais était rare dans de nombreux pays.

106. Diverses objections ont été formulées à l'encontre de cette proposition dans la mesure où il était jugé difficile de trouver un libellé suffisamment concis et général pour couvrir tous les cas dans lesquels une partie pouvait se fier à une signature électronique ou aux informations contenues dans un certificat.

107. Le Groupe de travail a été d'avis, toutefois, qu'une telle définition serait utile pour assurer une symétrie dans la définition des diverses parties impliquées dans le fonctionnement des mécanismes de signatures électroniques régis par les règles uniformes. Il a retenu le libellé suivant: "une personne qui peut agir sur la base d'un certificat ou d'une signature électronique", qu'il a renvoyé au groupe de rédaction.

108. Dans le cadre de ce débat, la crainte a été exprimée que, dans certains systèmes juridiques, le libellé adopté ("une personne qui peut agir") ne soit pas suffisamment général pour englober la situation dans laquelle une omission (par opposition à une "action") résulterait du fait que la partie s'est fiée au certificat ou à la signature électronique. Il a été proposé de remplacer, dans la définition de

l'expression "partie se fiant à la signature ou au certificat", les mots "une personne qui peut agir" par la formule "une personne qui peut agir ou ne pas agir". À l'issue du débat, il a toutefois été généralement convenu qu'il pourrait être paré à cette préoccupation si le guide pour l'incorporation précisait clairement que, aux fins de cette définition, le mot "agir" devait être interprété de manière extensive comme renvoyant non seulement à un acte, mais également à une omission.

109. Après avoir conclu ses débats sur les projets d'articles 2 et 12, le Groupe de travail a passé en revue le reste des dispositions des règles uniformes, afin d'examiner certains points qui n'avaient pas été réglés à la fin de sa trente-sixième session. Il a également été débattu d'éventuels changements à apporter au texte à la suite des décisions prises à la présente session.

Article 5. *Dérogation conventionnelle*

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

"Il est possible de déroger aux présentes Règles ou d'en modifier les effets par convention, à moins que cette convention 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]."

111. Le Groupe de travail a noté que la teneur du projet d'article 5 avait été adoptée par le Groupe de travail à sa trente-sixième session (New York, 14-25 février 2000), à l'exception de la formule entre crochets "à moins que lesdites Règles n'en disposent autrement", qui a été maintenue dans le projet d'article en attendant qu'une décision soit prise sur la question de savoir si les règles uniformes comporteraient une ou plusieurs dispositions obligatoires (A/CN.9/467, par. 40).

112. Après avoir réexaminé la question, le Groupe de travail a décidé de supprimer le passage entre crochets, puisqu'il était généralement convenu que les règles uniformes, telles qu'elles étaient actuellement formulées, ne comportaient aucune disposition impérative. Il était entendu que le principe de l'autonomie des parties s'appliquait aussi dans le contexte du paragraphe 1 du l'article 13. Dès lors, bien que les tribunaux de l'État adoptant ou les autorités chargées de l'application des règles uniformes ne puissent nier ou réduire à néant les effets juridiques d'un certificat étranger en raison uniquement du lieu où le certificat avait été émis, le paragraphe 1 de l'article 13 ne limitait pas la liberté des parties à une transaction commerciale de convenir de l'utilisation de certificats émis en un lieu particulier.

113. Dans le contexte de ce débat, on a exprimé la crainte que l'effet du projet d'article 5, rapproché du paragraphe 1 du projet d'article 6, ne soit incompatible avec celui des dispositions correspondantes de la Loi type (à savoir le paragraphe 2 de l'article 4 et le paragraphe 1 de l'article 7 de la Loi type). Il a été dit que si les règles uniformes devaient prévoir une large reconnaissance des dérogations conventionnelles, elles risquaient de contredire la Loi type, qui prévoyait une reconnaissance limitée de l'autonomie des parties à l'égard d'une prescription impérative de signatures manuscrites qui pouvait exister dans la loi applicable. En réponse à cette inquiétude, il a été expliqué que la reconnaissance de dérogations conventionnelles aux règles uniformes en vertu du projet d'article 5 était également subordonnée aux règles impératives de la loi applicable, même si le libellé des règles uniformes n'était pas strictement calqué sur celui de la Loi type à cet égard.

Article 9. *Normes de conduite du prestataire de services de certification*

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

"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 le dispositif de 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."

Remarques générales

115. Il a été rappelé au Groupe de travail son précédent débat sur les conséquences de la suppression de la définition d'une "signature électronique renforcée" et les craintes qui avaient été exprimées du fait que les devoirs et obligations des signataires, des parties se fiant à la signature ou au certificat et des prestataires de services de certification s'appliquaient désormais à toutes les catégories et à tous les types de certificats et de signatures électroniques quel que soit leur niveau de fiabilité (voir par. 78 et 79 ci-dessus). Il a été dit que cette situation était insatisfaisante, car il n'était pas raisonnable de soumettre des "certificats de faible valeur", qui n'avaient qu'un caractère déclaratoire et ne visaient pas à étayer la création de signatures électroniques juridiquement reconnues, à un régime substantiellement identique à celui régissant des certificats qui seraient utilisés pour des signatures électroniques censées satisfaire aux exigences du projet d'article 6.

116. Afin de remédier à ces difficultés, le Groupe de travail a été instamment invité à adapter le champ d'application des projets d'articles 8 et 9 en reliant ces dispositions au projet d'article 6. Il a été proposé d'ajouter des clauses liminaires aux projets d'articles 8 et 9 pour qu'ils ne s'appliquent que lorsque le signataire entendait créer une signature électronique satisfaisant aux exigences du projet d'article 6 ou lorsqu'un prestataire de services de certification fournissait des services destinés à étayer la création d'une telle signature électronique.

117. Le Groupe de travail a généralement souscrit au point de vue selon lequel il ne faudrait pas exiger d'un signataire ou d'un prestataire de services de certification un niveau de diligence ou de fiabilité sans rapport raisonnable avec les fins pour lesquelles la signature électronique ou le certificat étaient utilisés. Bien que, selon un avis, l'on puisse raisonnablement s'attendre que les devoirs et obligations prévus dans le projet d'article 9 soient remplis par tout prestataire de services de certification, et pas seulement par ceux qui émettaient des certificats de "grande valeur", le Groupe de travail a préféré la solution consistant à lier les obligations énoncées aux articles 8 et 9 à la production de signatures électroniques ayant une valeur juridique.

118. Après avoir examiné plusieurs possibilités, le Groupe de travail a exprimé sa préférence pour des formulations qui évitaient toute référence à l'intention du signataire de créer une signature électronique juridiquement reconnue ou de créer une signature produisant des effets juridiques. On a généralement estimé que l'intention du signataire pouvait être difficile à établir dans des situations concrètes. Il a été en outre souligné que, dans certains cas, une signature pouvait avoir des incidences juridiques malgré l'absence d'intention correspondante de la part du signataire. De plus, la question de savoir si, et dans quelle mesure, un type particulier de signature électronique produisait des effets juridiques dans un système juridique donné relevait de la loi applicable et ne dépendait pas simplement de l'intention du signataire.

119. À l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé d'ajouter au début du projet d'article 8 un membre de phrase qui se lirait ainsi: "Lorsque les données afférentes à la création de signature peuvent être utilisées pour créer une signature électronique produisant des effets juridiques [...]". Le Groupe de travail a en outre décidé d'ajouter au début du projet d'article 9 un membre de phrase qui se lirait comme suit: "Lorsqu'un prestataire de services de certification fournit des services à l'appui d'une signature électronique qui peut être utilisée pour produire les effets juridiques d'une signature [...]". Le Groupe de travail a renvoyé la question au groupe de rédaction. Il faudrait, a-t-on dit, préciser, dans le projet de guide pour l'incorporation, que les membres de phrase ainsi ajoutés n'étaient pas destinés à créer de nouveaux types d'effets juridiques pour les signatures.

Alinéa c *du paragraphe 1*

120. S'agissant de l'alinéa *c* ii du paragraphe 1, il a été dit qu'il ne serait pas approprié d'exiger du prestataire de services de certification qu'il fournisse "à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles lui permettant de s'assurer, à partir du certificat, que la personne identifiée dans le certificat avait au moment de la signature le contrôle des données afférentes à la création de signature". Il a été souligné que l'on pouvait seulement attendre d'un prestataire de services de certification qu'il indique l'identité du détenteur du dispositif de création de la signature, mais qu'il n'avait aucun moyen d'établir si cette personne contrôlait effectivement les données afférentes à la création de signature au moment de la signature. Si le libellé de l'alinéa *c* ii du paragraphe 1 était conservé, cette disposition pouvait être interprétée comme instituant une responsabilité objective du prestataire de services de certification pour tout préjudice subi par la partie se fiant au certificat par suite de l'usage impropre du dispositif de création de signature par une personne non autorisée. Il a été dès lors proposé de supprimer le libellé actuel de l'alinéa *c* ii du paragraphe 1 pour le remplacer par la formule "de l'identité du signataire au moment où le certificat a été émis".

121. Selon un autre point de vue, la modification proposée n'était pas nécessaire, puisque la règle énoncée à l'alinéa *c* ii du paragraphe 1 n'exigeait pas du prestataire de services de certification qu'il garantisse que la personne identifiée dans le certificat avait le contrôle des données afférentes à la création de signature au moment de la signature. De fait, l'alinéa *c* ii n'obligeait le prestataire de services de certification qu'à fournir "des moyens raisonnablement accessibles" permettant à la partie se fiant au certificat d'établir ces faits. La disposition, telle que libellée, découlait logiquement du critère de fiabilité énoncé à l'alinéa *b* du paragraphe 3 du projet d'article 6 et représentait le seul moyen pratique offert à la partie se fiant à un certificat d'évaluer la fiabilité de la signature électronique.

122. En considérant ces points de vue, le Groupe de travail a reconnu la nécessité d'offrir à la partie qui se fie au certificat les meilleurs moyens possibles, selon les circonstances, d'évaluer la fiabilité d'une signature électronique. Le plus important de ces moyens était assurément l'identité du signataire, qui était liée au contrôle effectif des données afférentes à la création de signature. On a toutefois généralement estimé que l'on pouvait seulement attendre d'un prestataire de services de certification qu'il indique l'identité de la personne qui détenait les données afférentes à la création de signature au moment de l'émission du certificat. À cette fin, le Groupe de travail n'utilisait pas le mot "contrôler" dans un sens autre que celui de "détenir". L'alinéa *c* ii n'avait pas pour objectif d'exiger des prestataires de services de certification qu'ils mettent au point des moyens de retrouver un dispositif de création de signature après l'émission d'un certificat ni de contrôler la conduite du détenteur de ces données. Une telle obligation, même si elle pouvait être respectée dans la pratique, imposerait une charge excessive aux prestataires de services de certification.

123. Le Groupe de travail a toutefois reconnu que le libellé actuel de l'alinéa risquait d'être source de malentendus et il a décidé, à l'issue du débat, qu'il convenait de le reformuler, afin de viser le "signataire" ayant le "contrôle des données afférentes à la création de signature au moment où le certificat a été émis". Sur la base de ce principe, la question a été renvoyée au groupe de rédaction.

Alinéa d *du paragraphe 1*

124. Il a été souligné que l'obligation du signataire, en vertu de l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 8, d'avertir toute personne concernée que les données afférentes à la création de signature auraient été compromises, visait tant les cas où le signataire savait que les données afférentes à la création de signature avaient été compromises que ceux où le signataire, au regard de circonstances connues de lui, estimait qu'il y avait un risque important que les données afférentes à la création de signature aient été compromises. Toutefois, l'alinéa *d* v du paragraphe 1 n'obligeait le prestataire de services de certification qu'à fournir à toute personne se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles lui permettant de s'assurer de l'existence de moyens permettant au signataire de l'avertir que le dispositif de signature avait été compromis. Ainsi, le libellé actuel de l'alinéa *d* v du paragraphe 1 du projet d'article 9 ne semblait pas prendre en compte toutes les situations visées dans l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 8. Après avoir relevé la même dissymétrie entre l'alinéa *e* du paragraphe 1 du projet d'article 9 et l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 8, le Groupe de travail a décidé d'aligner les alinéas *d* v et *e* sur l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 8, et il a renvoyé la question au groupe de rédaction.

125. S'agissant de l'alinéa *d* du paragraphe 1, on a craint que la disposition n'impose au prestataire de services de certification l'obligation de tenir des listes de données afférentes à la création de signature éventuellement compromises ou de publier des avertissements correspondant aux avertissements à cet effet reçus de signataires. Il a été souligné que, dans la pratique, les prestataires de services de certification tenaient des listes de certificats annulés, mais non d'autres types de listes telles que celles que pouvait impliquer l'alinéa *b* du paragraphe 1. En réponse, il a été rappelé que le paragraphe 1 n'obligeait le prestataire de services de certification qu'à fournir des moyens raisonnablement accessibles permettant à toute partie se fiant au certificat de s'assurer, s'il y a lieu, à partir du certificat ou de toute autre manière, de l'existence de moyens accessibles au signataire permettant à celui-ci de l'avertir. La seule obligation instituée par cette disposition était celle de fournir des informations quant à l'existence, éventuelle, de ces moyens, ce que confirmait la formule "s'il y a lieu".

Alinéa e *du paragraphe 1*

126. Selon une opinion, l'alinéa *e* du paragraphe 1 semblait supposer qu'un prestataire de services de certification, quelle que soit la catégorie de certificat qu'il émettait, était tenu de fournir au signataire les moyens de l'avertir que les données afférentes à la création de signature avaient été compromises, et d'assurer en temps utile un service d'annulation. Si tel était le cas, l'alinéa *e* n'était pas totalement compatible avec l'alinéa *d* v et vi du paragraphe 1, duquel on pouvait déduire que de tels services pouvaient ne pas être toujours fournis.

127. Le Groupe de travail a estimé que l'alinéa *e* du paragraphe 1 n'était pas censé s'appliquer à des certificats de transaction (qui sont des certificats ponctuels) ou à d'autre types de certificats non susceptibles d'annulation. Ainsi, le Groupe de travail est convenu que les obligations du prestataire de services de certification en vertu de l'alinéa *e* n'avaient pas un caractère absolu, mais s'appliquaient uniquement lorsque de tels services étaient fournis au signataire soit directement par le prestataire de services de certification, soit indirectement par un intermédiaire. Il a donc été décidé de charger le groupe de rédaction de revoir le libellé de l'alinéa *e* en vue d'assurer sa cohérence avec l'alinéa *d* v et vi du paragraphe 1.

Article 10. *Fiabilité*

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

"[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.]"

129. Le Groupe de travail a ouvert un débat pour déterminer si l'article 10 devait être maintenu dans le corps des règles uniformes ou si la teneur de cette disposition devait être insérée dans le projet de guide pour l'incorporation.

130. En faveur du maintien du projet d'article 10, il a été dit que la disposition offrait des orientations utiles pour faciliter l'interprétation de la notion de "systèmes, procédures et ressources humaines fiables" figurant à l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9. Il a été également souligné qu'une liste analogue, qui figurait initialement dans une précédente version du projet d'article 12, avait été supprimée par le Groupe de travail, notamment parce que les éléments de cette liste figuraient déjà dans le projet d'article 10. Si ce projet d'article était lui aussi supprimé, les tribunaux de l'État adoptant et les autres autorités chargées de l'application des règles uniformes n'auraient plus aucune indication pour apprécier si, dans un cas donné, les exigences de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9 ont été remplies.

131. À l'appui de la suppression du projet d'article et du transfert de son contenu dans le projet de guide pour l'incorporation, il a été dit que le projet d'article ne faisait qu'expliciter une question traitée exclusivement à l'alinéa *f* du paragraphe 1 du projet d'article 9 et nulle part ailleurs dans les règles uniformes. De plus, les éléments énumérés dans le projet d'article fixaient une norme de fiabilité qui, si elle convenait pour le type de signatures électroniques précédemment qualifiées de "signatures électroniques renforcées", risquait d'être trop élevée pour les émetteurs de certificats de faible valeur.

132. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article 10 comportait une liste non limitative de facteurs à prendre en considération pour déterminer la fiabilité. Cette liste était destinée à offrir une notion souple de fiabilité, dont le contenu pouvait varier en fonction de ce qui était attendu du certificat, dans le contexte propre de sa création. Compte tenu de la formulation souple utilisée dans le projet d'article, la norme ainsi fixée offrait un niveau raisonnable de fiabilité et n'était pas aussi stricte que la norme fixée dans certains pays pour évaluer la fiabilité de personnes ou d'entités qui émettaient des certificats devant être associés au type de signatures électroniques précédemment qualifiées par le Groupe de travail de "signatures électroniques renforcées". De plus, les modifications qui avaient été apportées par le Groupe de travail aux chapeaux des projets d'articles 8 et 9 (voir par. 117 à 119 ci-dessus) avaient déjà tenu compte de la situation particulière des prestataires de services de certification qui émettaient des certificats de faible valeur ou pour lesquels les exigences des projets d'articles 9 et 10 risquaient d'être excessives.

133. En conclusion, le Groupe de travail a décidé de supprimer les crochets du projet d'article 10 et a chargé le groupe de rédaction d'examiner si, pour la clarté du texte, la disposition devait être maintenue sous la forme d'un article distinct ou être intégrée dans le projet d'article 9. En vue de souligner le caractère non limitatif de la liste figurant dans le projet d'article 10, il a été décidé de remplacer les mots "il est tenu compte" par la formule "il peut être tenu compte" et, à la fin de l'alinéa *f*, de remplacer la conjonction "et" par "ou".

C. Forme de l'instrument

134. Ayant achevé son examen des différentes dispositions des règles uniformes, le Groupe de travail est passé à l'examen de la forme que devraient prendre ces règles.

135. Le Groupe de travail a noté que, lors de l'élaboration des règles uniformes, différentes solutions avaient été suggérées quant à la forme qu'elles pourraient prendre, notamment celle de règles contractuelles, de dispositions législatives ou de principes directeurs pour les États envisageant d'adopter une législation sur les signatures électroniques. Le Groupe de travail a également noté qu'il avait été convenu, en tant qu'hypothèse de travail, que les règles uniformes devraient consister en des règles législatives accompagnées d'un commentaire, et pas simplement en des principes directeurs (voir A/CN.9/437, par. 27; A/CN.9/446, par. 25; et A/CN.9/457, par. 51 et 72). Comme il n'avait à aucun moment été suggéré que les règles uniformes devraient prendre la forme d'une convention internationale, les options soumises à l'examen du Groupe de travail étaient, à ce stade, pour l'essentiel, les suivantes: présenter l'instrument sous la forme d'une loi type, conserver la dénomination de "règles uniformes", ou utiliser le titre "dispositions législatives types".

136. À l'appui du maintien de la dénomination "règles uniformes", ou de l'utilisation du titre "dispositions législatives types", il a été rappelé que les règles uniformes avaient été adoptées en partant du principe qu'elles devaient s'inspirer directement de l'article 7 de la Loi type et être considérées comme un moyen de donner des renseignements précis sur la notion de "méthode fiable utilisée pour identifier une personne et pour indiquer que cette personne approuve l'information" contenue dans un message de données (voir A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 49). Une telle dénomination permettrait de mieux comprendre la relation entre les règles uniformes et la Loi type et faciliterait l'incorporation des règles uniformes dans le droit interne des États adoptants. De fait, la relation entre les règles uniformes et la Loi type était similaire à celle qui existait dans de nombreux systèmes juridiques entre une loi et ses règlements d'application.

137. À l'appui de l'adoption de l'instrument sous forme de "loi type", il a été avancé que le titre "règles", tel qu'il était utilisé dans la pratique de la CNUDCI, avait été jusqu'ici réservé aux instruments de caractère contractuel qui, plutôt que d'être adressés aux législateurs, étaient proposés aux parties pour incorporation dans leurs contrats. Les principaux exemples en étaient le Règlement

d'arbitrage de la CNUDCI (1976) et le Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980). Dans la mesure où les règles uniformes constituaient un texte législatif qu'il était recommandé aux États d'adopter en tant qu'élément de leur droit interne, le titre "loi type" serait plus approprié. Dans ce contexte, le mot "*law*", dans la version anglaise, n'était pas l'équivalent du mot "*statute*" et n'avait pas pour objet d'exprimer une recommandation quant à la forme ou au rang hiérarchique de l'instrument que chaque État pourrait choisir pour donner effet à ce texte. Les États qui avaient déjà adopté des lois générales sur le commerce électronique ou qui étaient désireux de le faire, mais qui préféraient émettre des règlements sur les signatures électroniques dans le cadre de ces lois générales, ne seraient en rien empêchés d'agir comme ils le jugeraient bon.

138. Après avoir examiné diverses options, le Groupe de travail a décidé de proposer à la Commission que l'instrument, une fois adopté, porte le titre suivant: "Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques".

D. Relations avec la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique

139. Il a été rappelé au Groupe de travail que le projet de Loi type sur les signatures électroniques avait un lien étroit avec la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, en particulier avec son article 7. À ce propos, il a été avancé que le Groupe de travail devrait étudier comment cette relation pourrait être mise en lumière, afin de ne pas donner l'impression que ces deux instruments sont entièrement distincts l'un de l'autre.

140. On pourrait pour cela incorporer les dispositions du projet de Loi type sur les signatures électroniques dans une version élargie de la Loi type sur le commerce électronique, par exemple en tant que nouvelle troisième partie. Toutefois, cette proposition a été écartée par le Groupe de travail, étant donné qu'il serait difficile dans la pratique de combiner les deux instruments en un texte unique.

141. Le Groupe de travail a aussi étudié la possibilité d'élaborer un préambule, qui énoncerait clairement que la Loi type sur les signatures électroniques avait été élaborée par la Commission pour donner effet à l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique. Le Groupe de travail a trouvé un certain intérêt à cette proposition, mais a décidé qu'un préambule ne serait sans doute pas nécessaire, s'il devait contenir uniquement une déclaration de cette nature.

142. Le Groupe de travail a noté que, comme il était usuel pour la plupart des instruments élaborés par la Commission, la Loi type sur le commerce électronique, dans sa version publiée, était précédée d'un texte reproduisant la résolution de l'Assemblée générale par laquelle cette dernière, notamment, recommandait à tous les États de s'inspirer de préférence de la Loi type lorsqu'ils adopteraient une loi en la matière ou réviseraient la législation existante. Comme on pouvait escompter que l'Assemblée générale souhaiterait adopter une résolution similaire à propos de la Loi type sur les signatures électroniques, après sa mise au point et son adoption par la Commission, le Groupe de travail a estimé qu'une telle résolution pourrait constituer le cadre approprié pour mettre en lumière la relation entre ces deux lois types.

E. Rapport du groupe de rédaction

143. Après avoir terminé l'examen de la teneur des dispositions du projet de Loi type, le Groupe de travail a prié le secrétariat de charger un groupe de rédaction d'étudier l'ensemble du texte afin d'assurer la cohérence entre les divers projets d'articles dans les différentes langues.

144. Lorsqu'il a examiné le rapport du groupe de rédaction, le Groupe de travail a noté que, conformément à la décision qu'il avait prise concernant la définition du terme "données afférentes à la création de signature" (voir par. 75 et 76 ci-dessus), le groupe de rédaction avait conservé les mots "les moyens utilisés pour la création d'une signature électronique" aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 du projet d'article 6. On s'est demandé s'il était bien nécessaire de conserver une double terminologie. Après avoir soigneusement examiné les alinéas *a* et *b*, le Groupe de travail est arrivé à la conclusion que, tout au moins pour ce qui était de l'alinéa *a*, il n'y avait aucun inconvénient à remplacer les mots "les moyens utilisés pour la création d'une signature électronique" par "les données afférentes à la création de signature", puisque ces données étaient précisément le facteur servant à établir le lien entre la signature électronique et la personne du signataire. L'alinéa *b* était plus problématique. Selon l'interprétation de nombreuses délégations, au moment de la signature, la fiabilité de la signature électronique dépendrait du contrôle qu'avait le signataire non seulement sur les données afférentes à la création de signature (par exemple sa clef privée), mais aussi sur le matériel et les logiciels utilisés pour l'application de ces données. À cet égard, il pourrait être justifié de recourir à une notion telle que celle de "dispositif de création de signature" (ou à une interprétation large de celle de "données afférentes à la création de signature") pour traduire le fait que les données afférentes à la création de signature et l'environnement dans lequel elles étaient appliquées pour créer la signature électronique avaient la même importance fondamentale pour la fiabilité du processus de création de signature. Bien que ce fait ait été largement reconnu, le Groupe de travail était conscient des difficultés que pourraient entraîner une interprétation large de la notion de "données afférentes à la création de signature" dans le contexte de l'alinéa *b* du paragraphe 3 du projet d'article 6 et une interprétation étroite dans le reste du projet de Loi type. Après un débat, le Groupe de travail a décidé d'employer le terme "données afférentes à la création de signature" dans tout le texte, y compris aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 du projet d'article 6, et de leur donner systématiquement le sens étroit retenu à un stade antérieur du débat (voir par. 76 ci-dessus). La raison donnée pour ne pas englober à l'alinéa *b* du paragraphe 3 du projet d'article 6 le maté-riel et les logiciels servant à appliquer les données afférentes à la création de signature a été que l'on pouvait attendre du signataire qu'il exerce un contrôle sur ces données, mais pas nécessairement sur le matériel et les logiciels.

III. PROJET DE GUIDE POUR L'INCORPORATION

A. Remarques générales

145. Le Groupe de travail s'est déclaré satisfait dans l'ensemble de la structure et de la teneur du projet de guide pour l'incorporation faisant l'objet des documents A/CN.9/WG.IV/WP.86 et Add.1.

146. Diverses vues ont été exprimées quant à la nécessité de conserver dans ce projet de guide un exposé relativement long de la genèse du projet de Loi type. Selon un avis, un tel exposé était inutile et devrait donc être supprimé. Selon un autre avis, il faudrait le réduire considérablement. Selon un autre avis encore, il faudrait le placer en annexe au document. Mais selon une opinion largement partagée, les législateurs, les juristes et d'autres utilisateurs d'un certain nombre de pays le jugeraient utile. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver la section relative à la genèse du projet de Loi type sous sa forme actuelle.

147. Un débat analogue a eu lieu à propos de la section du projet de guide consacrée à la description de l'infrastructure à clef publique. Selon un avis, la technologie décrite pourrait devenir rapidement obsolète. Si l'on mettait trop l'accent sur l'environnement technologique dans lequel le projet de Loi type avait été élaboré, l'instrument risquait de ne pas pouvoir "résister au temps". Toutefois, selon l'avis qui a largement prévalu, le projet de Loi type avait certes été rédigé en des termes techniquement neutres dans le but précisément d'en accroître la longévité, mais il était important de donner aux lecteurs une vue assez détaillée de l'environnement technique dans lequel s'était déroulée son élaboration. On a aussi estimé, à l'appui du maintien dans le projet de guide d'une description détaillée de cet environnement, qu'il fallait diffuser cette information à un large public dans les parties du monde où la technologie et ses évolutions les plus récentes pourraient être mal connues des utilisateurs potentiels du projet de Loi type et du projet de guide. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'il convenait de maintenir sous leur forme actuelle les différentes parties du projet de guide se rapportant à la technologie. Le secrétariat pourrait envisager d'ajouter des explications lorsqu'il réviserait le texte, afin de bien préciser que l'intention des auteurs du projet de Loi type était d'offrir une souplesse suffisante pour que cet instrument demeure utile malgré certaines des évolutions technologiques prévisibles.

B. Remarques spécifiques

148. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas entrepris un examen approfondi des différents paragraphes du projet de guide. Toutefois, certaines modifications ont été proposées, qui sont relatées ci-après.

149. S'agissant du paragraphe 32 du document A/CN.9/WG.IV/WP.86, on a généralement estimé qu'il n'était pas exact de dire que, pour l'élaboration du projet de Loi type, le Groupe de travail n'avait pas reçu suffisamment d'informations sur les incidences techniques et juridiques de l'utilisation de dispositifs de "signatures" fondés sur des techniques autres que la cryptographie à clef publique. Il a été rappelé que de nombreux exposés avaient été faits par des experts concernant, par exemple, les signatures électroniques fondées sur des dispositifs biométriques et d'autres techniques ne reposant pas sur l'infrastructure à clef publique. Après en avoir débattu, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 32.

150. Au paragraphe 30 du document A/CN.9/WG.IV/WP.86, il a été convenu de remplacer la formule "d'autres modèles sont concevables" par "d'autres modèles sont déjà couramment employés sur le marché". Aux paragraphes 31 et 81, il faudrait ajouter une phrase qui se lirait ainsi: "D'autres techniques reposent sur l'utilisation de codes secrets, de signatures numérisées et d'autres méthodes, comme celles consistant à cliquer dans la case OK".

151. Il a été proposé d'ajouter, après le paragraphe 26, un nouveau paragraphe libellé ainsi: "Il faut noter que certains pays considèrent que les questions juridiques liées à l'utilisation de signatures électroniques ont déjà été réglées par la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et qu'ils ne prévoient pas d'adopter d'autres règles sur les signatures électroniques tant que les pratiques du marché dans ce nouveau domaine ne seront pas mieux établies". Le texte proposé a été jugé généralement acceptable en tant qu'énoncé de la politique législative suivie dans certains États, mais le Groupe de travail est dans l'ensemble convenu qu'il faudrait ajouter au nouveau paragraphe proposé un texte approprié pour décrire les avantages attendus de l'incorporation du projet de Loi type et encourager les États à l'adopter parallèlement à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

152. S'agissant du paragraphe 22 du document A/CN.9/WG.IV/WP.86/Add.1, il a été estimé que le projet de guide devrait mentionner les pratiques qui supposent l'utilisation de "clefs fractionnées", c'est-à-dire des cas où une clef unique est mise en œuvre par deux ou plusieurs personnes dont l'action conjointe est nécessaire pour rendre opérationnelles les données afférentes à la création de signature. Il a été en général convenu qu'il fallait ajouter une phrase au paragraphe 22 qui se lirait comme suit: "Lorsqu'une seule clef est mise en œuvre par plus d'une personne dans le cadre d'un système de "clef fractionnée" ou d'un autre système de "secret partagé", la notion de "signataire" vise ces personnes envisagées conjointement".

ANNEXE

PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

(tel qu'approuvé par le Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique à sa trente-septième session, tenue à Vienne du 18 au 29 septembre 2000)

Article premier. *Champ d'application*

La présente Loi s'applique lorsque des signatures électroniques sont utilisées dans le contexte* d'activités commerciales**. Elle ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur.

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

"La présente Loi s'applique 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 2. *Définitions*

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue;

b) Le terme "certificat" désigne un message de données ou un autre enregistrement confirmant le lien entre un signataire et des données afférentes à la création de signature;

c) 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;

d) Le terme "signataire" désigne une personne qui détient des données afférentes à la création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui de la personne qu'elle représente;

e) Le terme "prestataire de services de certification" désigne une personne qui émet des certificats et peut fournir d'autres services liés aux signatures électroniques;

f) Le terme "partie se fiant à la signature ou au certificat" désigne une personne qui peut agir sur la base d'un certificat ou d'une signature électronique.

Article 3. *Égalité de traitement des techniques de signature*

Aucune disposition de la présente Loi, 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 signature électronique satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 ou autrement satisfaisant aux exigences de la loi applicable.

Article 4. *Interprétation*

1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire.

Article 5. *Dérogation conventionnelle*

Il est possible de déroger aux dispositions de la présente Loi ou d'en modifier les effets par convention, à moins que cette convention soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable.

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 données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire;

b) les données afférentes à la création de signature étaient, 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 cette information après le moment de la signature est décelable.

4. Le paragraphe 3 ne restreint pas la possibilité pour toute personne:

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 toute 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'a d'incidence sur le fonctionnement des règles du droit international privé.

Article 8. *Normes de conduite du signataire*

1. Lorsque des données afférentes à la création de signature peuvent être utilisées pour créer une signature ayant des effets juridiques, chaque signataire:

a) prend des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de ses données afférentes à la création de signature;

b) avise, sans retard injustifié, toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique si:

i) il sait que les données afférentes à la création de signature ont été compromises; ou

ii) il estime, au regard des circonstances connues de lui, qu'il y a un risque important que les données afférentes à la création de signature aient été compromises;

c) prend, lorsqu'un certificat est utilisé pour étayer la signature électronique, des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations essentielles qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou devant figurer dans le certificat sont exactes et complètes.

2. Un signataire est responsable de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1.

Article 9. *Normes de conduite du prestataire de services de certification*

1. Lorsqu'un prestataire de services de certification fournit des services visant à étayer une signature électronique qui peut être utilisée pour produire des effets juridiques en tant que signature, ce prestataire:

a) agit en conformité avec les déclarations qu'il fait concernant ses politiques et pratiques;

b) prend des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations essentielles qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou figurant dans le certificat sont exactes et complètes;

c) fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer à partir de ce certificat:

i) l'identité du prestataire de services de certification;

ii) si le signataire identifié dans le certificat avait, au moment de l'émission de ce dernier, le contrôle des données afférentes à la création de signature;

iii) si les données afférentes à la création de signature étaient valides au moment ou avant le moment de l'émission du certificat;

d) fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer, s'il y a lieu, à partir de ce certificat ou de toute autre manière:

i) la méthode utilisée pour identifier le signataire;

ii) toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles les données afférentes à la création de signature ou le certificat peuvent être utilisés;

iii) si les données afférentes à la création de signature sont valides et n'ont pas été compromises;

iv) toute restriction quant à l'étendue de la responsabilité stipulée par le prestataire de services de certification;

v) s'il existe des moyens pour le signataire d'adresser une notification conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8;

vi) la disponibilité d'un service de révocation en temps utile;

e) lorsque des services sont fournis au titre du sous-alinéa v de l'alinéa *d*, donne au signataire le moyen d'adresser une notification conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8 et, lorsque des services sont fournis au titre du sous-alinéa vi de l'alinéa *b*, offre un service de révocation en temps utile;

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 de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1.

Article 10. *Fiabilité*

Aux fins de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9, pour déterminer si, ou dans quelle mesure, tous systèmes, toutes procédures et ressources humaines utilisés par le prestataire de services de certification sont fiables, il peut être 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'accréditation ou du prestataire de services de certification concernant le respect ou l'existence des critères énumérés ci-dessus; ou

g) Tout autre facteur pertinent.

Article 11. *Normes de conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat*

Une partie se fiant à une signature ou à un 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 étayée par un certificat, de prendre des mesures raisonnables pour:

i) vérifier que le certificat est valide ou qu'il n'a pas été suspendu ou révoqué; et

ii) tenir compte de toute restriction dont le certificat ferait l'objet.

Article 12. *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:

a) du lieu dans lequel le certificat est émis ou la signature électronique créée ou utilisée; ou

b) du lieu dans lequel l'émetteur ou le signataire a son établissement.

2. Un certificat émis en dehors de [l'État adoptant] a les mêmes effets juridiques dans [l'État adoptant] qu'un certificat émis dans [l'État adoptant] à condition qu'il offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent.

3. Une signature électronique créée ou utilisée en dehors de [l'État adoptant] a les mêmes effets juridiques dans [l'État adoptant] qu'une signature électronique créée ou utilisée dans [l'État adoptant] à condition qu'elle offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent.

4. Pour déterminer si des certificats ou des signatures électroniques offrent un niveau de fiabilité substantiellement équivalent aux fins des paragraphes 2 ou 3, il est tenu compte des normes internationales reconnues et de tous autres facteurs pertinents.

5. Lorsque, nonobstant les paragraphes 2, 3 et 4, les parties conviennent, s'agissant de leurs relations, d'utiliser certains types de signatures électroniques ou certificats, cette convention est jugée suffisante aux fins de la reconnaissance internationale, à moins qu'elle soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable.

B. Document de travail présenté au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-septième session: projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne des Règles uniformes de la CNUDCI sur les signatures électroniques: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.86 et Add.1) [Original: anglais]

1. Conformément aux décisions prises par la Commission à ses vingt-neuvième (1996)[1] et trentième (1997)[2] sessions, le Groupe de travail sur le commerce électronique a consacré ses trente et unième à trente-sixième sessions à l'élaboration du projet de Règles uniformes de la CNUDCI sur les signatures électroniques (dénommé ci-après "les Règles uniformes"). Les rapports de ces sessions sont publiés sous la cote A/CN.9/437, 446, 454, 457, 465 et 467 respectivement. Lors de l'élaboration des Règles uniformes, le Groupe de travail a noté qu'il serait utile de fournir, dans un commentaire, des informations complémentaires concernant lesdites Règles. S'inspirant de la démarche adoptée pour la préparation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, une proposition tendant à assortir les Règles uniformes d'un guide afin d'aider les États à incorporer ces dernières dans leur droit interne et à les appliquer a été généralement bien accueillie. Le guide, qui pourrait être établi en grande partie à partir des *travaux préparatoires* des Règles uniformes, constituerait également un outil précieux pour d'autres utilisateurs des Règles.

2. À sa trente-sixième session, le Groupe de travail a examiné la question des signatures électroniques en se fondant sur la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.84). À l'issue des débats, il a adopté les projets d'articles 1 et 3 à 11 quant au fond et les a renvoyés à un groupe de rédaction chargé d'assurer la cohérence entre les dispositions des Règles uniformes. 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[3].

3. À sa trente-troisième session (juin-juillet 2000), la Commission a noté que le Groupe de travail avait, à sa trente-sixième session, adopté le texte des projets d'articles 1 et 3 à 11 des Règles uniformes. Il restait, a-t-on dit, à clarifier certains points suite à la décision du Groupe de travail de supprimer dans le 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 de travail concernant les projets d'articles 2 et 13, de réexaminer les autres projets de 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 n'étant pas destinées à produire d'effet juridique important.

4. À l'issue des débats, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les efforts qu'il avait fournis et les progrès qu'il avait accomplis dans l'élaboration des Règles uniformes. Elle l'a instamment prié de terminer ses travaux sur ce texte à sa trente-septième session et d'examiner le projet de guide que devait établir le secrétariat[4].

5. L'annexe de la présente note renferme la première partie et le chapitre premier de la deuxième partie du projet de guide établi par le secrétariat. Le chapitre II de la deuxième partie est publié sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.86/Add.1.

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

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

[3] A/CN.9/467, par. 18 à 20.

[4] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 380 à 383.

ANNEXE

RÈGLES UNIFORMES DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES ET GUIDE POUR LEUR INCORPORATION (2001)

TABLE DES MATIÈRES

Première partie

RÈGLES UNIFORMES DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES (2001)

Préambule

		Pages
Article premier.	Champ d'application	224
Article 3.	Égalité de traitement des techniques de signature	224
Article 4.	Interprétation	224
Article 5.	Dérogation conventionnelle	224
Article 6.	Satisfaction de l'exigence de signature	224
Article 7.	Satisfaction des dispositions de l'article 6	224
Article 8.	Normes de conduite du signataire	224
Article 9.	Normes de conduite du prestataire de services de certification	225
Article 10.	Fiabilité	225
Article 11.	Normes de conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat	225

Deuxième partie

GUIDE POUR L'INCORPORATION DES RÈGLES UNIFORMES DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES (2001)

		Paragraphes	*Pages*
Objet du présent Guide		1-2	225
Chapitre premier.	***Présentation générale des Règles uniformes***	3-84	226
I.	Objectifs et origine des Règles uniformes	3-24	226
A.	Objectifs	3-5	226
B.	Origine	6-11	226
C.	Historique	12-24	227
II.	Les Règles uniformes comme outil d'harmonisation des droits	25-26	228
III.	Observations générales sur les signatures électroniques	27-61	228
A.	Fonctions de la signature	27-28	228
B.	Signatures numériques et autres signatures électroniques	29-61	229
1.	Signatures électroniques faisant appel à des techniques autres que la cryptographie à clef publique	31-33	229
2.	Signatures numériques utilisant la cryptographie à clef publique	34-61	229
a)	Notions et terminologie techniques	35-43	229
i)	Cryptographie	35-36	229
ii)	Clefs publiques et privées	37-38	230
iii)	Fonction de hachage	39	230
iv)	Signature numérique	40-41	230
v)	Vérification de la signature numérique	42-43	230
b)	Infrastructure à clef publique et prestataires de services de certification	44-60	231
i)	Infrastructure à clef publique	49-51	231
ii)	Prestataires de services de certification	52-60	232
c)	Résumé du processus de signature numérique	61	233

		Paragraphes	*Pages*
IV.	Principales caractéristiques des Règles uniformes	62-81	233
	A. Nature législative des Règles uniformes	62-63	233
	B. Relations avec la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique	64-67	233
	1. Règles uniformes constituant un instrument juridique distinct	64	233
	2. Règles uniformes pleinement conformes à la Loi type	65-66	234
	3. Relations avec l'article 7 de la Loi type	67	234
	C. Règles "cadres" devant être complétées par des règlements techniques et par contrat	68-69	234
	D. Certitude supplémentaire quant aux effets juridiques des signatures électroniques	70-75	234
	E. Règles fondamentales de conduite applicables aux parties concernées	76-80	235
	F. Un cadre neutre quant aux techniques employées	81	235
V.	Assistance offerte par le secrétariat de la CNUDCI	82-84	236
	A. Aide à l'élaboration d'une législation	82-83	236
	B. Renseignements sur l'interprétation des textes législatifs fondés sur les Règles uniformes	84	236

ANNEXE

Chapitre II. ***Observations article par article*** (voir A/CN.9/WG.IV/WP.86/Add.1)		237
Titre	1	237
Article premier. Champ d'application	2-6	237
Article 3. Égalité de traitement des techniques de signature	7	238
Article 4. Interprétation	8-10	238
Article 5. Dérogation conventionnelle	11-14	239
Article 6. Satisfaction de l'exigence de signature	15-28	239
Article 7. Satisfaction des dispositions de l'article 6	29-33	242
Article 8. Normes de conduite du signataire	34-38	242
Article 9. Normes de conduite du prestataire de services de certification	39-42	243
Article 10. Fiabilité	43	244
Article 11. Normes de conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat	44-47	244

PREMIÈRE PARTIE

RÈGLES UNIFORMES DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES (2001)

Projets d'articles 1 et 3 à 11 des Règles uniformes de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)

(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 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 utilisées 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.

DEUXIÈME PARTIE

GUIDE POUR L'INCORPORATION DES RÈGLES UNIFORMES DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES (2001)

Objet du présent Guide

1. Lorsqu'elle a élaboré et adopté les Règles uniformes de la CNUDCI sur les signatures électroniques (également dénommées dans la présente publication "les Règles uniformes"), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) était consciente du fait que, pour les États qui modernisent leur législation, ces Règles seraient un outil plus efficace si des informations de base et des explications étaient données aux gouvernements et aux parlements pour les aider à les utiliser. Elle a aussi tenu compte du fait que les Règles uniformes seraient probablement utilisées par des pays peu familiarisés avec le type de techniques de communication qui y sont envisagées. Le présent Guide, qui a été établi en grande partie sur la base des travaux préparatoires, se veut par ailleurs un instrument utile pour d'autres utilisateurs du texte, tels que juges, arbitres, praticiens et universitaires. Ces informations pourraient aussi aider les États à examiner, le cas échéant, les dispositions qu'il conviendrait de modifier pour tenir compte de conditions particulières. Durant l'élaboration des Règles uniformes, il a été présumé que le projet de Règles uniformes serait accompagné d'un tel guide. Il a été décidé, par exemple, de ne pas régler un certain nombre de points dans le texte des Règles uniformes, mais de s'y référer dans le Guide afin d'aider les États Membres à appliquer les Règles uniformes le moment venu. Les informations présentées dans le présent Guide visent à expliquer pourquoi les dispositions des Règles uniformes ont été retenues à titre de caractéristiques minimales essentielles d'une législation destinée à atteindre les objectifs des Règles uniformes.

2. Le présent Guide pour l'incorporation a été élaboré par le secrétariat conformément à la demande faite par la CNUDCI à la clôture de sa trente-troisième session, en 2000. Il est fondé sur les délibérations et décisions de la Commission à cette session[4], à laquelle les Règles uniformes ont été adoptées, ainsi que sur les considérations du Groupe de travail sur le commerce électronique, qui a mené les travaux préparatoires.

Chapitre premier. Présentation générale des Règles uniformes

I. OBJECTIFS ET ORIGINE DES RÈGLES UNIFORMES

A. Objectifs

3. Le recours accru à des techniques d'authentification électroniques au lieu de signatures manuscrites et d'autres méthodes traditionnelles d'authentification a conduit à penser qu'il serait utile d'avoir un cadre juridique spécifique, afin de réduire l'incertitude quant à l'effet juridique pouvant résulter de l'utilisation de telles techniques modernes (qui peuvent être désignées d'une façon générale par le terme "signatures électroniques"). Le risque que divers pays adoptent des approches législatives divergentes à l'égard des signatures électroniques demande des dispositions législatives uniformes, afin d'établir les règles de base de ce qui est intrinsèquement un phénomène international dans lequel l'interopérabilité juridique (ainsi que technique) est essentielle.

4. Se fondant sur les principes fondamentaux sur lesquels repose l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (également dénommée ci-après "la Loi type") pour ce qui est de la réalisation de la fonction de signature dans un environnement électronique, les Règles uniformes visent à aider les États à mettre en place un cadre législatif moderne, harmonisé et équitable permettant d'aborder de façon plus efficace les questions des signatures électroniques. Supplément modeste mais important de la Loi type, les Règles uniformes proposent des normes concrètes par rapport auxquelles la fiabilité technique des signatures électroniques peut être mesurée. Elles établissent en outre un lien entre cette fiabilité technique et l'efficacité juridique que l'on peut attendre d'une signature électronique particulière. Elles ajoutent un élément important à la Loi type en adoptant une approche qui permet de déterminer à l'avance (ou d'évaluer avant utilisation effective) l'efficacité juridique d'une technique de signature électronique particulière. Elles visent donc à faire mieux comprendre les signatures électroniques et à donner confiance dans l'utilisation de certaines techniques de signatures électroniques dans des opérations ayant une valeur juridique. En outre, en définissant avec la souplesse requise un ensemble de normes de conduite pour les diverses parties pouvant être amenées à utiliser des signatures électroniques (à savoir les signataires, les parties se fiant à la signature et les tiers prestataires de services), les Règles uniformes peuvent aider à la mise en place de pratiques commerciales plus harmonieuses dans le cyberespace.

5. Les objectifs des Règles uniformes, qui consistent notamment à permettre ou à faciliter le recours aux signatures électroniques et à accorder le même traitement aux utilisateurs de la documentation sur papier et aux utilisateurs d'informations informatisées, contribuent de manière décisive à favoriser l'économie et l'efficacité du commerce international. En incorporant dans sa législation nationale les procédures prescrites dans les Règles uniformes (et la Loi type) pour les cas où les parties décident d'utiliser des moyens de communication électroniques, un État adopterait une approche neutre quant à la technique d'information.

B. Origine

6. Les Règles uniformes constituent une nouvelle étape dans une série d'instruments internationaux adoptés par la CNUDCI, qui ou bien portent spécifiquement sur les besoins du commerce électronique, ou bien ont été élaborés compte tenu des besoins des moyens modernes de communication. Dans la première catégorie figurent le Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds (1987), la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992) et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996 et 1998). La deuxième catégorie comprend toutes les conventions internationales et autres instruments législatifs adoptés par la CNUDCI depuis 1978, qui promeuvent tous un formalisme réduit et contiennent des définitions de "l'écrit" destinés à englober les communications dématérialisées.

7. L'instrument le plus spécifique (et peut-être le mieux connu) de la CNUDCI dans le domaine du commerce électronique est la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Son élaboration, au début des années 90, a pour origine le recours accru à des moyens modernes de communication tels que le courrier électronique et l'échange de données informatisées (EDI) pour la conduite des opérations commerciales internationales. On s'est rendu compte que de nouvelles techniques s'étaient répandues rapidement et continueraient de se développer à mesure que des supports techniques, tels que les autoroutes de l'information et l'Internet, devenaient plus largement accessibles. Toutefois, la communication d'informations ayant une valeur juridique sous forme de messages sans support papier était entravée par des obstacles juridiques à l'utilisation de tels messages ou par l'incertitude quant à leur effet ou leur validité juridiques. Afin de faciliter le recours accru aux moyens modernes de communication, la CNUDCI a élaboré la Loi type, dont l'objectif est d'offrir aux législateurs nationaux un ensemble de règles internationalement acceptables sur la manière de surmonter un certain nombre de ces obstacles et de créer un environnement juridique plus sûr pour ce que l'on appelle aujourd'hui le "commerce électronique".

8. La décision prise par la CNUDCI d'élaborer une législation type sur le commerce électronique a tenu au fait que, dans un certain nombre de pays, la législation régissant les communications et l'archivage de l'information était inadaptée ou dépassée, car elle n'envisageait pas le recours au commerce électronique. Dans certains cas, la législation impose encore directement ou indirectement des restrictions à l'utilisation des moyens modernes de communication, par exemple en prescrivant l'emploi de documents "écrits", "signés" ou "originaux". Pour les notions de documents "écrits", "signés" et "originaux", la Loi type a adopté des approches fondées sur l'équivalent multifonctionnel.

9. Lorsque la Loi type était en cours d'élaboration, quelques pays avaient adopté des dispositions particulières pour traiter de certains aspects du commerce électronique, mais il n'y avait pas de législation traitant de ce commerce dans son ensemble. Cela pouvait être source d'incertitudes quant à la nature juridique et à la validité d'informations présentées sous une forme autre que celle de documents traditionnels sur papier. En outre, des lois et des pratiques saines étaient nécessaires dans tous les pays où l'utilisation de l'EDI et de la messagerie électronique se généralisait, mais ce besoin se faisait aussi sentir dans de nombreux pays pour des techniques de communication telles que la télécopie et le télex.

10. La Loi type aidait aussi à pallier les désavantages tenant au fait qu'une législation nationale inappropriée entravait le commerce international, dont une proportion importante est liée à l'utilisation des techniques modernes de communication. Les disparités entre les régimes juridiques nationaux régissant l'utilisation de ces techniques de communication et les incertitudes qu'elles entraînent peuvent encore contribuer dans une large mesure à limiter les possibilités qu'ont les entreprises d'accéder aux marchés internationaux.

11. En outre, au niveau international, la Loi type peut servir, dans certains cas, d'outil pour interpréter les conventions internationales et autres instruments internationaux existants qui créent des obstacles juridiques au recours au commerce électronique, par exemple en prescrivant la forme écrite pour certains documents ou certaines clauses contractuelles. Entre les États Parties à de tels instruments internationaux, l'adoption de la Loi type comme règle d'interprétation pourrait être le moyen de reconnaître le commerce électronique et d'éviter de devoir négocier un protocole à l'instrument international concerné.

C. *Historique*

12. Après avoir adopté la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la Commission a, à sa vingt-neuvième session (1996), décidé d'inscrire à son ordre du jour la question des signatures numériques et des autorités de certification. Le Groupe de travail sur le commerce électronique a été prié d'examiner l'opportunité et la faisabilité de l'élaboration de règles uniformes sur ces sujets. Il a été convenu que les règles uniformes à élaborer devraient être consacrées notamment aux questions telles que le fondement juridique des opérations de certification, y compris les nouvelles techniques d'authentification et de certification numériques; l'applicabilité de la certification; la répartition des risques et des responsabilités entre utilisateurs, fournisseurs et tiers dans le contexte de l'utilisation de techniques de certification; les questions spécifiques à la certification sous l'angle de l'utilisation des registres; et l'incorporation par référence[5].

13. 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. Il 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). 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.

14. S'agissant du champ d'application et de la forme exacts des Règles uniformes, la Commission est généralement convenue qu'aucune décision ne pouvait être prise à un stade aussi précoce. Elle a estimé qu'il était justifié que le Groupe de travail axe son attention sur les questions relatives aux signatures numériques, étant donné le rôle apparemment prédominant joué par la cryptographie à clef publique dans la nouvelle pratique du commerce électronique, mais les Règles uniformes à élaborer devraient être compatibles avec l'approche techniquement neutre adoptée dans la Loi type. Ainsi, les Règles uniformes ne devraient pas décourager l'utilisation d'autres techniques d'authentification. En outre, lorsqu'il s'agirait de la cryptographie à clef publique, il pourrait être nécessaire de prendre en considération, dans ces Règles uniformes, divers niveaux de sécurité et de reconnaître les divers effets juridiques et niveaux de responsabilité correspondant aux différents types de services fournis dans le contexte des signatures numériques. S'agissant des autorités de certification, la Commission a certes reconnu la valeur des normes issues du marché, mais il a été largement considéré que le Groupe de travail pourrait utilement envisager l'établissement d'un ensemble minimal de normes que les autorités de certification devraient strictement respecter, en particulier dans les cas de certification internationale[6].

15. Le Groupe de travail a commencé à élaborer le projet des Règles uniformes à sa trente-deuxième session en se fondant sur une note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.73).

16. 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 que le Groupe de travail avait eu des difficultés manifestes, à ses trente et unième et trente-deuxième sessions, à parvenir à une position commune sur les nouvelles questions juridiques découlant de l'utilisation accrue des signatures numériques et autres signatures électroniques. Il a été également noté qu'il n'y avait toujours pas de consensus sur la manière dont ces questions pourraient être abordées dans un cadre juridique internationalement acceptable. Toutefois, la Commission a estimé, dans l'ensemble, que les progrès accomplis jusqu'ici étaient le signe que le projet de Règles uniformes sur les signatures électroniques prenait progressivement la forme d'une structure utilisable.

17. 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 progresserait 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 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].

18. Le Groupe de travail a poursuivi la révision des Règles uniformes à ses trente-troisième (1998) et trente-quatrième (1999) sessions sur la base des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76 et A/CN.9/WG.IV/WP.79 et 80). Les rapports des sessions sont publiés sous les cotes A/CN.9/454 et 457.

19. À sa trente-deuxième session (1999), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième (juin-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. 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 estimé que le Groupe de travail avait eu du mal à parvenir à un consensus sur les principes législatifs sur lesquels les règles uniformes devraient être fondées.

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

21. Selon l'avis qui a largement prévalu, le Groupe de travail devrait poursuivre sa tâche sur la base de son mandat original. S'agissant du besoin de règles uniformes sur les signatures électroniques, on a expliqué que, dans de nombreux pays, les gou-

[5]Ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

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

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

vernements et les organes législatifs qui avaient entrepris l'élaboration d'une législation sur les questions relatives aux signatures électroniques, y compris la mise en place d'une infrastructure fondée sur la clef publique ou d'autres projets sur des questions étroitement liées (voir A/CN.9/457, par. 16), attendaient des orientations de la CNUDCI. Quant à la décision prise par le Groupe de travail de se concentrer sur les questions et la terminologie de la cryptographie à clef publique, on a rappelé que le jeu des relations entre trois types distincts de parties (les détenteurs des clefs, les autorités de certification et les parties se fiant aux clefs) correspondait à un modèle possible de cryptographie à clef publique, mais que d'autres étaient aussi concevables (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 abonné), la fonction de certification et la fonction de confiance. On s'est généralement accordé à penser que ces trois fonctions étaient communes à tous les modèles de cryptographie à clef publique, et qu'il fallait les traiter, qu'elles soient exercées par trois entités séparées ou que deux d'entre elles soient assurées par la même personne (par exemple lorsque l'autorité de certification était également une partie se fiant à la clef). En outre, il a été largement estimé qu'en se concentrant sur les fonctions typiques de la cryptographie à clef publique et non sur un modèle particulier on parviendrait peut-être plus facilement à élaborer, à un stade ultérieur, une règle tout à fait neutre sur le plan technique (ibid., par. 68).

22. À l'issue du débat, la Commission a réaffirmé ses décisions précédentes quant à la faisabilité de la rédaction de règles uniformes et s'est déclarée certaine que le Groupe de travail pourrait progresser encore à ses prochaines sessions[8].

23. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux à ses trente-cinquième (septembre 1999) et trente-sixième (février 2000) sessions en se fondant sur des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.82 et 84). À sa trente-troisième session (2000), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ces deux sessions (A/CN.9/465 et 467). Il a été noté que le Groupe de travail, à sa trente-sixième session, avait adopté le texte des projets d'articles 1 et 3 à 12 des Règles uniformes. Il restait, a-t-on dit, à clarifier certains points suite à la décision du Groupe de travail de supprimer dans le projet de Règles uniformes la notion de "signature électronique renforcée". On a exprimé la crainte qu'il ne soit nécessaire, en fonction des décisions que prendrait le Groupe de travail concernant les projets d'articles 2 et 13, de réexaminer les autres projets de 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 n'étant pas destinées à produire d'effet juridique important.

24. À l'issue des débats, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les efforts qu'il avait fournis et les progrès qu'il avait accomplis dans l'élaboration des Règles uniformes. Elle l'a instamment prié de terminer ses travaux sur ce texte à sa trente-septième session et d'examiner le projet de guide que devait établir le secrétariat[9]. *[Note du secrétariat: cette section relative à l'historique des Règles uniformes doit être complétée, et éventuellement rédigée de façon plus concise, après examen final et adoption des Règles uniformes par la Commission.]*

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

[9]Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 380 à 383.

II. LES RÈGLES UNIFORMES COMME OUTIL D'HARMONISATION DES DROITS

25. Comme la Loi type, les Règles uniformes se présentent sous la forme d'un texte législatif qu'il est recommandé aux États d'incorporer dans leur droit national. Contrairement à ce qui se passe dans le cas d'une convention internationale, l'État qui adopte une législation type n'est pas tenu d'en aviser l'Organisation des Nations Unies ou les autres États qui ont pu eux aussi l'adopter. Les États sont toutefois vivement encouragés à informer le secrétariat de la CNUDCI de toute adoption des Règles uniformes (ou de toute autre loi type résultant des travaux de la CNUDCI).

26. En incorporant le texte de la législation type dans son système juridique, un État peut modifier ou exclure certaines de ses dispositions. Dans le cas d'une convention, la possibilité pour les États Parties d'apporter des changements (habituellement appelés "réserves") au texte uniforme est beaucoup plus limitée; en particulier, les conventions de droit commercial, le plus souvent, ou bien interdisent toute réserve, ou bien n'en autorisent que quelques-unes, qui sont spécifiées. La souplesse inhérente à une législation type est particulièrement souhaitable dans les cas où il est probable que l'État souhaitera apporter diverses modifications au texte uniforme avant d'être prêt à l'adopter dans son droit national. On peut s'attendre à certaines modifications, en particulier lorsque le texte uniforme a un lien étroit avec le système judiciaire et procédural national. Cela signifie cependant aussi que le degré d'harmonisation et de certitude quant à l'harmonisation, atteint par une législation type, sera probablement moins élevé que dans le cas d'une convention. Cet inconvénient relatif peut néanmoins être compensé par le fait qu'il y a probablement plus d'États adoptant une législation type que d'États adhérant à une convention. Pour atteindre un degré satisfaisant d'harmonisation et de certitude, il est recommandé que les États apportent aussi peu de modifications que possible lors de l'incorporation des Règles uniformes dans leur système juridique. D'une façon générale, lors de l'adoption des Règles uniformes (ou de la Loi type), il est souhaitable d'adhérer autant que possible au texte uniforme de manière à rendre le droit national aussi transparent que possible pour les étrangers qui l'utiliseront.

III. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES[10]

A. *Fonctions de la signature*

27. L'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique se fonde sur la reconnaissance des fonctions remplies par la signature dans les échanges sur papier. Lors des travaux préparatoires ayant trait à la Loi type, le Groupe de travail a examiné les fonctions suivantes traditionnellement remplies par les signatures manuscrites: identification d'une personne; certitude quant à la participation en personne de l'intéressé dans l'acte de signature; association de cette personne avec la teneur d'un document. Il a été noté qu'en outre la signature pouvait remplir diverses fonctions, selon la nature du document signé. Par exemple, une signature peut témoigner de l'intention d'une partie d'être liée par la teneur d'un contrat signé; de l'intention d'une personne de revendiquer la paternité d'un texte (montrant ainsi qu'elle a conscience du fait que l'acte de signature peut avoir éventuellement des conséquences juridiques); de l'intention d'une personne de s'associer au contenu d'un document rédigé par quelqu'un d'autre; du fait que et du moment où une personne se trouvait en un lieu donné. La relation entre les Règles uniformes et l'article 7 de la Loi type est examinée plus avant aux paragraphes 67 et 70 à 75 ~~du présent Gu~~ide.

[10]Cette section est reprise du document A/CN.9/WG.IV/WP.71, partie I.

28. Dans un environnement électronique, l'original d'un message ne se distingue pas d'une copie, ne comporte aucune signature manuscrite et ne figure pas sur papier. Les possibilités de fraude sont énormes, du fait de la facilité qu'il y a à intercepter et modifier l'information sous forme électronique sans risque d'être détecté, ainsi que de la rapidité avec laquelle on peut traiter de multiples transactions. La finalité des diverses techniques actuellement disponibles sur le marché ou en cours de mise au point consiste à créer les possibilités techniques au moyen desquelles un certain nombre ou la totalité des fonctions perçues comme caractéristiques d'une signature manuscrite peuvent être remplies dans un contexte électronique. De manière générale, ces techniques sont qualifiées de "signatures numériques".

B. Signatures numériques et autres signatures électroniques

29. Lorsqu'elle a examiné s'il était opportun et possible d'élaborer des Règles uniformes et défini leur champ d'application, la CNUDCI a examiné les diverses techniques de signatures électroniques qui étaient utilisées ou en cours de mise au point. L'objectif commun à ces techniques est de fournir des équivalents fonctionnels à: 1) la signature manuscrite; et 2) aux autres types de mécanismes d'authentification utilisés dans le cas des documents sur papier (par exemple les sceaux ou cachets). Les mêmes techniques peuvent remplir des fonctions supplémentaires dans le domaine du commerce électronique, qui découlent des fonctions d'une signature mais où elles n'ont aucun équivalent strict dans le cas des documents papiers.

30. Ainsi qu'il a été indiqué plus haut, les gouvernements et parlements de nombreux pays qui sont en train d'élaborer une législation sur les questions relatives aux signatures électroniques, y compris la mise en place d'infrastructures à clef publique ou autres projets sur des questions étroitement liées (voir A/CN.9/457, par. 16), attendent des orientations de la CNUDCI. Quant à la décision prise par la CNUDCI de se concentrer sur les questions et sur la terminologie de la cryptographie à clef publique, il convient de noter que le jeu des relations entre trois types distincts de parties (les signataires, les prestataires de services de certification et les parties se fiant aux clefs) correspond à un modèle possible de cryptographie à clef publique, mais que d'autres modèles sont concevables (sans intervention d'une autorité de certification indépendante, par exemple). L'un des principaux avantages qu'il y a à se concentrer sur les questions relatives à la cryptographie à clef publique est que l'on peut ainsi structurer plus facilement les Règles uniformes par référence à trois fonctions (ou rôles) associées aux signatures électroniques, à savoir la fonction de signataire (émetteur de la clef ou abonné), la fonction de certification et la fonction de confiance. Ces trois fonctions sont communes dans tous les modèles de cryptographie à clef publique et il faudrait les traiter, qu'elles soient exercées par trois entités séparées ou que deux d'entre elles soient assurées par la même personne (par exemple, lorsque le prestataire de services de certification est également une partie se fiant à la clef). En outre, en se concentrant sur les fonctions typiques de la cryptographie à clef publique et non sur un modèle particulier, on parvient plus facilement à élaborer une règle tout à fait neutre sur le plan technique dans la mesure où des fonctions similaires sont remplies dans le cas d'une technique de signature électronique autre qu'une infrastructure à clef publique.

1. Signatures électroniques faisant appel à des techniques autres que la cryptographie à clef publique

31. Parallèlement aux "signatures numériques" s'appuyant sur la cryptographie fonctionnant par création d'une clef publique, il existe divers autres mécanismes, recouverts eux aussi par la notion plus large de "signatures électroniques" qui peuvent être en usage ou dont on envisage l'utilisation dans l'avenir, en vue de remplir une ou plusieurs des fonctions susmentionnées des signatures manuscrites. Par exemple, certaines techniques, pour garantir l'authentification, utiliseraient un dispositif biométrique s'appuyant sur les signatures manuscrites. Avec un tel dispositif, le signataire apposerait sa signature manuscrite à l'aide d'un stylo spécial soit sur un écran d'ordinateur, soit sur un bloc numérique. La signature manuscrite serait alors analysée par ordinateur et mise en mémoire sous forme d'un ensemble de valeurs numériques, qui pourrait être ajouté à un message de données et affiché par le destinataire aux fins d'authentification. Ce système d'authentification présupposerait que des échantillons de la signature manuscrite ont été préalablement analysés et mis en mémoire par le dispositif biométrique.

32. Peu d'informations sur les incidences techniques et juridiques de l'utilisation de dispositifs de "signatures" fondés sur des techniques autres que la cryptographie à clef publique ont été fournies au Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique lors de l'élaboration des Règles uniformes. Étant donné qu'il existe des informations préliminaires suffisantes sur les conséquences juridiques des signatures numériques, et que des projets de loi sur le sujet ont été élaborés dans un certain nombre de pays, la CNUDCI a axé ses travaux sur les questions des signatures numériques faisant appel à la cryptographie à clef publique.

33. La CNUDCI a toutefois souhaité élaborer des Règles uniformes de nature à faciliter l'utilisation aussi bien de signatures numériques que d'autres formes de signatures électroniques. À cet effet, elle a essayé de traiter les questions juridiques liées aux signatures électroniques à un niveau intermédiaire entre le caractère très général de la Loi type et le degré de détail qui peut être nécessaire dans le cas d'une signature particulière. En tout état de cause, conformément au principe de neutralité technique énoncé dans la Loi type, les Règles uniformes ne doivent pas être interprétées comme décourageant l'utilisation d'une méthode quelle qu'elle soit de signature électronique, que celle-ci existe déjà ou doive être mise en œuvre dans l'avenir.

2. Signatures numériques utilisant la cryptographie à clef publique[11]

34. Étant donné l'usage croissant des techniques de signature numérique dans un certain nombre de pays, l'introduction ci-après pourra être utile à ceux qui élaborent des lois sur les signatures électroniques.

a) *Notions et terminologie techniques*

i) Cryptographie

35. Les signatures numériques sont créées et vérifiées grâce à la cryptographie, branche des mathématiques appliquées qui s'occupe de la transformation de messages en des formes apparemment inintelligibles et de leur restitution dans leur forme initiale. Les signatures numériques utilisent ce que l'on appelle la "cryptographie à clef publique", qui est souvent basée sur l'utilisation de fonctions algorithmiques pour créer deux "clefs" (c'est-à-dire des nombres de plusieurs chiffres générés à l'aide d'une série de formules mathématiques appliquées aux nombres premiers) différentes mais mathématiquement liées entre elles. L'une de ces clefs est utilisée pour créer une signature numérique ou pour transformer des données en une forme apparemment inintelligible, et

[11] De nombreux éléments de la description du fonctionnement d'un système de signature numérique dans la présente section s'appuient sur les directives en matière de signature numérique (Digital Signature Guidelines) élaborées par l'American Bar Association, p. 8 à 17.

l'autre pour vérifier une signature numérique ou restituer le message dans sa forme initiale. Le matériel et le logiciel informatiques utilisant deux clefs de ce type sont souvent appelés collectivement "cryptosystèmes" ou, plus précisément, "cryptosystèmes asymétriques" lorsqu'ils utilisent des algorithmes asymétriques.

36. Bien que le recours à la cryptographie soit l'une des principales caractéristiques des signatures numériques, le simple fait qu'une signature numérique soit utilisée pour authentifier un message contenant des données sous forme numérique ne doit pas être assimilé à l'utilisation plus générale de la cryptographie à des fins de confidentialité. Le codage pour raison de confidentialité est une méthode utilisée pour coder une communication électronique de manière que seuls l'initiateur et le destinataire du message seront en mesure de le lire. Dans un certain nombre de pays, la loi restreint l'utilisation de la cryptographie à cette fin pour des raisons d'ordre public qui peuvent comporter des considérations de défense nationale. Cependant, l'utilisation de la cryptographie aux fins d'authentification par la création d'une signature numérique n'implique pas nécessairement le recours au codage pour garantir le caractère confidentiel d'une communication, étant donné que la signature numérique codée peut être tout simplement jointe à un message non codé.

ii) Clefs publiques et privées

37. Les clefs complémentaires utilisées pour les signatures numériques sont appelées la "clef privée", qui n'est utilisée que par le signataire pour créer la signature numérique, et la "clef publique", qui est d'ordinaire plus largement connue et est utilisée par une partie se fiant à la signature pour vérifier la signature numérique. Il appartient à l'utilisateur d'une clef privée de maintenir la clef privée secrète. On notera que l'utilisateur individuel n'a pas besoin de connaître la clef privée. Une telle clef privée est normalement conservée sur une carte à mémoire, ou est normalement accessible grâce à un numéro d'identification personnel ou, dans l'idéal, grâce à un dispositif d'identification biométrique, par exemple un dispositif de reconnaissance d'empreinte de pouce. Si plusieurs personnes ont besoin de vérifier les signatures numériques du signataire, la clef publique doit être rendue accessible ou distribuée à l'ensemble de ces personnes en la publiant, par exemple, dans un répertoire en ligne ou dans toute autre forme de répertoire public où elle est facilement accessible. Bien que les clefs de la paire soient mathématiquement liées, si un système de cryptographie asymétrique a été conçu et mis en œuvre de façon sécurisée, il est pratiquement impossible, connaissant la clef publique, de déduire la clef privée. Les algorithmes les plus courants de chiffrement par utilisation de clefs publiques et privées reposent sur une caractéristique importante des grands nombres premiers: une fois multipliés ensemble pour produire un nouveau nombre, il est particulièrement difficile et long de déterminer les deux nombres premiers qui ont créé ce nouveau nombre plus important[12]. Ainsi, bien que de nombreuses personnes connaissent la clef publique d'un signataire donné et l'utilisent pour vérifier les signatures de ce signataire, elles ne peuvent découvrir la clef privée de ce signataire et l'utiliser pour falsifier des signatures numériques.

[12]Certaines normes existantes telles que les directives concernant les signatures électroniques de l'American Bar Association contiennent la notion d'"irréalisabilité informatique" pour décrire l'irréversibilité escomptée du processus, c'est-à-dire l'espoir qu'il sera impossible de déduire la clef privée secrète d'un utilisateur à partir de sa clef publique. "Irréalisable par des moyens informatiques" est un concept relatif fondé sur la valeur des données protégées, l'infrastructure informatique requise pour les protéger, le temps nécessaire pour les protéger, ainsi que le coût et le temps nécessaires pour attaquer les données, ces facteurs étant évalués tant en fonction de la situation actuelle que des futurs progrès technologiques" (directives concernant les signatures électroniques de l'American Bar Association, p. 9, note 23).

38. On notera, cependant, que le concept de cryptographie à clef publique ne nécessite pas forcément l'utilisation des algorithmes susmentionnés, fondés sur des nombres premiers. On utilise ou l'on met au point actuellement d'autres techniques mathématiques telles que des systèmes de cryptographie fondés sur des courbes elliptiques, souvent décrits comme offrant un niveau élevé de sécurité grâce à l'utilisation de longueurs de clefs considérablement réduites.

iii) Fonction de hachage

39. Outre la production de paires de clefs, un autre processus fondamental, généralement appelé "fonction de hachage", est utilisé à la fois pour créer et pour vérifier une signature numérique. Une fonction de hachage est un processus mathématique fondé sur un algorithme, qui crée une représentation numérique, ou forme comprimée du message souvent appelée "abrégé" ou "empreinte digitale", et qui prend la forme d'une "valeur de hachage" ou d'un "résultat de hachage" d'une longueur normalisée généralement bien plus courte que le message lui-même mais qui lui est néanmoins unique. Toute modification apportée au message produit inévitablement un résultat de hachage différent lorsqu'on utilise la même fonction de hachage. Dans le cas d'une fonction de hachage sécurisée, parfois appelée "fonction de hachage unidirectionnelle", il est pratiquement impossible, connaissant la valeur de hachage, de déduire le message initial. Les fonctions de hachage permettent donc au programme de création de signatures numériques d'opérer sur des volumes de données limités et prévisibles tout en établissant une solide corrélation avec la teneur du message initial, ce qui lui permet d'assurer qu'aucune modification n'a été apportée au message depuis que ce dernier a été signé sous forme numérique.

iv) Signature numérique

40. Pour signer un document ou toute autre information, le signataire commence par définir précisément les limites de ce qu'il doit signer. Ensuite, une fonction de hachage opérant dans le programme du signataire calcule un résultat de hachage propre (à toutes fins pratiques) à l'information qui doit être signée. Le programme du signataire transforme ensuite le résultat de hachage en une signature numérique à l'aide de la clef privée du signataire. La signature numérique résultante est par conséquent propre à la fois à l'information signée et à la clef privée utilisée pour créer la signature numérique.

41. Généralement, une signature numérique (un résultat de hachage signé numériquement) est attachée au message et stockée ou transmise avec ce message. Cependant, elle peut également être envoyée ou stockée comme élément de données distinct, aussi longtemps qu'elle maintient une association fiable avec le message correspondant. Étant donné qu'une signature numérique est propre à son message, elle est inutile si on la dissocie de façon permanente dudit message.

v) Vérification de la signature numérique

42. La vérification de la signature numérique consiste à vérifier la signature numérique par rapport au message initial et à une clef publique donnée, et à déterminer de cette façon si la signature numérique a été créée pour ce même message à l'aide de la clef privée correspondant à la clef publique référencée. La vérification d'une signature numérique s'effectue en calculant un nouveau résultat de hachage du message initial au moyen de la fonction de hachage utilisée pour créer la signature numérique. Ensuite, à l'aide de la clef publique et du nouveau résultat de hachage, le contrôleur vérifie si la signature numérique a été créée à l'aide de la clef privée correspondante, et si le résultat de hachage nouvellement calculé correspond au résultat de hachage initial qui a été transformé en signature numérique au cours du processus de signature.

43. Le programme de vérification confirmera la signature numérique comme étant "vérifiée": 1) si la clef privée du signataire a été utilisée pour signer numériquement le message, ce qui est révélé si la clef publique du signataire a été utilisée pour vérifier la signature étant donné que la clef publique du signataire permettra de vérifier uniquement une signature numérique créée à l'aide de la clef privée du signataire; et 2) si le message ne subit aucune modification, ce qui est révélé si le résultat de hachage calculé par la personne chargée de la vérification est identique au résultat de hachage extrait de la signature numérique lors du processus de vérification.

b) Infrastructure à clef publique et prestataires de services de certification

44. Pour vérifier une signature numérique, le vérificateur doit avoir accès à la clef publique du signataire et s'assurer que celle-ci correspond bien à la clef privée du signataire. Cependant, une paire de clefs publique et privée n'a aucune association intrinsèque avec une personne quelconque; il s'agit simplement d'une paire de nombres. Un mécanisme supplémentaire est nécessaire pour associer de manière fiable une personne ou une entité particulière à la paire de clefs. Si l'on veut que le chiffrement à clef publique remplisse sa fonction, il faut trouver un moyen d'envoyer les clefs à un grand nombre de personnes, dont beaucoup sont inconnues de l'expéditeur, et alors même qu'aucune relation de confiance ne s'est forgée entre les parties. Pour ce faire, les parties concernées doivent avoir une très grande confiance dans les clefs publiques et privées émises.

45. Le degré requis de confiance peut exister entre deux parties qui se font confiance, qui ont traité l'une avec l'autre sur une certaine durée, qui communiquent sur des systèmes fermés, qui fonctionnent à l'intérieur d'un groupe fermé, ou dont les relations sont régies par contrat — par exemple dans le cadre d'un accord entre partenaires commerciaux. Si une transaction ne fait intervenir que deux parties, chaque partie peut simplement communiquer (par un moyen relativement sûr tel qu'un coursier ou un téléphone, qui permet la reconnaissance de voix) la clef publique de la paire de clefs que chaque partie utilisera. Cependant, il se peut que le même degré de confiance soit absent lorsque les parties ont peu affaire l'une à l'autre, communiquent sur des systèmes ouverts (par exemple l'Internet), ne font pas partie d'un groupe fermé, n'ont pas conclu d'accord entre partenaires commerciaux ou lorsque leur relation n'est pas régie par un droit particulier.

46. En outre, étant donné que le chiffrement à clef publique est une technique hautement mathématique, tous les utilisateurs doivent avoir confiance dans les compétences, les connaissances et les dispositifs de sécurité des parties émettant les clefs publiques et privées[13].

47. Un signataire éventuel pourrait faire une déclaration publique indiquant que les signatures vérifiables au moyen d'une clef publique donnée devraient être considérées comme provenant de lui. Cependant, d'autres parties pourraient refuser d'accepter cette déclaration, en particulier lorsqu'il n'existe aucun contrat préalable établissant avec certitude l'effet juridique de ladite déclaration. Une partie se fiant à une telle déclaration non étayée publiée dans un système ouvert courrait alors un risque important de faire confiance, à son insu, à un imposteur ou d'avoir à établir qu'il n'y a pas eu refus de signature numérique (point souvent appelé "non-répudiation") dans les cas où une transaction s'avérerait défavorable pour le signataire supposé.

[13]Dans des situations où les clefs cryptographiques publiques et privées seraient émises par les utilisateurs eux-mêmes, cette confiance pourrait devoir être conférée par les certificateurs de clefs publiques.

48. L'une des solutions à ce problème consiste à recourir à un ou plusieurs tiers à qui l'on fait toute confiance pour associer un signataire identifié ou le nom de ce signataire à une clef publique spécifique. Cette tierce partie est généralement appelée, dans la plupart des normes et directives techniques, "autorité de certification", "fournisseur de services de certification" ou "prestataire de services de certification" (dans les Règles uniformes, c'est l'expression "prestataire de services de certification" qui a été retenue). Dans plusieurs pays, ces autorités de certification s'organisent de façon hiérarchique en ce que l'on appelle souvent une infrastructure à clef publique.

i) Infrastructure à clef publique

49. La création d'une infrastructure à clef publique est un moyen d'inspirer confiance dans le fait que: 1) la clef publique de l'utilisateur n'a pas été falsifiée et correspond effectivement à la clef privée de l'utilisateur; 2) les techniques de chiffrement utilisées sont bonnes; 3) on peut faire confiance aux entités délivrant les clefs cryptographiques pour préserver ou recréer les clefs publiques et privées susceptibles d'être utilisées pour le chiffrement, afin d'assurer la confidentialité lorsque le recours à cette technique est autorisé; 4) les différents systèmes de chiffrement sont compatibles. Pour inspirer cette confiance, l'infrastructure à clef publique peut offrir un certain nombre de services, dont les suivants: 1) la gestion des clefs cryptographiques utilisées pour les signatures numériques; 2) l'assurance qu'une clef publique correspond bien à une clef privée; 3) la communication des clefs aux utilisateurs finaux; 4) la décision selon laquelle tel ou tel utilisateur se verra conférer tel ou tel privilège dans le système; 5) la publication d'un répertoire sécurisé des clefs publiques ou des certificats; 6) la gestion des jetons personnalisés (par exemple les cartes à mémoire) capables d'identifier l'utilisateur au moyen d'éléments d'identification personnels propres à l'intéressé ou capables de créer et de garder en mémoire les clefs privées d'un individu; 7) la vérification de l'identité des utilisateurs finaux et l'offre de services à ces derniers; 8) l'offre de services de non-répudiation; 9) l'offre de services de marquage; 10) la gestion des clefs de chiffrement utilisées pour le chiffrement de confidentialité lorsque le recours à cette technique est autorisé.

50. L'infrastructure à clef publique s'appuie souvent sur divers niveaux d'autorité. Par exemple, les modèles envisagés dans certains pays pour établir une éventuelle infrastructure se réfèrent notamment aux niveaux d'autorité suivants: 1) une "autorité centrale" unique, qui homologuerait la technologie et les pratiques de toutes les parties autorisées à utiliser les paires de clefs cryptographiques ou de certificats permettant l'utilisation de ces paires de clefs, et qui homologuerait les prestataires de services de certification subordonnés[14]; 2) divers prestataires de services de certification, situés en dessous de "l'autorité centrale", qui garantiraient que la clef publique d'un utilisateur correspond effectivement à la clef privée de cet utilisateur (autrement dit, que la clef n'a pas été manipulée); et 3) diverses autorités locales d'enregistrement placées sous les prestataires de services de certification et chargées de répondre aux demandes des utilisateurs de se voir attribuer des paires de clefs cryptographiques ou un certificat relatif à l'utilisation de ces paires de clefs et chargées d'exiger une preuve d'identité et de vérifier l'identité d'utilisateurs éventuels. Dans certains pays, il est envisagé de confier aux notaires la fonction d'autorité locale d'enregistrement, ou tout au moins d'apporter leur concours à cette fonction.

51. Il se peut que les questions d'infrastructure à clef publique ne se prêtent pas aisément à une harmonisation internationale. En effet, l'organisation d'une infrastructure à clef publique peut faire

[14]La question de savoir si un gouvernement devrait avoir la capacité technique de conserver ou de recréer des clefs de confidentialité privées pourra être traitée au niveau de l'autorité centrale.

intervenir diverses questions techniques ainsi que l'action des pouvoirs publics, questions qu'il est peut-être préférable de laisser à la discrétion de chaque État[15]. À cet égard, chaque État devra peut-être prendre des décisions relatives à l'établissement d'une infrastructure à clef publique, concernant notamment les éléments suivants: 1) la modalité et le nombre de niveaux d'autorité devant constituer l'infrastructure à clef publique; 2) la question de savoir si certaines autorités appartenant à l'infrastructure devraient être autorisées à délivrer les paires de clefs cryptographiques ou si ces paires de clefs peuvent être créées par les utilisateurs eux-mêmes; 3) la question de savoir si les prestataires de services de certification garantissant la validité des paires de clefs cryptographiques devraient être des entités publiques ou si des entités privées pourraient agir en cette qualité; 4) la question de savoir si le processus par lequel on autorise une entité donnée à agir en qualité d'autorité de certification devrait se faire sous forme d'autorisation expresse, ou d'octroi d'une "licence" par l'État, ou si d'autres méthodes devraient être utilisées pour veiller à la qualité des prestataires de services de certification si ceux-ci sont autorisés à opérer en l'absence d'une autorisation spécifique; 5) la mesure dans laquelle une utilisation de la cryptographie devrait être autorisée à des fins de confidentialité; et 6) la question de savoir si l'État doit conserver l'accès à l'information chiffrée, au moyen d'un mécanisme de "blocage" de la clef ou autrement. Les Règles uniformes ne traitent pas de ces questions.

ii) Prestataires de services de certification

52. Pour associer une paire de clefs avec un signataire éventuel, le prestataire de services de certification délivre un certificat, enregistrement électronique qui précise la clef publique ainsi que le nom du détenteur du certificat comme "sujet" du certificat et qui peut confirmer que le signataire éventuel identifié dans le certificat détient la clef privée correspondante. La fonction essentielle d'un certificat est d'associer une clef publique à un détenteur précis. Un "destinataire" du certificat souhaitant se fier à une signature numérique créée par le détenteur cité dans le certificat peut utiliser la clef publique figurant dans le certificat pour vérifier que la signature numérique a bel et bien été créée avec la clef privée correspondante. Si cette vérification est positive, le destinataire est assuré que la signature numérique a effectivement été créée par le détenteur de la clef publique citée dans le certificat, et que le message correspondant n'a pas été modifié depuis qu'on y a apposé une signature numérique.

53. Pour assurer l'authenticité du certificat s'agissant tant de sa teneur que de sa source, l'autorité de certification y appose une signature numérique. La signature numérique de l'autorité de certification qui délivre le certificat peut être vérifiée au moyen de la clef publique de l'autorité de certification figurant sur un autre certificat délivré par une autre autorité de certification (qui peut être, mais n'est pas nécessairement, une autorité hiérarchique supérieure), et cet autre certificat peut à son tour être identifié par la clef publique figurant sur un autre certificat encore, et ainsi de suite, jusqu'à ce que la personne devant s'assurer de la signature numérique soit convaincue de son authenticité. Dans chaque cas, l'autorité de certification délivrant le certificat doit apposer une signature numérique sur son propre certificat pendant la période de validité de l'autre certificat utilisé pour vérifier la signature numérique de l'autorité de certification.

54. Une signature numérique correspondant à un message, qu'elle soit créée par le détenteur de la paire de clefs pour identifier un message ou par l'autorité de certification pour authentifier son certificat, devrait généralement être datée pour permettre au vérificateur de déterminer de manière fiable si la signature numérique a bien été créée pendant la "période de validité" citée dans le certificat, ce qui est l'une des conditions permettant de vérifier une signature numérique.

55. Pour que la clef publique — et son association à un détenteur spécifique — soit aisément disponible pour vérification, le certificat peut être publié dans un répertoire ou mis à disposition par d'autres moyens. Généralement, les répertoires sont des bases de données en ligne regroupant des certificats et d'autres informations disponibles pouvant être appelés et utilisés pour vérifier la signature numérique.

56. Une fois délivré, un certificat peut se révéler sujet à caution, par exemple si le détenteur a donné une fausse identité à l'autorité de certification. Dans d'autres circonstances, un certificat peut être fiable au moment où il est délivré, mais devenir sujet à caution par la suite. Si la clef privée est "compromise", par exemple parce que le détenteur de la clef privée en a perdu le contrôle, le certificat peut perdre sa fiabilité. Alors, l'autorité de certification (à la demande du détenteur ou même sans son consentement, selon les circonstances) peut suspendre (interrompre provisoirement la période de validité) ou révoquer (annuler de manière permanente) le certificat. Dès la suspension ou la révocation d'un certificat, l'autorité de certification doit généralement publier une notification de la révocation ou de la suspension ou notifier les personnes qui l'interrogent ou dont on sait qu'elles ont reçu une signature numérique vérifiable au moyen du certificat douteux.

57. On peut concevoir que les autorités de certification relèvent des pouvoirs publics ou bien de prestataires de services du secteur privé. Dans certains pays, on envisage, pour des raisons d'ordre public, que seuls des organismes d'État soient autorisés à faire office d'autorité de certification. Dans d'autres, on considère que les services de certification doivent faire l'objet d'une libre concurrence sur le marché privé. Indépendamment du fait que les autorités de certification relèvent d'organismes publics ou de prestataires de services privés, et du fait qu'elles aient ou non besoin de se faire délivrer une licence pour fonctionner, il existe, généralement, plus d'une autorité de certification fonctionnant dans l'infrastructure à clef publique. Tout particulièrement importante est la relation qui existe entre les différentes autorités de certification. Les autorités de certification d'une infrastructure à clef publique peuvent être établies en une structure hiérarchique où certaines autorités de certification ne font que vérifier d'autres autorités de certification qui assurent les services directement aux usagers. Dans une telle structure, les autorités de certification sont subordonnées à d'autres. Dans d'autres structures envisageables, certaines autorités de certification peuvent fonctionner sur un pied d'égalité avec d'autres autorités de certification. Dans toute infrastructure importante il y aura vraisemblablement des autorités de certification subordonnées et supérieures. En tout état de cause, en l'absence d'une infrastructure internationale, un certain nombre de questions peuvent se poser s'agissant de la reconnaissance des certificats par les autorités de certification d'autres pays. La reconnaissance de certificats étrangers s'effectue souvent au moyen de ce que l'on appelle une "certification croisée". En pareil cas, il est indispensable que des autorités de certification pour l'essentiel égales (ou acceptant tout au moins de prendre certains risques s'agissant des certificats délivrés par d'autres autorités de certification) reconnaissent les services assurés par l'une et l'autre, de sorte que leurs usagers respectifs puissent communiquer entre eux de manière plus efficace et en accordant une plus grande confiance aux certificats émis.

58. Des questions juridiques peuvent se poser dans le cadre de la certification croisée ou des certificats en chaîne lorsque des politiques de sécurité multiples entrent en jeu. Il peut s'agir notamment de déterminer quel méfait a causé une perte ou à qui l'usager s'est fié. On notera que les règles juridiques envisagées

[15]Dans le contexte d'une certification croisée, cependant, il faudrait, pour assurer une compatibilité internationale, que toutes les infrastructures à clef publique établies dans différents pays puissent communiquer entre elles.

dans certains pays disposent que, là où les politiques en vigueur et les questions de sécurité sont connues des usagers, et où n'existe aucune négligence de la part des autorités de certification, aucune responsabilité ne peut être engagée.

59. Il peut incomber à l'autorité de certification ou à l'autorité centrale de veiller à ce que ces prescriptions soient systématiquement respectées. Si la sélection des autorités de certification peut se faire en fonction d'un certain nombre de facteurs, dont la solidité de la clef publique utilisée et l'identité de l'usager, la crédibilité de toute autorité de certification peut également dépendre de son respect des normes de délivrance de certificats et de la justesse de son évaluation des données communiquées par les usagers qui demandent le certificat. D'une importance toute particulière est le régime de responsabilité s'appliquant à l'autorité de certification s'agissant de son respect des prescriptions en matière de politique générale et de sécurité édictées par l'autorité centrale ou par l'autorité de certification supérieure, ou de toute autre prescription applicable, et ce de manière permanente.

60. Lors de l'élaboration des Règles uniformes, il a été considéré qu'il fallait tenir compte, lorsqu'on évalue la fiabilité d'une autorité de certification, des facteurs suivants: 1) l'indépendance (c'est-à-dire l'absence d'intérêts financiers ou autres dans les transactions en jeu; 2) les ressources et moyens financiers permettant d'assumer le risque de voir sa responsabilité mise en cause en cas de perte; 3) la maîtrise de la technologie des clefs publiques et la familiarité avec les procédures de sécurité concernées; 4) la durée (les autorités de certification peuvent en effet être amenées à donner des preuves de certification ou à décrypter des clefs plusieurs années après la fin de la transaction, par exemple dans le cadre d'une action en justice ou d'un litige relatif à la propriété); 5) l'homologation du matériel et du logiciel; 6) la mise en place d'une vérification à rebours et la vérification par une entité indépendante; 7) l'existence d'un plan d'urgence (par exemple un logiciel de "récupération catastrophe" ou un mécanisme de "blocage" de la clef); 8) la sélection et la gestion du personnel; 9) le dispositif de protection s'agissant de la clef privée de l'autorité de certification; 10) la sécurité interne; 11) les arrangements pour la fin des opérations, y compris la notification aux utilisateurs; 12) les garanties et responsabilités (consenties ou exclues); 13) les limites de responsabilité; 14) l'assurance; 15) la compatibilité avec d'autres autorités de certification; 16) les procédures de révocation (dans les cas où les clefs cryptographiques viendraient à être perdues ou compromises).

c) *Résumé du processus de signature numérique*

61. L'utilisation d'une signature numérique met habituellement en jeu les processus suivants, effectués soit par le signataire, soit par le destinataire du message signé numériquement:

1) L'utilisateur crée ou se voit attribuer une paire de clefs cryptographiques qui lui est propre;

2) L'expéditeur rédige un message (par exemple sous forme d'un courrier électronique) sur l'ordinateur;

3) L'expéditeur prépare un "abrégé" de son message à l'aide d'un calcul algorithmique sûr. La création de la signature numérique utilise un résultat de hachage calculé à partir à la fois du message signé et d'une clef privée donnée et qui leur est unique. Pour assurer la sûreté du résultat du calcul, il est impératif qu'il n'y ait qu'une possibilité infime que la même signature numérique puisse être créée par la combinaison de tout autre message ou de toute autre clef;

4) L'expéditeur chiffre l'abrégé du message à l'aide de la clef privée. Celle-ci s'applique à l'abrégé du message à l'aide d'un algorithme mathématique. La signature numérique est constituée par l'abrégé du message ainsi chiffré;

5) L'expéditeur appose ou annexe généralement sa signature numérique au message;

6) L'expéditeur envoie sa signature numérique et le message (chiffré ou non) au destinataire par voie électronique;

7) Le destinataire utilise la clef publique de l'émetteur pour vérifier la signature numérique de l'expéditeur. La vérification à l'aide de la clef publique de l'expéditeur prouve que le message provient exclusivement dudit expéditeur;

8) Le destinataire crée lui aussi un "abrégé du message" à l'aide du même algorithme;

9) Le destinataire compare les deux abrégés de message. S'ils sont identiques, le destinataire sait que le message n'a pas été modifié après avoir été signé. Même si le message a subi une très légère modification après avoir reçu une signature numérique, l'abrégé de message créé par le destinataire sera différent de celui créé par l'expéditeur;

10) Le destinataire se voit délivrer par l'autorité de certification (ou par l'intermédiaire de l'expéditeur du message) un certificat qui confirme la signature numérique apposée au message de l'expéditeur. L'autorité de certification est généralement un tiers inspirant toute confiance, qui administre la certification du système de signature numérique. Le certificat comporte la clef publique et le nom de l'expéditeur (éventuellement accompagnés de renseignements complémentaires) signés numériquement par l'autorité de certification.

IV. PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DES RÈGLES UNIFORMES

A. Nature législative des Règles uniformes

62. Les Règles uniformes ont été préparées en partant du principe qu'elles devraient s'inspirer directement de l'article 7 de la Loi type et devraient être considérées comme un moyen de donner des renseignements précis sur le concept de "méthode fiable" utilisé pour identifier "une personne" et pour indiquer "qu'elle approuve l'information" contenue dans le message de données (voir A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 49).

63. La question de la forme que pourrait prendre le projet de Règles uniformes a été soulevée, et on a noté la nécessité d'étudier la relation entre la forme et le contenu. Différentes méthodes ont été proposées quant à ce que pourrait être cette forme, y compris des règles contractuelles, des dispositions législatives ou des principes directeurs destinés aux États envisageant d'adopter une législation sur les signatures électroniques. Il a été convenu, comme hypothèse de travail, que les Règles uniformes devraient prendre la forme de règles législatives assorties de commentaires, et non simplement de principes directeurs (voir A/CN.9/437, par. 27; A/CN.9/446, par. 25; et A/CN.9/457, par. 51 et 72).

B. Relations avec la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique

1. Règles uniformes constituant un instrument juridique distinct

64. Les Règles uniformes auraient pu être incorporées dans une version augmentée de la Loi type, par exemple pour former une nouvelle troisième partie. Afin d'indiquer clairement que les Règles uniformes pourraient être adoptées soit de façon indépendante, soit en combinaison avec la Loi type, il a été finalement décidé que les Règles uniformes devraient constituer un instrument juridique distinct (voir A/CN.9/465, par. 37). Cette décision découle essentiellement du fait qu'au moment de l'établissement

de la version définitive des Règles uniformes la Loi type avait déjà été appliquée avec succès dans plusieurs pays et que de nombreux autres envisageaient de l'adopter. L'élaboration d'une version augmentée de la Loi type aurait pu compromettre le succès de la version originale en donnant à penser qu'il était nécessaire d'améliorer ce texte au moyen d'une mise à jour. En outre, l'élaboration d'une nouvelle version de la Loi type aurait pu introduire une confusion dans les pays qui l'avaient récemment adoptée.

2. *Règles uniformes pleinement conformes à la Loi type*

65. Lors de l'élaboration des Règles uniformes, tout a été mis en œuvre pour assurer une cohérence aussi bien avec le fond qu'avec la terminologie de la Loi type (voir A/CN.9/465, par. 37). Les dispositions générales de la Loi type ont été reproduites dans les Règles uniformes. Il s'agit de l'article premier (Champ d'application); des alinéas *a*, *c* et *d* de l'article 2 (Définitions de "message de données", "expéditeur" et "destinataire"), et des articles 3 (Interprétation), 4 (Dérogation conventionnelle) et 7 (Signature) de la Loi type.

66. 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 (A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 16). 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).

3. *Relations avec l'article 7 de la Loi type*

67. Lors de l'élaboration des Règles uniformes, il a été exprimé l'avis que la référence à l'article 7 de la Loi type dans le texte de l'article 6 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 est 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". En fait, le champ d'application tant de l'article 7 de la Loi type que de l'article 6 des Règles uniformes est 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 (A/CN.9/465, par. 67).

C. *Règles "cadres" devant être complétées par des règlements techniques et par contrat*

68. En tant que supplément à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, les Règles uniformes ont pour objet de proposer des principes essentiels devant faciliter l'utilisation des signatures électroniques. Cependant, en tant que "cadre", les Règles uniformes elles-mêmes n'énoncent pas toutes les règles et tous les règlements qui peuvent être nécessaires (en sus des arrangements contractuels entre utilisateurs) pour appliquer ces techniques dans un État adoptant. Qui plus est, comme l'indique le présent Guide, les Règles uniformes n'ont pas pour objet de couvrir chaque aspect de l'utilisation des signatures électroniques. En conséquence, un État adoptant pourra souhaiter adopter des règlements destinés à compléter les procédures autorisées par les Règles uniformes et à prendre en compte les conditions particulières, éventuellement changeantes, prévalant dans l'État adoptant, sans compromettre les objectifs des Règles uniformes. Il est recommandé à tout État adoptant qui déciderait d'adopter une telle réglementation d'accorder une attention particulière à la nécessité de maintenir une certaine souplesse dans l'utilisation des systèmes de signature électronique par leurs utilisateurs.

69. On notera que les techniques de signature électronique envisagées dans les Règles uniformes, outre qu'elles soulèvent des questions de procédure qui pourront devoir être traitées dans les règles techniques d'application, peuvent soulever certaines questions juridiques dont la réponse ne se trouvera pas nécessairement dans les Règles uniformes, mais plutôt dans d'autres textes de loi. Ces autres textes de loi pourront inclure, par exemple, les textes de procédure administrative, contractuelle, pénale et judiciaire applicables que les Règles uniformes n'ont pas pour vocation de traiter.

D. *Certitude supplémentaire quant aux effets juridiques des signatures électroniques*

70. L'une des principales caractéristiques des Règles uniformes est de conférer davantage de certitude à l'application des critères souples énoncés à l'article 7 de la Loi type s'agissant de la reconnaissance d'une signature électronique comme équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite.

L'article 7 de la Loi type est rédigé 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 est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière.

2. Le paragraphe 1 s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences s'il n'y a pas de signature.

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

71. L'article 7 se fonde sur la reconnaissance des fonctions remplies par la signature dans les échanges sur papier. Lors de l'élaboration de la Loi type, les fonctions ci-après d'une signature ont été envisagées: identifier une personne; apporter la certitude de la participation personnelle de cette personne à l'acte de signer; associer cette personne à la teneur d'un document. On a noté que la signature pouvait en outre remplir diverses autres fonctions, selon la nature du document. Par exemple, elle pouvait attester l'intention d'une partie d'être liée par le contrat qu'elle avait signé; l'intention d'une personne de revendiquer la paternité d'un texte; l'intention d'une personne de s'associer à la teneur d'un document écrit par quelqu'un d'autre; le fait qu'une personne s'était rendue en un lieu donné, à une heure donnée.

72. Afin de garantir qu'un message devant être authentifié ne puisse se voir refuser valeur juridique du simple fait qu'il n'a pas été authentifié de la manière voulue pour les documents sur papier, une formule générale a été retenue pour l'article 7. Cet article définit les conditions générales dans lesquelles les messages de données seraient réputés authentifiés avec suffisamment de crédibilité et seraient opposables au vu des exigences en matière de signature entravant actuellement le commerce électronique. L'article 7 s'attache aux deux fonctions essentielles d'une signature, à savoir l'identification de l'auteur d'un document et la confirmation que l'auteur approuve la teneur dudit document. Le paragraphe 1 *a* énonce le principe selon lequel, pour les messages électroniques, les fonctions juridiques essentielles d'une signature sont respectées par une méthode qui permet d'identifier l'expéditeur d'un message de données et de confirmer que l'expéditeur approuve la teneur de ce message de données.

73. Le paragraphe 1 *b* institue une approche souple en ce qui concerne le degré de fiabilité que doit garantir la méthode d'identification utilisée au paragraphe 1 *a*. La méthode utilisée en vertu du paragraphe 1 *a* devrait être aussi fiable que cela est approprié au vu de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris tout accord entre l'expéditeur et le destinataire du message de données.

74. Pour déterminer si la méthode utilisée en vertu du paragraphe 1 est appropriée, les facteurs juridiques, techniques et commerciaux à prendre en considération sont les suivants: 1) le degré de perfectionnement du matériel utilisé par chacune des parties; 2) la nature de leur activité commerciale; 3) la fréquence avec laquelle elles effectuent entre elles des opérations commerciales; 4) la nature et l'ampleur de l'opération; 5) le statut et la fonction de la signature dans un régime législatif et réglementaire donné; 6) la capacité des systèmes de communication; 7) les procédures d'authentification proposées par les opérateurs des systèmes de communication; 8) la série de procédures d'authentification communiquée par un intermédiaire; 9) l'observation des coutumes et pratiques commerciales; 10) l'existence de mécanismes d'assurance contre les messages non autorisés; 11) l'importance et la valeur de l'information contenue dans le message de données; 12) la disponibilité d'autres méthodes d'identification et le coût de leur mise en œuvre; 13) le degré d'acceptation ou de non-acceptation de la méthode d'identification dans le secteur ou domaine pertinent, tant au moment où la méthode a été convenue qu'à celui où le message de données a été communiqué; et 14) tout autre facteur pertinent (*Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, par. 53 et 56 à 58).

75. S'appuyant sur l'exigence souple exprimée à l'article 7-1 *b* de la Loi type, les articles 6 et 7 des Règles uniformes établissent un mécanisme par lequel les signatures électroniques qui satisfont à des critères objectifs de fiabilité technique peuvent bénéficier d'une détermination rapide quant à leur production d'effets juridiques. Les Règles uniformes ont pour effet de reconnaître deux catégories de signatures électroniques. La première catégorie, qui est la plus vaste, est celle décrite à l'article 7 de la Loi type. Elle comprend toute "méthode" pouvant être utilisée pour satisfaire à une exigence légale de signature manuscrite. Les effets juridiques d'une telle "méthode" comme équivalent d'une signature manuscrite dépendent de la démonstration de sa fiabilité à un juge des faits. La seconde catégorie, plus étroite, est celle créée par les Règles uniformes. Elle comprend des méthodes de signature électronique qui peuvent être reconnues par une autorité publique, une entité privée accréditée, ou les parties elles-mêmes comme satisfaisant aux exigences de fiabilité technique énoncées dans les Règles uniformes. L'avantage d'une telle reconnaissance est qu'elle apporte aux utilisateurs de ces méthodes de signature électronique (parfois appelées "renforcées", "sécurisées" ou "qualifiées") une certitude avant que ceux-ci n'utilisent effectivement lesdites techniques.

E. Règles fondamentales de conduite applicables aux parties concernées

76. Les Règles uniformes ne traitent pas en détail des questions de responsabilité qui peuvent intéresser les différentes parties prenant part au fonctionnement de systèmes de signature électronique. Ces questions relèvent de la loi applicable en dehors des Règles uniformes. Cependant, les Règles uniformes fixent des critères permettant d'évaluer la conduite desdites parties, c'est-à-dire le signataire, la partie se fiant à la signature et le prestataire de services de certification.

77. Quant au signataire, les Règles uniformes partent du principe de base qu'il doit prendre des dispositions raisonnables à l'égard de son dispositif de signature électronique. Le signataire doit normalement prendre des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de ce dispositif. Lorsque le signataire sait ou aurait dû savoir que le dispositif de signature a été compromis, il doit en informer sans tarder toute personne dont on peut raisonnablement penser qu'elle se fiera à la signature électronique ou offrira des services étayant cette signature. Lorsqu'un certificat est utilisé pour étayer la signature électronique, le signataire doit prendre des dispositions raisonnables pour garantir l'exactitude et l'exhaustivité de toutes les déclarations essentielles faites par lui en rapport avec le certificat.

78. Une partie se fiant à la signature doit prendre des mesures raisonnables pour vérifier la fiabilité d'une signature électronique. Lorsque la signature électronique est étayée par un certificat, la partie se fiant à la signature doit prendre des mesures raisonnables pour vérifier la validité, la suspension ou la révocation du certificat, et tenir compte de toute restriction concernant le certificat.

79. Il incombe, en règle générale, à un prestataire de services de certification d'utiliser des systèmes, des procédures et des ressources humaines fiables et d'agir en conformité avec les déclarations qu'il fait s'agissant de sa politique et de ses pratiques. En outre, le prestataire de services de certification doit prendre des dispositions raisonnables pour garantir l'exactitude et l'exhaustivité de toutes les déclarations essentielles faites par lui en rapport avec le certificat. Dans le certificat, le prestataire doit fournir des renseignements essentiels permettant à la partie se fiant à la signature d'identifier le prestataire. Il doit également déclarer: 1) que la personne qui est identifiée dans le certificat contrôlait le dispositif de signature au moment de la signature; et 2) que le dispositif de signature était opérationnel à la date ou avant la date à laquelle le certificat a été émis. Lorsqu'il traite avec la partie se fiant à la signature, le prestataire de services de certification doit fournir des renseignements supplémentaires concernant: 1) la méthode utilisée pour identifier le signataire; 2) toute restriction apportée à l'objet ou à la valeur pour lequel ou laquelle le dispositif de signature ou le certificat peut être utilisé; 3) l'état opérationnel du dispositif de signature; 4) toute restriction apportée au champ d'application ou à la portée de la responsabilité du prestataire de services de certification; 5) le fait de savoir si le signataire a ou non les moyens de notifier qu'un dispositif de signature a été compromis; et 6) le fait de savoir si un service de révocation rapide est offert ou non.

80. Pour faciliter l'évaluation de la fiabilité des systèmes, des procédures et des ressources humaines utilisés par le prestataire de services de certification, les Règles uniformes fournissent une liste non exhaustive de facteurs indicatifs.

F. Un cadre neutre quant aux techniques employées

81. Compte tenu de la rapidité des progrès techniques, les Règles uniformes prévoient la reconnaissance juridique des signatures électroniques quelles que soient les techniques employées (signatures numériques recourant à la cryptographie asymétrique ou biométrie, par exemple).

V. ASSISTANCE OFFERTE PAR LE SECRÉTARIAT DE LA CNUDCI

A. Aide à l'élaboration d'une législation

82. Dans le cadre de ses activités de formation et d'assistance, le secrétariat de la CNUDCI aide les États, par des consultations techniques, à élaborer une législation sur la base des Règles uniformes de la CNUDCI sur les signatures électroniques. La même assistance est offerte aux États qui envisagent d'adopter une législation fondée sur d'autres lois types de la CNUDCI, ou qui envisagent d'adhérer à l'une des conventions sur le droit commercial international élaborées par la CNUDCI.

83. Pour tout renseignement complémentaire concernant les Règles uniformes et les autres lois types et conventions élaborées par la CNUDCI, on peut s'adresser au secrétariat à l'adresse suivante:

Service du droit commercial international,
Bureau des affaires juridiques
Organisation des Nations Unies
Centre international de Vienne
B.P. 500
A-1400 Vienne (Autriche)
Téléphone: (+43-1) 26060-4060 ou 4061
Télécopie: (+43-1) 26060-5813
Adresse électronique: uncitral@uncitral.org
Site Internet: http://www.uncitral.org

B. Renseignements sur l'interprétation des textes législatifs fondés sur les Règles uniformes

84. Le secrétariat souhaiterait recevoir toute observation concernant les Règles uniformes et le Guide, ainsi que des renseignements concernant l'incorporation des textes législatifs fondés sur les Règles uniformes. Une fois incorporées, les Règles uniformes seront incluses dans le système d'information sur la jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI, qui rassemble et diffuse des informations sur la jurisprudence relative aux conventions et lois types émanant de la CNUDCI. Ce système a pour objet de faire connaître au niveau international les textes législatifs élaborés par la CNUDCI et de faciliter leur interprétation et leur application uniformes. Le secrétariat publie, dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, des résumés de décisions et met à disposition, contre remboursement des frais de reproduction, les décisions à partir desquelles les résumés ont été établis. Le système est expliqué dans un guide de l'utilisateur disponible auprès du secrétariat sous forme imprimée (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1) ainsi que sur le site Internet susmentionné.

A/CN.9/WG.IV/WP.86/Add.1

NOTE DU SECRÉTARIAT

1. Conformément aux décisions prises par la Commission à ses vingt-neuvième (1996)[1] et trentième (1997)[2] sessions, le Groupe de travail sur le commerce électronique a consacré ses trente et unième à trente-sixième sessions à l'élaboration du projet de Règles uniformes de la CNUDCI sur les signatures électroniques (dénommé ci-après "les Règles uniformes"). Les rapports de ces sessions sont publiés sous la cote A/CN.9/437, 446, 454, 457, 465 et 467 respectivement. Lors de l'élaboration des Règles uniformes, le Groupe de travail a noté qu'il serait utile de fournir, dans un commentaire, des informations complémentaires concernant lesdites Règles. S'inspirant de la démarche adoptée pour la préparation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, une proposition tendant à assortir les Règles uniformes d'un guide afin d'aider les États à incorporer ces dernières dans leur droit interne et à les appliquer a été généralement bien accueillie. Le guide, qui pourrait être établi en grande partie à partir des travaux préparatoires des Règles uniformes, constituerait également un outil précieux pour d'autres utilisateurs des Règles.

2. À sa trente-sixième session, le Groupe de travail a examiné la question des signatures électroniques en se fondant sur la note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.84). À l'issue des débats, il a adopté les projets d'articles 1er et 3 à 11 quant au fond et les a renvoyés à un groupe de rédaction chargé d'assurer la cohérence entre les dispositions des Règles uniformes. 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[3].

3. À sa trente-troisième session (juin-juillet 2000), la Commission a noté que le Groupe de travail avait, à sa trente-sixième session, adopté le texte des projets d'articles 1er et 3 à 11 des Règles uniformes. Il restait, a-t-on dit, à clarifier certains points suite à la décision du Groupe de travail de supprimer dans le projet de Règles uniformes la notion de "signature électronique renforcée". On a exprimé la crainte qu'il ne soit nécessaire, en fonction des décisions que prendrait le Groupe de travail concernant les projets d'articles 2 et 13, de réexaminer les autres

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

[2] Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17 par. 249 à 251.

[3] A/CN.9/467, par. 18 à 20.

projets de 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 n'étant pas destinées à produire d'effet juridique important.

4. À l'issue des débats, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les efforts qu'il avait fournis et les progrès qu'il avait accomplis dans l'élaboration des Règles uniformes. Elle l'a instamment prié de terminer ses travaux sur ce texte à sa trente-septième session et d'examiner le projet de guide que devait établir le secrétariat[4].

5. L'annexe de la présente note renferme le chapitre II de la deuxième partie du projet de guide établi par le secrétariat. La première partie ainsi que le chapitre premier de la deuxième partie sont publiés sous la cote A/CN.9/WG.IV/WP.86.

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 380 à 383.

ANNEXE

Chapitre II. Observations article par article

(Projets d'articles 1er et 3 à 11 des Règles uniformes de la CNUDCI sur les signatures électroniques, adoptés 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)

TITRE

"Règles uniformes"

1. Le titre "Règles uniformes" a été utilisé en attendant une décision finale du Groupe de travail et de la Commission quant à la nature juridique de l'instrument et à ses liens avec la Loi type. Toutefois, pendant toute son élaboration, l'instrument a été conçu comme un complément de la Loi type devant être traité sur un pied d'égalité et avoir la même nature juridique que celui qui l'a précédé.

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 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.

Remarques générales

2. L'article premier a pour objet de délimiter le champ d'application des Règles uniformes. L'approche retenue dans ces dernières consiste à couvrir en principe toutes les situations de fait dans lesquelles des signatures électroniques sont utilisées, indépendamment du type de signature électronique ou de la technique d'authentification appliquée. Il a été estimé, au cours de l'élaboration des Règles uniformes, que l'exclusion d'une forme ou d'un support quelconque par la limitation du champ d'application des Règles uniformes pourrait soulever des difficultés pratiques et serait contraire à l'intention d'élaborer des règles véritablement indépendantes du support utilisé. Toutefois, lors de l'élaboration des Règles uniformes, une attention spéciale a été accordée aux "signatures numériques", c'est-à-dire aux signatures électroniques obtenues par l'application d'une cryptographie à double clef, que le Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique a considéré comme une technologie particulièrement répandue. Les Règles uniformes sont axées sur l'utilisation des technologies modernes et, sauf si elles l'indiquent expressément, elles ne sont pas censées modifier les règles traditionnelles concernant les signatures manuscrites.

*Note de bas de page***

3. Il a été estimé que les Règles uniformes devaient indiquer qu'elles étaient axées sur les situations rencontrées dans le domaine commercial et qu'elles avaient été élaborées en fonction des relations commerciales et financières. C'est pour cette raison que l'article premier fait référence aux "activités commerciales" et donne à la note de bas de page** des indications sur ce que cela signifie. Ces précisions, qui peuvent être particulièrement utiles pour les pays qui ne disposent pas d'un corpus distinct de droit commercial, reprennent, pour des raisons de cohérence, la note de bas de page qui correspond à l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (également reproduite en tant que note de bas de page**** correspondant à l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique). Dans certains pays, l'emploi de notes de bas de page dans un texte réglementaire ne serait pas considéré comme une pratique législative acceptable. Les autorités nationales qui mettent en œuvre les Règles uniformes pourront donc envisager d'inclure éventuellement le texte de ces notes dans le corps même du texte.

*Note de bas de page**

4. Les Règles uniformes s'appliquent à tous les types de messages de données auxquels est attachée une signature électronique légalement significative, et rien dans les Règles uniformes ne devrait empêcher un État d'en élargir le champ d'application pour couvrir les utilisations des signatures électroniques en dehors du domaine commercial. Par exemple, bien que les Règles uniformes ne portent pas principalement sur les relations entre utilisateurs de signatures électroniques et pouvoirs publics, elles ne devraient pas leur être inapplicables. La note de bas de page* propose une variante qui pourrait être utilisée par les États qui jugeraient approprié d'élargir le champ d'application des Règles uniformes au-delà du domaine commercial.

Protection du consommateur

5. Certains pays ont adopté des lois particulières sur la protection du consommateur qui régissent certains aspects de l'utilisation des systèmes d'information. S'agissant de cette législation destinée à protéger les consommateurs, on a pensé, comme cela avait été fait pour les instruments précédents de la CNUDCI (par exemple la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique), qu'il conviendrait d'indiquer dans les Règles uniformes qu'elles avaient été rédigées sans que soit accordée une attention particulière aux questions qui pourraient se poser dans le contexte de la protection des consommateurs. En même temps, on a estimé qu'il n'y avait aucune raison d'exclure du champ d'application des Règles uniformes, au moyen d'une disposition générale, les situations faisant intervenir des consommateurs, d'autant que les dispositions des Règles uniformes pourraient être considérées comme très bénéfiques pour la protection des consommateurs, en fonction de la législation adoptée dans chaque État. L'article premier dispose donc que cette législation relative à la protection du consommateur peut prévaloir sur les dispositions des Règles uniformes. Si les législateurs parviennent à des conclusions différentes quant à l'effet bénéfique des Règles uniformes sur les opérations impliquant des consommateurs dans un pays donné, ils pourront envisager d'exclure les consommateurs du champ d'application de l'instrument législatif promulguant les Règles uniformes. La détermination des personnes physiques ou morales qui devraient être considérées comme des "consommateurs" relève de la législation applicable en dehors des Règles uniformes.

Utilisation des signatures électroniques dans les transactions internationales et nationales

6. Il est recommandé que le champ d'application des Règles uniformes soit aussi large que possible. Il faudrait en particulier s'abstenir d'exclure l'application des Règles uniformes en limitant leur champ d'application aux utilisations internationales des signatures électroniques, car une telle limitation pourrait être considérée comme non propice aux objectifs des Règles uniformes. En outre, en raison de la diversité des procédures utilisables en application des Règles uniformes pour limiter au besoin l'utilisation des signatures électroniques (par exemple pour des motifs d'ordre public), on aura sans doute rarement à limiter le champ d'application des Règles uniformes. La sécurité juridique qu'offriront les Règles uniformes est nécessaire tant pour les utilisations nationales que pour les utilisations internationales, et la coexistence de deux régimes régissant l'utilisation des signatures électroniques pourrait sérieusement entraver le recours à de telles techniques.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 22 à 24;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 22;
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.

Article 3. ***Égalité de traitement des techniques de signature***

Aucune des dispositions des présentes Règles, à l'exception de l'article 5, n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d'effet juridique 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.

Neutralité technique

7. L'article 3 consacre le principe fondamental selon lequel aucune méthode de signature électronique ne devrait faire l'objet de discrimination, c'est-à-dire qu'il faudrait donner à toutes les techniques la même possibilité de satisfaire aux exigences de l'article 6. En conséquence, il ne devrait pas y avoir de différence de traitement entre les messages signés électroniquement et les documents papier portant des signatures manuscrites, ni entre divers types de messages signés électroniquement, à condition qu'ils satisfassent aux exigences fondamentales énoncées au paragraphe 1 de l'article 6 des Règles uniformes ou de toute autre exigence énoncée dans la loi applicable. Ces exigences peuvent, par exemple, prescrire l'utilisation d'une technique de signature spécifiquement désignée dans des situations particulières, ou bien fixer autrement une norme qui pourrait être supérieure ou inférieure à celle qui est énoncée à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (et au projet d'article 6 des Règles uniformes). Le principe fondamental de non-discrimination est destiné à trouver une application générale. Il convient toutefois de noter qu'un tel principe ne vise pas à influer sur la liberté contractuelle reconnue à l'article 5. Les parties devraient donc rester libres entre elles et dans la mesure permise par la loi d'exclure par convention l'utilisation de certaines techniques de signature électronique. En énonçant qu'"aucune des dispositions des présentes Règles n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d'effet juridique une quelconque méthode de création de signatures électroniques", l'article 3 indique simplement que la forme sous laquelle est appliquée une certaine signature électronique ne peut être invoquée comme seul motif de lui refuser l'efficacité juridique. Il ne faudrait toutefois pas interpréter de façon erronée l'article 3 comme établissant la validité juridique de n'importe quelle technique de signature ou information signée électroniquement.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 25 à 32;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 37;
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.

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.

Source

8. L'article 4 s'inspire de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises et est repris de l'article 3 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il vise à fournir des directives pour l'interprétation des Règles uniformes par les tribunaux d'arbitrage, juridictions d'État et autres autorités nationales ou locales. L'article 4 devrait avoir pour effet de limiter la mesure dans laquelle un texte uniforme, une fois incorporé dans la législation locale, pourrait être interprété uniquement par référence aux concepts du droit local.

Paragraphe 1

9. Le paragraphe 1 a pour objet d'attirer l'attention de toute personne qui pourrait être appelée à appliquer les Règles uniformes sur le fait que, même si, une fois promulguées, les dispositions des Règles uniformes (ou les dispositions de l'instrument d'application des Règles uniformes) faisaient partie intégrante de la législation interne, et avaient donc un caractère national, elles devraient être interprétées compte tenu de leur origine internationale, de façon à assurer l'uniformité de leur interprétation dans les différents pays.

Paragraphe 2

10. S'agissant des principes généraux sur lesquels les Règles uniformes sont fondées, la liste non exhaustive ci-après pourrait être jugée applicable: 1) faciliter le commerce électronique entre les États et dans chaque État; 2) valider les opérations conclues au moyen des nouvelles technologies de l'information; 3) promouvoir et encourager de manière techniquement neutre l'application des nouvelles technologies de l'information en général et des signatures électroniques en particulier; 4) promouvoir l'uniformité du droit; et 5) appuyer les pratiques commerciales. Bien qu'ayant pour objectif général de faciliter l'utilisation des signatures électroniques, les Règles uniformes ne doivent en aucune façon être interprétées comme imposant cette utilisation.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 33 à 35;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 38;
A/CN.9/465, par. 49 et 50;
A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 35.

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 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].

Respect de la loi applicable

11. La décision d'entreprendre l'élaboration des Règles uniformes s'est appuyée sur la reconnaissance du fait que, dans la pratique, c'est essentiellement dans des contrats que l'on recherche des solutions aux difficultés juridiques soulevées par l'utilisation des moyens modernes de communication. Les Règles uniformes ont ainsi pour objet de soutenir le principe de l'autonomie des parties. La loi applicable, cependant, fixe parfois des limites à l'application de ce principe. L'article 5 ne devrait pas être interprété à tort comme autorisant les parties à déroger à des règles obligatoires, par exemple à des règles adoptées pour des raisons d'ordre public, comme encourageant les États à adopter des lois contraignantes qui limiteraient l'effet de l'autonomie des parties en matière de signatures électroniques, ou comme invitant de quelque autre façon les États à restreindre la liberté qu'ont les parties de s'entendre entre elles sur les critères de forme qui régissent leurs communications.

12. En ce qui concerne la formule "à moins que lesdites Règles en disposent autrement", le Groupe de travail est convenu, à sa trente-sixième session, qu'il pourrait falloir réexaminer la question après que 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 comportaient une ou plusieurs dispositions obligatoires, les mots "à moins que lesdites Règles en disposent autrement" ont été placés entre crochets (A/CN.9/467, par. 40).

Convention expresse ou implicite

13. Quant à la façon d'exprimer le principe de l'autonomie des parties dans le projet d'article 5, il a généralement été admis, lors de l'élaboration des Règles uniformes, que la convention pourrait être expresse ou implicite. La formulation du projet d'article 5 a été maintenue alignée sur celle de l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (A/CN.9/467, par. 38).

Convention bilatérale ou multilatérale

14. L'article 5 a pour vocation de s'appliquer non seulement dans le contexte de relations entre des expéditeurs et des destinataires de messages de données, mais aussi dans le contexte de relations faisant intervenir des intermédiaires. Ainsi, il pourrait être dérogé aux dispositions des Règles uniformes soit par convention bilatérale ou multilatérale entre les parties, soit par des règles systémiques convenues par les parties. Généralement, la loi applicable limiterait l'autonomie des parties aux droits et obligations naissant entre les parties de façon à éviter tout empiétement sur les droits et obligations de tiers.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 36 à 43;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 39 et 40;
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.

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 de la signature électronique sont, dans le contexte dans lequel ils sont utilisés, liés exclusivement au signataire;

b) Les moyens utilisés pour la création de la 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: [...]

Importance de l'article 6

15. L'article 6 est l'une des dispositions essentielles des Règles uniformes. Il a 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*. Lorsqu'on interprète l'article 6, il faut avoir à l'esprit que cette disposition a pour objet de veiller à ce que, pour toute conséquence juridique qui aurait découlé de l'utilisation d'une signature manuscrite, la même conséquence découle de l'utilisation d'une signature électronique fiable.

16. À sa trente-sixième session, le Groupe de travail a adopté, pour la définition de l'expression "signature électronique", le texte suivant sous réserve de la possibilité d'y revenir pour s'assurer de la cohérence des dispositions des Règles uniformes (A/CN.9/467, par. 57):

"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."

Paragraphes 1, 2 et 5

17. Les paragraphes 1, 2 et 5 du projet d'article 6 introduisent des dispositions tirées, respectivement, des paragraphes 1 *b*, 2 et 3 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Un libellé inspiré de l'article 7-1 *a* de la Loi type est déjà inclus dans la définition de l'expression "signature électronique" figurant à l'alinéa *a* du projet d'article 2.

Notions d'"identité" et d'"identification"

18. Le Groupe de travail est convenu qu'aux fins de la définition de l'expression "signature électronique" le terme "identification" pouvait être plus large que la simple identification du signataire par un nom. Le concept d'identité ou d'identification consiste notamment à distinguer le ou la signataire, par son nom ou autrement, de toute autre personne, et peut renvoyer à d'autres caractéristiques signifiantes telles que la position ou l'autorité, que ce soit en association avec un nom ou sans référence à ce nom. Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire d'opérer une distinction entre l'identité et d'autres caractéristiques signifiantes, ni de limiter les Règles uniformes aux situations dans lesquelles ne sont utilisés que des certificats qui désignent nommément le détenteur du dispositif de signature (A/CN.9/467, par. 56 à 58).

Effets des Règles uniformes variant avec le niveau de fiabilité technique

19. Lors de l'élaboration des Règles uniformes, on a fait observer qu'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 découle 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, peut déterminer ce qui constitue une technique fiable de signature compte tenu des circonstances en vertu de l'article 7 de la Loi type. En revanche, les Règles uniformes sont censées avantager certaines techniques reconnues comme étant particulièrement fiables indépendamment des circonstances dans lesquelles elles sont utilisées. C'est là l'objet du paragraphe 3, qui est censé 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. Le paragraphe 3 est donc indispensable si l'on veut que les Règles uniformes atteignent leur objectif, qui est d'offrir davantage de certitude que la Loi type n'en offre actuellement quant aux effets juridiques qu'on peut escompter de l'utilisation de types particulièrement fiables de signatures électroniques (voir A/CN.9/465, par. 64).

Présomption ou règle de fond

20. 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 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 certaines caractéristiques techniques et l'effet juridique d'une signature (voir A/CN.9/467, par. 61 et 62).

Intention du signataire

21. La question reste de savoir si un effet juridique devrait découler de l'utilisation de techniques de signature électronique qui pourrait être faite sans intention expresse, de la part du signataire, d'être juridiquement lié par l'approbation de l'information signée électroniquement. En pareille circonstance, la deuxième fonction décrite à l'article 7-1 *a* de la Loi type n'est pas satisfaite, car il n'existe aucune "intention d'indiquer une approbation de l'information contenue dans le message de don-

nées". Le point de vue adopté dans les Règles uniformes est que les conséquences juridiques de l'utilisation d'une signature manuscrite devraient avoir leur pendant dans un environnement électronique. Ainsi, en apposant une signature (qu'elle soit manuscrite ou électronique) à une information, le signataire 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, les Règles uniformes ne doivent pas porter atteinte au droit général des contrats ou des obligations (voir A/CN.9/465, par. 65).

Critères de fiabilité technique

22. Les alinéas *a* à *d* du paragraphe 3 ont pour objet d'exprimer des critères objectifs de fiabilité technique des signatures électroniques. L'alinéa *a* est centré sur les caractéristiques objectives du dispositif de création de signature, qui doivent être "liées exclusivement au signataire". D'un point de vue technique, le dispositif de création de signature pourrait être "lié" de manière unique au signataire sans être "unique" en soi. Le lien existant entre les données utilisées pour créer la signature et le signataire est l'élément essentiel (A/CN.9/467, par. 63). Tandis que certains dispositifs de création de signatures électroniques peuvent être partagés par divers utilisateurs, par exemple lorsque plusieurs employés partagent le dispositif de création de signature d'une société, ce dispositif doit être capable d'identifier sans ambiguïté un utilisateur dans le contexte de chaque signature électronique.

Contrôle exclusif du dispositif de création de signature par le signataire

23. L'alinéa *b* traite des circonstances dans lesquelles est utilisé le dispositif de création de signature. Lors de son utilisation, le dispositif de création de signature doit être placé sous le contrôle exclusif du signataire. S'agissant de la notion de contrôle exclusif du signataire, la question est de savoir si le signataire resterait habilité à autoriser une autre personne à utiliser le dispositif de création de signature en son nom. Une telle situation risquerait de se produire lorsque le dispositif de création de signature est utilisé dans le cadre d'une société, ladite société étant elle-même le signataire mais ayant besoin que plusieurs personnes puissent signer en son nom (A/CN.9/467, par. 66). On pourrait également citer, comme exemple, les applications commerciales où le dispositif de signature existe sur un réseau et peut être utilisé par plusieurs personnes. Dans ce cas, le réseau serait vraisemblablement lié à une entité particulière qui serait le signataire et continuerait d'exercer son contrôle sur le dispositif de création de 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 uniformes (A/CN.9/467, par. 67).

Mandat

24. Les alinéas *a* et *b* convergent pour faire en sorte que le dispositif de signature ne puisse être utilisé que par une seule personne à tout moment donné, principalement lors de la création de la signature, et par personne d'autre. La question du mandat ou de l'utilisation autorisée du dispositif de signature devait être réglée dans la définition du "signataire" et non dans les dispositions de fond (A/CN.9/467, par. 68).

Intégrité

25. Les alinéas *c* et *d* traitent des questions de l'intégrité de la signature électronique et de l'intégrité de l'information signée électroniquement. Il aurait été possible de combiner les deux dispositions pour souligner que, lorsqu'une signature est apposée à un document, l'intégrité du document et l'intégrité de la signature sont si étroitement liées qu'il est difficile de concevoir l'une sans l'autre. Lorsqu'une signature est utilisée pour signer un document, l'idée de l'intégrité du document est inhérente à l'utilisation de la signature. Cependant, il a été décidé que les Règles uniformes devraient suivre la distinction établie dans la Loi type entre les articles 7 et 8. Bien que certaines technologies garantissent à la fois l'authentification (article 7 de la Loi type) et l'intégrité (article 8 de la Loi type), ces concepts peuvent être considérés comme des concepts juridiques distincts et traités comme tels. Puisqu'une signature manuscrite ne garantit ni l'intégrité du document auquel elle est apposée ni le fait que toute modification apportée au document serait décelable, l'optique de l'équivalence fonctionnelle impose que ces concepts ne soient pas traités dans une disposition unique. Le paragraphe 3 *c* a pour objet de fixer le critère à remplir pour démontrer qu'une méthode particulière de signature électronique est suffisamment fiable pour satisfaire à une exigence légale de signature. Cette exigence légale pourrait être satisfaite sans avoir à démontrer l'intégrité de l'ensemble du document (A/CN.9/467, par. 72 à 80).

Équivalent fonctionnel du document original

26. L'alinéa *d* est essentiellement destiné à être utilisé dans les pays où les règles de droit existantes régissant l'utilisation des signatures manuscrites n'établissent pas de distinction entre l'intégrité de la signature et l'intégrité de l'information signée. Dans d'autres pays, l'alinéa *d* pourrait créer une signature qui serait plus fiable qu'une signature manuscrite et irait ainsi au-delà du concept d'équivalent fonctionnel d'une signature. En toute circonstance, l'alinéa *d* aurait pour effet de créer un équivalent fonctionnel d'un document original.

Signature électronique d'une partie d'un message

27. À l'alinéa *d*, le lien nécessaire entre la signature et l'information signée est exprimé de façon à éviter de laisser entendre que la signature électronique ne peut s'appliquer qu'à l'intégralité d'un message de données. Souvent, en fait, l'information signée ne correspond qu'à une partie de l'information contenue dans le message de données. Une signature électronique peut, par exemple, ne se rapporter qu'à une information annexée au message à des fins de transmission.

Dérogation conventionnelle

28. Le paragraphe 3 n'a pas pour objet de limiter l'application de l'article 5 ou de toute loi applicable reconnaissant la liberté qu'ont les parties de stipuler dans une convention pertinente qu'une technique de signature donnée serait considérée par elles comme un équivalent fiable d'une signature manuscrite.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 44 à 87;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 41 à 47;
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.

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 dispositions 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.

Prédétermination du statut de la signature électronique

29. L'article 7 décrit le rôle joué par l'État adoptant pour ce qui est d'établir ou de reconnaître toute entité pouvant valider l'utilisation de signatures électroniques ou certifier d'autre manière leur qualité. À l'instar de l'article 6, l'article 7 repose sur l'idée selon laquelle la condition requise, pour faciliter le développement du commerce électronique, est l'existence d'une certitude et d'une prévisibilité au moment où les parties commerciales utilisent des techniques de signature électronique, et non au moment où un différend les oppose devant un tribunal. Lorsqu'une technique de signature particulière peut satisfaire à des exigences rigoureuses de fiabilité et de sécurité, 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 certaine forme de reconnaissance.

Objet de l'article 7

30. L'article 7 a pour objet de préciser qu'un État adoptant peut désigner un organe ou une autorité qui sera habilité(e) à déterminer quelles technologies peuvent bénéficier des présomptions ou de la règle de fond créées en vertu de l'article 6. L'article 7 n'est pas une disposition habilitante qui pourrait être ou serait nécessairement adoptée par les États sous sa forme actuelle. Il a cependant pour objet d'indiquer clairement que la certitude et la prévisibilité peuvent être obtenues en déterminant quelles techniques de signature électronique satisfont aux exigences de fiabilité énoncées à l'article 6, à condition que cette détermination s'effectue conformément aux normes internationales. L'article 7 ne devrait pas être interprété d'une façon qui soit prescrirait des effets juridiques obligatoires en cas d'utilisation de certains types de signature électronique, soit limiterait l'utilisation de la technologie aux techniques dont on aurait déterminé qu'elles satisfont aux exigences de fiabilité de l'article 6. Les parties devraient être libres, par exemple, d'utiliser des techniques dont on n'aurait pas déterminé qu'elles satisfont aux exigences de fiabilité de l'article 6, si c'était ce qu'elles étaient convenues de faire. Elles devraient aussi être libres de montrer, devant un tribunal ou une cour d'arbitrage, que la méthode de signature qu'elles avaient choisi d'utiliser satisfaisait effectivement aux exigences de l'article 6, sans pour autant avoir fait l'objet d'une détermination préalable à cet effet.

Paragraphe 1

31. Le paragraphe 1 indique clairement que toute entité qui pourrait valider l'utilisation de signatures électroniques ou certifier autrement leur qualité ne devrait pas nécessairement avoir le statut d'autorité d'État. Ce paragraphe ne devrait pas être interprété comme donnant aux États une recommandation quant au seul moyen d'obtenir la reconnaissance de techniques de signature, mais plutôt comme indiquant les restrictions qui devraient s'appliquer si les États souhaitaient adopter une telle méthode.

Paragraphe 2

32. En ce qui concerne le paragraphe 2, la notion de "norme" ne devrait pas se limiter aux normes officielles établies, par exemple, par l'Organisation internationale de normalisation (ISO) et par le Groupe d'étude sur l'ingénierie Internet (IETF), ou à d'autres normes techniques. Le mot "normes" devrait être interprété dans un sens large qui inclurait les pratiques industrielles et les usages commerciaux, les textes émanant d'organisations internationales telles que la Chambre de commerce internationale, ainsi que les textes de la CNUDCI proprement dite (y compris les présentes Règles et la Loi type). L'absence éventuelle de normes pertinentes ne devrait pas empêcher les personnes ou autorités compétentes d'opérer la détermination visée au paragraphe 1. Quant à la référence aux "normes reconnues", on pourrait s'interroger sur ce qui constitue la "reconnaissance" et sur l'entité dont on exige cette reconnaissance (voir A/CN.9/465, par. 94).

Paragraphe 3

33. Le paragraphe 3 a pour objet d'indiquer très clairement que l'article 7 n'a pas pour vocation d'affecter le fonctionnement normal des règles du droit international privé (voir A/CN.9/467, par. 94). En l'absence d'une telle disposition, le projet d'article 7 pourrait être interprété à tort comme encourageant les États adoptants à défavoriser les signatures électroniques en raison de leur non-conformité aux règles édictées par la personne ou l'autorité visée au paragraphe 1.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 90 à 95;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 49 à 51;
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.

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.

Titre

34. L'article 8 (et les articles 9 et 11) avaient été initialement prévus pour contenir des règles concernant les obligations et responsabilités des différentes parties concernées (le signataire, la partie se fiant à la signature et tout prestataire de services de

certification). Cependant, en raison des changements rapides touchant les aspects techniques et commerciaux du commerce électronique ainsi que du rôle joué actuellement, dans certains pays, par l'autoréglementation du commerce électronique, il est devenu difficile de parvenir à un consensus sur la teneur de ces règles. Les articles ont été rédigés de façon à renfermer un "code de conduite" minimal applicable aux différentes parties. Les conséquences d'un non-respect de ce code de conduite relèvent de la loi applicable en dehors des Règles uniformes.

Paragraphe 1

35. Les alinéas *a* et *b* s'appliquent généralement à toutes les signatures électroniques, tandis que l'alinéa *c* ne s'applique qu'aux signatures électroniques étayées par un certificat. L'obligation faite à l'alinéa *a*, en particulier, de prendre des précautions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de son dispositif de signature constitue une obligation fondamentale généralement présente, par exemple, dans les accords relatifs à l'utilisation de cartes de crédit. En vertu de la politique adoptée au paragraphe 1, une telle obligation devrait également s'appliquer à tout dispositif de signature électronique qui pourrait être utilisé pour exprimer une intention juridiquement signifiante. La clause de dérogation conventionnelle contenue dans l'article 5, cependant, permet de déroger aux normes fixées à l'article 8 lorsque celles-ci sont jugées inappropriées ou lorsqu'on estime qu'elles auraient des conséquences indésirables.

36. L'alinéa *b* renvoie à la notion de "personne dont on peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle prête des services à l'appui de la signature électronique". En fonction de la technologie utilisée, cette "partie qui se fie à la signature" peut être non seulement une personne qui cherche à se fier à la signature, mais aussi des personnes telles que des prestataires de services de certification, des prestataires de services de révocation de certificats ou d'autres personnes.

37. L'alinéa *c* s'applique lorsqu'un certificat est utilisé pour étayer le dispositif de signature. La notion de "cycle de vie du certificat" doit être interprétée largement comme couvrant la période commençant lors de la demande de certificat ou de la création du certificat et prenant fin à l'expiration ou à la révocation du certificat.

Paragraphe 2

38. Le paragraphe 2 ne précise ni les conséquences ni les limites de la responsabilité, qui relèvent toutes deux de la législation nationale. Cependant, tout en renvoyant les conséquences de la responsabilité à la législation nationale, le paragraphe 2 n'en indique pas moins clairement aux États adoptants que tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1 devrait entraîner une responsabilité. Le paragraphe 2 s'appuie sur la conclusion à laquelle est parvenu le Groupe de travail à sa trente-cinquième session, selon laquelle il serait sans doute difficile d'arriver à un consensus sur les conséquences pouvant découler de la responsabilité du détenteur du dispositif de signature. Selon le contexte dans lequel la signature électronique est utilisée, ces conséquences pourraient aller, en fonction de la loi existante, d'une responsabilité juridique du détenteur du dispositif de signature vis-à-vis de la teneur du message à une responsabilité en dommages-intérêts. En conséquence, le paragraphe 2 se contente d'établir le principe selon lequel le détenteur du dispositif de signature devrait être tenu responsable de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1, et renvoie à la loi applicable en dehors des Règles uniformes dans chaque État adoptant les conséquences juridiques qui découleraient d'une telle responsabilité (voir A/CN.9/465, par. 108).

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 96 à 104;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 52 et 53;
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.

Article 9. ***Normes de conduite du prestataire de services de certification***

1) Le prestataire de services de certification:

a) Agit en conformité avec les déclarations de principe et les 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.

Paragraphe 1

39. L'alinéa *a* énonce la règle fondamentale selon laquelle un prestataire de services de certification devrait se conformer à ses déclarations de principe et à ses engagements tels qu'exprimés, par exemple, dans une déclaration de pratiques de certification ou dans tout autre type de déclaration de politique générale. L'alinéa *b* reproduit, dans le contexte des activités du prestataire de services de certification, le code de conduite énoncé à l'article 8-1 *c* applicable au signataire.

40. L'alinéa *c* définit la teneur et les effets essentiels de tout certificat en vertu des Règles uniformes. L'alinéa *d* énumère les éléments additionnels qui doivent être inclus dans le certificat ou autrement mis à la disposition de la partie se fiant à la signature dans le cas de certains certificats. L'alinéa *e* n'a pas pour objet de s'appliquer à des certificats tels que des certificats de transactions, qui sont des certificats ponctuels, ou à des certificats à faible coût portant sur des applications à faible risque, qui pourraient ne pas être sujets à révocation.

Paragraphe 2

41. Le paragraphe 2 reflète la règle de base relative à la responsabilité énoncée au paragraphe 2 de l'article 8 en ce qui concerne le signataire. Cette disposition a pour effet de laisser à la législation nationale le soin de déterminer les conséquences de la responsabilité. Sous réserve des règles applicables du droit national, le paragraphe 2 n'est pas destiné par ses auteurs à être interprété comme une règle de responsabilité absolue. Il n'a pas été prévu que le paragraphe 2 ait pour effet d'exclure la possibilité, pour le prestataire de services de certification, de prouver, par exemple, l'absence de faute ou de faute secondaire.

42. Les premières versions de l'article 9 contenaient un paragraphe supplémentaire qui traitait des conséquences de la responsabilité évoquées au paragraphe 2. Lors de la préparation des Règles uniformes, il a été observé que les prestataires de services de certification remplissaient des fonctions intermédiaires qui étaient indispensables au commerce électronique et que la question de la responsabilité de ces professionnels serait traitée de façon insuffisante en adoptant une disposition unique s'inspirant du paragraphe 2. Tandis que le paragraphe 2 peut énoncer un principe approprié applicable aux signataires, il peut ne pas être suffisant pour couvrir les activités professionnelles et commerciales visées par l'article 9. L'une des façons possibles de pallier cette insuffisance aurait consisté à énumérer dans le texte des Règles uniformes les facteurs à prendre en compte pour évaluer toute perte résultant d'un manquement du prestataire de services de certification aux exigences du paragraphe 1. Il a finalement été décidé de faire figurer dans ce Guide une liste non exhaustive de facteurs indicatifs. Pour évaluer la perte, il faudrait notamment prendre en compte les facteurs suivants: *a)* le coût d'obtention du certificat; *b)* la nature de l'information certifiée; *c)* l'existence et l'ampleur de toute restriction à l'utilisation du certificat; *d)* l'existence de toute déclaration limitant le champ d'application ou la portée de la responsabilité du prestataire de services de certification; et *e)* toute conduite fautive de la partie se fiant à la signature.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 105 à 109;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 54 à 60;
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.

[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.]

Flexibilité de la notion de "fiabilité"

43. L'article 10 faisait, à l'origine, partie de l'article 9. Bien que cette partie soit par la suite devenue un article distinct, elle a essentiellement pour objet de faciliter l'interprétation de la notion de "systèmes, procédures et ressources humaines fiables" à l'article 9-1 *f*. L'article 10 se présente sous la forme d'une liste non exhaustive de facteurs à prendre en compte pour déterminer la fiabilité. Cette liste a pour objet de définir une notion de fiabilité souple, dont la teneur pourrait varier en fonction de ce que l'on attend du certificat dans le contexte dans lequel il est créé.

Référence aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 114 à 119.

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.

Caractère raisonnable de la confiance

44. L'article 11 reflète l'idée selon laquelle une partie qui entend se fier à une signature électronique devrait se poser la question de savoir si et dans quelle mesure cette confiance est raisonnable compte tenu des circonstances. Il n'a pas pour objet de traiter de la question de la validité d'une signature électronique, qui est traitée par l'article 6 et ne devrait pas dépendre de la conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat. La question de la validité d'une signature électronique devrait être maintenue distincte de la question de savoir s'il est raisonnable, pour une partie se fiant à la signature ou au certificat, de se fier à une signature qui ne satisfait pas à l'exigence énoncée à l'article 6.

Protection des consommateurs

45. Tandis que l'article 11 peut charger les parties qui se fient à la signature ou à un certificat, en particulier lorsque ces parties sont des consommateurs, il peut être utile de rappeler que les

Règles uniformes n'ont pas pour objet d'annuler toute règle régissant la protection des consommateurs. Les Règles uniformes, cependant, pourraient être utiles pour éduquer toutes les parties concernées, y compris les parties qui se fient à la signature ou à un certificat, quant à la conduite raisonnable qu'il convient d'adopter en matière de signatures électroniques. En outre, l'établissement d'une norme de conduite en vertu de laquelle la partie qui se fie à la signature ou à un certificat devrait vérifier la fiabilité de la signature par des moyens facilement disponibles peut être considéré comme essentiel au développement de tout système d'infrastructure à clef publique.

Notion de "partie se fiant à la signature"

46. Les Règles uniformes ne fournissent pas de définition de la notion de "partie se fiant à la signature". Conformément à la pratique industrielle, le champ d'application de la notion de "partie se fiant à la signature" couvre toute partie qui pourrait se fier à une signature électronique. En fonction des circonstances, une "partie se fiant à la signature" pourrait donc être toute personne ayant ou non une relation contractuelle avec le signataire ou le prestataire de services de certification. Il est même concevable que le prestataire de services de certification ou le signataire devienne lui-même une "partie se fiant à la signature". Cette vaste notion de "partie se fiant à la signature" ne doit cependant pas entraîner, pour le souscripteur d'un certificat, l'obligation de vérifier la validité du certificat qu'il achète auprès du prestataire de services de certification.

Manquement aux exigences de l'article 11

47. Quant aux conséquences éventuelles de l'établissement d'une obligation générale qui serait faite à la partie se fiant à la signature de vérifier la validité de la signature électronique ou du certificat, un problème se pose lorsque la partie se fiant à la signature ne satisfait pas aux exigences de l'article 11. Au cas où elle ne satisferait pas à ces exigences, la partie se fiant à la signature ne devrait pas être mise dans l'impossibilité de se prévaloir de la signature ou du certificat si une vérification raisonnable n'a pas révélé que la signature ou le certificat était invalide. Une telle situation pourra devoir relever de la loi applicable en dehors des Règles uniformes.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 130 à 143;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 61 à 63;
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.

C. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-huitième session (New York, 12-23 mars 2001) (A/CN.9/484) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Pages*
INTRODUCTION		1-18	246
I.	DÉBATS ET DÉCISIONS	19-20	249
II.	PROJET DE GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES	21-78	249
III.	TRAVAUX FUTURS POSSIBLES	79-135	256
	A. Obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce international	81-86	256
	B. Transfert de droits sur les biens corporels et autres droits	87-93	257
	C. Travaux futurs envisageables dans le domaine des contrats électroniques	94-127	258
	1. Observations générales	95	258
	2. Internationalité de l'opération de vente	96-104	259
	3. Parties à l'opération de vente	105-108	260
	4. Critères d'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les ventes	109-113	260
	5. Notions de "biens" et de "contrats de vente"	114-118	261

		Paragraphes	Pages
6.	Vente aux consommateurs	119-122	262
7.	Conditions de forme imposées par la Convention des Nations Unies sur les ventes	123	262
8.	Formation des contrats: questions d'ordre général	124	262
9.	Formation des contrats: offre et acceptation	125-126	263
10.	Formation des contrats: réception et expédition	127	263
D.	Enquête sur l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique	128-129	263
E.	Règlement des différends en ligne	130-133	264
F.	Priorité relative des futurs sujets	134-135	264

INTRODUCTION

1. À sa trentième session, en 1997, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a fait siennes les conclusions formulées par le Groupe de travail sur le commerce électronique à l'issue de sa trente et unième session sur la question de savoir s'il serait souhaitable et possible d'établir des règles uniformes concernant les signatures numériques et les autorités de certification, ainsi que, éventuellement, sur des questions connexes (voir A/CN.9/437, par. 156 et 157). Elle a chargé le Groupe de travail d'établir des règles uniformes concernant les questions juridiques posées par les signatures électroniques et les autorités de certification[1]. Le Groupe de travail s'est attaqué à cette tâche à sa trente-deuxième session (janvier 1998), en s'appuyant sur 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 celui-ci avait manifestement éprouvé, tout au long de ses trente et unième et trente-deuxième sessions, des difficultés à parvenir à une compréhension commune des nouveaux problèmes juridiques soulevés par l'utilisation croissante de signatures électroniques, numérisées ou autres. On s'accordait cependant généralement à estimer que les progrès accomplis jusque-là portaient à penser que le projet de règles uniformes concernant les signatures électroniques commençait à prendre forme et à paraître pouvoir fonctionner. La Commission a réaffirmé la décision qu'elle avait prise à sa trentième session en ce qui concerne la possibilité d'établir ces règles uniformes, et elle a constaté avec satisfaction que le Groupe de travail s'était fait une large réputation sur le plan international en tant qu'instance internationale particulièrement importante pour les échanges de vues concernant les problèmes juridiques liés au commerce électronique et pour l'élaboration de solutions à ces problèmes[2].

2. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux à ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (juillet 1998 et février 1999) en s'appuyant sur des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76, A/CN.9/WG.IV/WP.79 et A/CN.9/WG.IV/WP.80). À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ces deux sessions (A/CN.9/454 et A/CN.9/457). Elle s'est généralement accordée à penser que des progrès sensibles avaient été accomplis dans la compréhension des problèmes juridiques liés aux signatures électroniques, mais elle a aussi considéré 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. À l'issue du débat, elle a réaffirmé ses décisions antérieures concernant la possibilité d'établir ces règles uniformes, et elle a déclaré qu'elle comptait bien sur le Groupe de travail pour avancer encore à ses sessions suivantes. Sans fixer de délai à celui-ci pour accomplir son mandat, elle l'a instamment prié de s'employer à terminer sans tarder l'élaboration des règles uniformes. Un appel a été lancé à toutes les délégations pour qu'elles s'engagent de nouveau à rechercher activement un consensus concernant l'objet et la teneur du projet de règles uniformes[3].

3. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux à ses trente-cinquième et trente-sixième sessions (septembre 1999 et février 2000) en s'appuyant sur des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.82 et A/CN.9/WG.IV/WP.84). À sa trente-troisième session (2000), 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). On a constaté que le Groupe de travail avait adopté à sa trente-sixième session le texte des articles 1er et 3 à 12 des règles uniformes. Certaines questions restaient à préciser, du fait que le Groupe de travail avait décidé d'écarter du projet de règles uniformes la notion de signature électronique renforcée. On s'est inquiété que, selon les décisions que prendrait le Groupe de travail sur les articles 2 et 13, il pourrait falloir réviser le reste du projet afin d'éviter d'aboutir à une situation dans laquelle la norme fixée par les règles uniformes s'appliquerait de la même manière aux signatures électroniques qui garantiraient un niveau de sécurité élevé et aux certificats de moindre valeur susceptibles d'être utilisés dans les communications électroniques n'étant pas destinées à avoir des conséquences juridiques importantes.

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

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

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

4. À l'issue du débat, la Commission a remercié le Groupe de travail du mal qu'il s'était donné et des progrès qu'il avait accomplis dans l'élaboration du projet de règles uniformes concernant les signatures électroniques. Elle l'a engagé à achever ses travaux sur la question à sa trente-septième session et à examiner le projet de guide pour l'incorporation desdites règles dans le droit interne que le secrétariat devait établir[4].

5. À sa trente-septième session (septembre 2000), le Groupe de travail a examiné les questions liées aux signatures électroniques en s'appuyant sur une note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.84) et sur les projets d'articles qu'il avait adoptés à sa trente-sixième session (A/CN.9/467, annexe).

6. Après avoir examiné les articles 2 et 12 (ce dernier portant le numéro 13 dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.84) ainsi que les modifications à apporter en conséquence aux autres articles, le Groupe de travail a adopté la teneur des projets d'articles sous la forme du projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Le texte de celui-ci figure en annexe au rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-septième session (A/CN.9/483).

7. Le Groupe de travail a examiné le projet de guide pour l'incorporation des règles uniformes dans le droit interne que le secrétariat avait établi (A/CN.9/WG.IV/WP.86 et Add.1). Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée du projet de guide pour tenir compte des décisions prises par le Groupe de travail en fonction des différentes vues, suggestions et préoccupations formulées au cours de sa trente-septième session. Par manque de temps, le Groupe de travail n'a pas pu terminer son débat sur le Guide. Il a été convenu qu'il devrait se réserver du temps à sa trente-huitième session pour achever d'examiner ce point de son ordre du jour. Il a été noté que le projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques ainsi que le projet de guide pour l'incorporation des règles uniformes dans le droit interne seraient présentés à la Commission pour examen et adoption à sa trente-quatrième session, qui devait se tenir à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001 (A/CN.9/483, par. 21 à 23).

8. À sa trente-troisième session en 2000, la Commission a procédé à des échanges de vues préliminaires sur les travaux à entreprendre dans le domaine du commerce électronique. Trois sujets ont été proposés comme thèmes sur lesquels il pourrait être souhaitable et possible que la Commission se penche. Le premier était celui des contrats électroniques, envisagé sous l'angle de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises (dite Convention des Nations Unies sur les ventes)[5], dont on pensait généralement qu'elle offrait des principes généraux qu'on n'aurait pas de mal à accepter d'étendre aux contrats en ligne portant sur la vente de marchandises. Il a été fait observer, par exemple, qu'il pourrait falloir entreprendre des études supplémentaires pour savoir dans quelle mesure des règles uniformes pourraient être extrapolées de la Convention des Nations Unies sur les ventes pour s'appliquer aux contrats portant sur des services ou sur des "marchandises virtuelles", c'est-à-dire des éléments (tels que des logiciels) qui pourraient être achetés et livrés dans le cyberespace. Beaucoup ont pensé que, lorsqu'on procéderait à de telles études, il faudrait s'intéresser de près aux travaux d'autres organisations internationales telles que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

9. 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 parties commerciales 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 parties commerciales. 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 l'Internet.

10. 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.

11. À l'issue du débat, la Commission a accueilli favorablement la proposition tendant à entreprendre des études

[4]Ibid., *cinquante-cinquième session*, *Supplément n° 17* (A/55/17), par. 380 à 383.

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

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 n'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 trente-huitième session, une partie ou la totalité des sujets susmentionnés, ainsi que tout autre sujet, afin de formuler des propositions plus précises sur les travaux que la Commission pourrait envisager à sa trente-quatrième session (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001). 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.

12. 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 dans lequel 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[6].

13. Le Groupe de travail sur le commerce électronique, qui réunissait tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-huitième session à New York du 12 au 23 mars 2001. Ont participé à la session des représentants des États membres du Groupe de travail ci-après: Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Brésil, Bulgarie, Burkina Faso, Cameroun, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, Finlande, France, Honduras, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Mexique, Nigéria, Ouganda, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan et Thaïlande.

14. Ont également participé à la session les observateurs des États ci-après: Andorre, Arabie saoudite, Azerbaïdjan, Bangladesh, Belgique, Canada, Côte d'Ivoire, Équateur, ex-République yougoslave de Macédoine, Grèce, Indonésie, Iraq, Irlande, Jamahiriya arabe libyenne, Jordanie, Maroc, Norvège, Nouvelle-Zélande, Panama, Pérou, Philippines, Pologne, Portugal, République arabe syrienne, République de Corée, République tchèque, Sénégal, Sierra Leone, Suède, Suisse, Tunisie, Turquie, Uruguay et Venezuela.

[6] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 384 à 388.

15. Ont également participé à la session les observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO); Banque mondiale; Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI).

b) *Organisations intergouvernementales*: Banque africaine de développement (BAfD); Commission européenne.

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission*: Association arabe d'experts-comptables; American Bar Association; Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international; Chambre de commerce internationale (CCI); Comité maritime international (CMI); Fédération interaméricaine des avocats; Société mondiale des télécommunications financières inter-banques (SWIFT); Union asiatique de compensation; Union internationale des avocats; Union internationale du notariat latin.

16. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

Président: Jacques GAUTHIER (Canada, élu à titre personnel)
Rapporteur: A. K. CHAKRAVARTI (Inde)

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

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.87);

b) Note du secrétariat contenant un projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.88);

c) Notes du secrétariat sur:

i) Les questions dont pourrait être saisie à l'avenir la CNUDCI dans le domaine du commerce électronique: éventuelle convention visant à supprimer les obstacles au développement du commerce électronique dans les textes internationaux en vigueur (A/CN.9/WG.IV/WP.89);

ii) La dématérialisation des titres représentatifs (A/CN.9/WG.IV/WP.90);

iii) Les contrats électroniques (A/CN.9/ WG.IV/WP.91);

d) Proposition de la France (A/CN.9/WG.IV/WP.93).

En outre, des exemplaires de la note du secrétariat sur les questions relatives aux connaissements et autres documents de transport maritime (A/CN.9/WG.IV/WP.69), dont le Groupe de travail avait été saisi à sa trentième session (1996), ont été distribués à titre de référence.

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

1. Élection des membres du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques.
4. Travaux futurs possibles de la CNUDCI dans le domaine du commerce électronique.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

I. DÉBATS ET DÉCISIONS

19. Le Groupe de travail a examiné le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Les débats qui ont eu lieu au sein du Groupe de travail et les décisions qu'il a prises concernant le Guide figurent dans la section III ci-après. Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée du Guide en se fondant sur les débats et les décisions du Groupe de travail. Il a été noté que le Guide serait présenté, en vue d'un examen final et de son adoption par la Commission à sa trente-quatrième session, de même que le texte du projet de Loi type tel qu'il a été approuvé par le Groupe de travail à sa trente-septième session.

20. Le Groupe de travail a débattu des questions qui pourraient être examinées à l'avenir en ce qui concerne les aspects juridiques du commerce électronique, sur la base des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.89, A/CN.9/WG.IV/WP.90 et A/CN.9/WG.IV/WP.91), de la proposition de la France (A/CN.9/WG.IV/WP.93) et d'un rapport oral du secrétariat sur les questions relatives au règlement des litiges par voie électronique. Les débats et les conclusions du Groupe de travail sur ces questions sont rapportés dans la section IV ci-après.

II. PROJET DE GUIDE POUR L'INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

21. Le Groupe de travail s'est déclaré dans l'ensemble satisfait de la structure et du contenu du projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques figurant dans la deuxième partie de l'annexe du document A/CN.9/WG.IV/WP.88. Il a été invité à soumettre par écrit au secrétariat toutes modifications de forme ou sur des points non sujets à controverse. Il a ensuite examiné le projet de guide paragraphe par paragraphe.

22. En ce qui concerne le paragraphe 3, on a émis des doutes sur le point de savoir si les mots "l'interopérabilité juridique (ainsi que technique) est essentielle" rendaient adéquatement compte de la pratique actuelle. Selon une opinion, l'interopérabilité technique était certes souhaitable, mais il ne fallait pas en faire, du point de vue théorique, une condition préalable de l'utilisation transfrontière des signatures électroniques. On a indiqué, à titre d'exemple, que certains procédés biométriques étaient utilisés avec satisfaction au plan international sans qu'il y ait interopérabilité avec les systèmes de signatures numériques. Quant à la notion d'"interopérabilité juridique", on a fait observer qu'il serait préférable de l'exprimer à l'aide d'une terminologie plus classique, par exemple "harmonisation des règles juridiques". Certains ont suggéré de supprimer toutes les références à l'"interopérabilité" figurant au paragraphe 3, mais l'opinion qui a prévalu était qu'il importait de mentionner l'interopérabilité technique comme moyen de faciliter les utilisations transfrontières des signatures électroniques, étant donné les développements techniques visant à assurer cette interopérabilité qui étaient intervenus récemment dans de nombreux pays. À l'issue d'un débat, il a été décidé que le paragraphe 3 devait se terminer par une formule telle que: "l'uniformité juridique ainsi que l'interopérabilité technique sont souhaitables".

23. En ce qui concerne le paragraphe 5, on a demandé ce que signifiaient les mots "une approche techniquement neutre". On a reconnu que ces mots, tels qu'ils étaient utilisés dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, exprimaient le principe de la non-discrimination entre l'information sur support papier et l'information communiquée ou stockée sous forme électronique. Il a été néanmoins généralement convenu que le projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques devait également refléter le principe selon lequel aucune discrimination ne devait être faite entre les diverses techniques susceptibles d'être utilisées pour communiquer ou stocker électroniquement l'information, un principe souvent appelé "neutralité technologique". Le secrétariat a été prié de préparer un texte expliquant ces deux principes de manière satisfaisante.

24. En ce qui concerne les paragraphes 8 et 9, des explications supplémentaires étaient de l'avis général nécessaires au sujet du sens des expressions "équivalence multifonctionnelle" et "échange de données électronique". Le secrétariat a été prié de formuler des explications appropriées en s'inspirant éventuellement de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et du Guide pour l'incorporation de celle-ci dans le droit interne.

25. Pour ce qui est du paragraphe 25, le Groupe de travail a noté qu'une fois le texte achevé par la Commission des informations supplémentaires concernant l'historique du projet de Loi type devraient être ajoutées. De l'avis général, il n'était nul besoin d'essayer d'établir une version plus concise de l'historique figurant aux paragraphes 12 à 25, qui décrivait adéquatement les diverses étapes de l'établissement de la Loi type.

26. En ce qui concerne le paragraphe 26, on a dit qu'il fallait préciser dans le Guide que la nouvelle Loi type était sans préjudice des règles existantes du droit international privé. Il a été convenu d'ajouter une phrase à cet effet après la première phrase du paragraphe 26, en même temps qu'une référence au paragraphe 131, qui exprimait une idée comparable au sujet du paragraphe 3 de l'article 7 de la nouvelle Loi type.

27. Pour ce qui est du paragraphe 27, on a suggéré d'exprimer plus vigoureusement l'idée selon laquelle, "pour atteindre un degré satisfaisant d'harmonisation et de sécurité, il est recommandé que les États apportent aussi peu de modifications que possible lors de l'incorporation de la nouvelle Loi type dans leurs systèmes juridiques". De l'avis général, il convenait d'ajouter à la fin de la phrase une formule telle que: ", et qu'ils tiennent dûment compte de ses principes fondamentaux, notamment la neutralité technologique, la non-discrimination entre les signatures électroniques nationales et étrangères, l'autonomie des parties et son origine internationale".

28. Diverses propositions ont été faites en ce qui concerne le paragraphe 28. L'une d'elles consistait à supprimer ce paragraphe, devenu inutile et risquant de com-

promettre l'acceptabilité de la nouvelle Loi type étant donné les modifications introduites au paragraphe 27. En réponse, beaucoup ont estimé que le paragraphe 28 était utile et rendait adéquatement compte de diverses vues qui avaient été exprimées lors de l'établissement de la Loi type. Du point de vue de la rédaction, une autre proposition visait à remplacer les mots "la Loi type offre des lignes directrices" par "certaines dispositions de la Loi type offrent des lignes directrices", afin d'éviter de donner à penser que la Loi type traitait exclusivement des infrastructures à clef publique (ICP). Une autre proposition visait à modifier le membre de phrase "trois fonctions distinctes intervenant dans tout type de signature électronique (à savoir la création, la certification et la confiance)" de manière à indiquer que certaines signatures électroniques (notamment les signatures numériques) ne faisaient intervenir aucune fonction de certification. On a donc proposé que le membre de phrase susmentionné soit modifié par exemple comme suit: "deux fonctions distinctes intervenant dans tout type de signature électronique (à savoir la création et la confiance), et une troisième intervenant dans certains types de signature électronique (par exemple la certification)". Cette proposition a été en substance adoptée par le Groupe de travail. Selon une autre proposition, les mots "trois entités séparées" ne rendaient pas adéquatement compte du fait que les trois fonctions envisagées au paragraphe 28 pouvaient être accomplies non seulement par moins de trois personnes distinctes, mais aussi par plus de trois parties, par exemple lorsque divers aspects de la fonction de certification étaient partagés entre différentes entités. Après un débat, il a été décidé d'utiliser les mots "trois entités séparées ou plus". Il a été demandé au secrétariat de revoir le texte du paragraphe 28 afin de veiller à ce qu'il couvre tous les cas où plus ou moins de trois entités séparées intervenaient.

29. Pour ce qui est du paragraphe 29, un renvoi au paragraphe 65 était de l'avis général nécessaire: il s'agissait d'une des sections du Guide dans laquelle la relation entre la nouvelle Loi type et l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique était examinée. Selon un avis, lorsqu'une disposition de la nouvelle Loi type était calquée sur un article de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (par exemple l'article 6 de la nouvelle Loi type et l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique), le Guide devait expliquer sans ambiguïté possible que seule la disposition la plus récente devait être incorporée dans le droit interne.

30. En ce qui concerne le paragraphe 32, il a été décidé de supprimer les mots "émetteur de la clef ou abonné" utilisés pour définir la "fonction de signataire" pour ne pas donner à penser qu'un signataire devait nécessairement être un émetteur ou un abonné de la clef. Pour ce qui est du membre de phrase "ces trois fonctions sont communes à tous les modèles d'ICP", il a été décidé d'aligner le texte du paragraphe 32 sur celui du paragraphe 28 et de viser séparément les deux fonctions communes à tous les modèles d'ICP (à savoir la signature et la confiance), et la troisième fonction caractéristique de certains modèles d'ICP (à savoir la fonction de certification). On a aussi estimé qu'il fallait reprendre au paragraphe 32 l'expression "trois entités séparées ou plus" introduite au paragraphe 28.

31. En ce qui concerne le paragraphe 35, il a été décidé de supprimer les mots "à ceux qui élaborent des lois sur les signatures électroniques".

32. S'agissant du paragraphe 38, il a été décidé de supprimer les mots "dans l'idéal" pour ne pas donner à penser que les signatures électroniques risquent de compromettre la confidentialité des données. Du point de vue de la rédaction, on a généralement estimé que, dans le texte anglais, "*virtually infeasible*" devait être remplacé par "*virtually impossible*", formule utilisée au paragraphe 40.

33. En ce qui concerne le paragraphe 42, on a déclaré que dire qu'une signature électronique "est inutile si on la dissocie de façon permanente [de son message]" revenait à énoncer une évidence et valait aussi pour les signatures manuscrites. On a suggéré de mieux exprimer dans le Guide l'idée que la signature numérique était techniquement invalide ou inutilisable si elle était dissociée de manière permanente du message. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de remplacer le mot "inutile" par "inutilisable".

34. En ce qui concerne le paragraphe 45, on a dit que l'expression "une très grande confiance" ne rendait pas adéquatement compte des situations dans lesquelles des certificats de faible valeur étaient utilisés. Afin de couvrir tous les types de certificats, il a été décidé d'utiliser l'expression plus générale "une certaine confiance" dans la dernière phrase du paragraphe 45. Du point de vue de la rédaction, le Groupe de travail a décidé de remplacer les mots "d'envoyer les clefs à" par les mots "de mettre les clefs à la disposition d'".

35. Pour ce qui est du paragraphe 47, il a été décidé de remplacer les mots "chiffrement à clef publique" par "cryptographie à clef publique". À cet égard, le secrétariat a été prié d'examiner l'emploi des termes "chiffrement" et "cryptographie" dans l'ensemble du Guide pour s'assurer qu'ils étaient utilisés de façon adéquate et cohérente.

36. En ce qui concerne le paragraphe 48, on a dit qu'il fallait que le Guide constate que, selon la législation de certains États, on pouvait établir une présomption d'attribution d'une signature électronique à un signataire particulier en publiant la déclaration visée au paragraphe 48 dans un bulletin officiel ou dans un document reconnu comme "authentique" par les pouvoirs publics. Il a été décidé à cette fin d'ajouter au paragraphe 48 une phrase qui pourrait être libellée comme suit: "La forme et l'efficacité juridique de la déclaration en question sont régies par la loi de l'État adoptant la nouvelle Loi type."

37. S'agissant du paragraphe 49, on a dit que le Guide ne devait pas donner à penser que le recours à des tiers était nécessairement la seule solution pour établir la confiance dans les signatures numériques. Il a donc été convenu de remanier comme suit la première phrase du paragraphe 48: "L'un des types de solution à certains de ces problèmes..." et d'ajouter à la fin du paragraphe une phrase qui pourrait être libellée comme suit: "D'autres solutions comprennent, par exemple, les certificats délivrés par les parties." S'agissant de la forme, on a suggéré de remplacer, dans l'ensemble du Guide, l'expression "tiers de confiance" par

"tiers", un terme plus neutre. On a expliqué que, dans certains pays, l'expression "tiers de confiance" était un terme technique utilisé uniquement pour décrire l'activité bien définie des entités exerçant des fonctions de séquestre de la clef dans le cadre d'utilisations spécifiques de la cryptographie à des fins de confidentialité.

38. En ce qui concerne le paragraphe 50, on a rappelé au Groupe de travail qu'il fallait examiner l'emploi des termes "chiffrement" et "cryptographie" dans l'ensemble du Guide pour s'assurer qu'ils étaient utilisés de façon adéquate et cohérente (voir A/CN.9/WG.IV/XXXVIII/ CRP.1/ Add.1, par. 15). On a fait observer que certains des éléments figurant parmi les facteurs de confiance qui résulteraient de la création d'une ICP ne relevaient pas du domaine des signatures électroniques. On a en particulier suggéré de supprimer les références à la cryptographie utilisée à des fins de confidentialité, et à l'interopérabilité des systèmes de chiffrement. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer ces deux références (numérotées 3 et 4 dans la première liste figurant au paragraphe 50). Dans le même esprit, on a dit que "décider quels utilisateurs se verront conférer tel ou tel privilège dans le système" ne devait pas figurer dans la liste des services généralement proposés par les ICP pour inspirer la confiance, car cette décision relevait de l'administration du système et non de l'action visant à inspirer la confiance. En outre, on a fait observer que la référence à la fourniture de "services de non-répudiation" dans le contexte d'une ICP n'était pas claire. Après un débat, il a été décidé de supprimer ces deux mentions (numérotées 4 et 8 dans la seconde liste figurant au paragraphe 50).

39. En ce qui concerne le paragraphe 52, on s'est demandé s'il était opportun que le Guide mentionne la question de savoir si l'État devrait conserver l'accès à l'information chiffrée. On a dit que le point 6 devrait être supprimé, car il risquait de donner une image négative du rôle des gouvernements en matière de cryptographie. Toutefois, l'opinion qui a prévalu était que le problème méritait d'être mentionné en temps qu'élément du contexte dans lequel une ICP pouvait être créée, bien que la question ne fût pas traitée dans la Loi type. Il a été décidé que pour mieux mettre en lumière le régime juridique de la cryptographie, le point 6 devrait être remanié, par exemple comme suit: "si l'État devrait avoir un droit d'accès à l'information chiffrée".

40. Pour ce qui est du paragraphe 53, le débat a essentiellement porté sur la dernière phrase. Selon une opinion, le mot "assuré" était trompeur, car on risquait d'y voir une forme d'assurance juridique stricte ou une présomption irréfragable que la signature numérique avait été créée par le signataire mentionné dans le certificat. On a proposé de faire commencer la phrase comme suit: "Si cette vérification est positive, le destinataire est dans une certaine mesure techniquement assuré...". Des réserves ont été émises au sujet de la fin de la phrase ("et que le message correspondant n'a pas été modifié depuis qu'on y a apposé une signature numérique"). En faveur de la suppression de ces derniers mots, on a dit que la vérification de l'intégrité de l'information était un attribut de la fonction de hachage et non de la signature numérique en elle-même et par elle-même. Afin de mieux rendre compte du rôle de la fonction de hachage, on a proposé de remplacer la fin de la phrase par ce qui suit: "et que la portion du message utilisé pour la fonction de hachage n'a pas été modifiée depuis qu'on y a apposé une signature numérique". Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, la vérification de l'intégrité des messages de données par la fonction de hachage était courante dans la pratique des signatures numériques. C'est pourquoi il a été décidé de remanier la dernière phase du paragraphe 53, qui pourrait se lire comme suit: "Si cette vérification est positive, le destinataire est dans une certaine mesure techniquement assuré que la signature numérique a été créée par le signataire et que la portion du message utilisé pour la fonction de hachage (et, par conséquent, le message de données correspondant) n'a pas été modifiée depuis qu'on y a apposé la signature numérique." En outre, il a été décidé que le Guide devrait être relu pour remplacer, chaque fois qu'il était possible, le "détenteur de la clef publique nommé dans le certificat" par le "signataire".

41. S'agissant du paragraphe 54, on a dit qu'il fallait que le Guide constate que, selon la législation de certains États, on pouvait inspirer la confiance dans la signature numérique du fournisseur de services de certification en publiant la clef publique de ce dernier dans un bulletin officiel (voir A/CN.9/WG.IV/XXXVIII/CRP.1/Add.1, par. 16). Cette suggestion a été acceptée par le Groupe de travail. À l'occasion de ce débat, on a généralement estimé que lorsqu'on mettrait la dernière main au Guide tout devrait être fait pour en assurer la cohérence terminologique. Le terme "autorité de certification", par exemple, devrait être remplacé là où il y avait lieu par "prestataire de services de certification".

42. Pour ce qui est du paragraphe 57, on a dit craindre que les mots "Dès cette suspension ou cette révocation, elle doit généralement publier une notification..." n'imposent une charge excessive au prestataire de services de certification. En outre, cette publication risquait d'être contraire aux obligations de ce dernier dans le cadre de la législation protégeant la confidentialité des données. Après un débat, il a été décidé que la dernière phrase du paragraphe 57 commencerait comme suit: "On peut attendre du prestataire de services de certification que, dès cette suspension ou cette révocation, il publie...".

43. En ce qui concerne le paragraphe 60, le Groupe de travail est convenu que, parmi les conditions auxquelles doit satisfaire le prestataire de services de certification, la dernière phrase devrait mentionner son obligation d'agir en conformité avec les déclarations qu'il a faites en ce qui concerne ses politiques et pratiques, comme prévu à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 9.

44. Pour ce qui est du paragraphe 62, on a suggéré de supprimer la troisième phrase de l'alinéa 3. On a également suggéré de remplacer le mot "prouve" figurant à l'alinéa 7 par la formule "constitue techniquement une certaine garantie" ou une formule similaire. Une autre proposition visait à remanier comme suit la première phrase de l'alinéa 10: "En cas de recours à la certification, la partie se fiant au certificat obtient du prestataire de services de certification (par l'intermédiaire du signataire ou autrement) un certificat qui confirme la signature nu-

mérique apposée sur le message du signataire". Une autre proposition consistait à supprimer la deuxième phrase de l'alinéa 10. Le Groupe de travail a adopté ces propositions. Du point de vue de la terminologie, il a été convenu de remplacer "expéditeur" et "destinataire" par "signataire" et "partie se fiant à la signature ou au certificat", respectivement.

45. S'agissant du paragraphe 67, les membres du Groupe de travail sont généralement convenus que, pour ne pas donner à penser que la nouvelle Loi type fournirait des solutions adaptées à tous les systèmes "fermés", il fallait remplacer les mots "et de dispositions contractuelles types" par "et, le cas échéant, de dispositions contractuelles types" ou une formule similaire.

46. S'agissant du paragraphe 69, on a dit que le Guide devrait davantage mettre l'accent sur l'utilisation de normes techniques volontaires. C'est pourquoi on a proposé d'ajouter ce qui suit à la fin du paragraphe:

> "La pratique commerciale a depuis longtemps recours au processus de normalisation technique volontaire. Ces normes techniques sont à la base des spécifications techniques des produits, des critères en matière d'ingénierie et de conception, et du consensus pour la recherche-développement concernant les nouveaux produits. Pour garantir la souplesse nécessaire à cette pratique commerciale et pour promouvoir des normes ouvertes en vue de faciliter l'interopérabilité et servir l'objectif de reconnaissance à l'étranger (aux termes de l'article 12), les États pourront souhaiter tenir dûment compte de la relation entre les spécifications pouvant figurer dans les réglementations nationales ou être autorisées par celles-ci et le processus de normalisation technique volontaire."

Le Groupe de travail a adopté cette proposition.

47. En ce qui concerne le paragraphe 70, on a proposé de faire figurer le droit de la responsabilité civile parmi les branches du droit dont la Loi type ne traite pas expressément.

48. Pour ce qui est du paragraphe 72, le Groupe de travail a d'une manière générale estimé que les fonctions des signatures manuscrites étaient couvertes de manière adéquate au paragraphe 29. Il a donc été décidé que le paragraphe 72 se lirait comme suit: "L'article 7 est fondé sur la reconnaissance des fonctions que remplit la signature dans un environnement papier, telles que celles-ci sont décrites au paragraphe 29."

49. En ce qui concerne le paragraphe 76, on a dit que le Guide devrait mieux indiquer que la Loi type ne vise pas à établir deux catégories ou classes différentes de signatures électroniques. Après un débat, il a été décidé de remplacer la deuxième phrase ("La Loi type a pour effet de reconnaître deux catégories de signatures électroniques") par ce qui suit: "La Loi type établit deux régimes distincts en fonction du moment où la certitude est acquise pour ce qui est de la reconnaissance d'une signature électronique comme étant fonctionnellement équivalente à une signature manuscrite". Pour des raisons similaires, il a été décidé de supprimer les mots "(parfois appelés "renforcées", "sécurisées" ou "qualifiées")". Quant aux références aux deux catégories ("La première, et la plus large" et "La seconde catégorie, plus étroite"), il a été décidé, pour mieux rendre la position de principe sur laquelle repose la Loi type, que le texte devrait se lire comme suit: "Le premier régime, le plus large, est celui décrit à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il comprend toute "méthode"... Le second régime, plus étroit, est celui créé par la nouvelle Loi type. Il comprend des méthodes de signature électronique...".

50. En ce qui concerne le paragraphe 78, le Groupe de travail a décidé, pour expliquer pourquoi le signataire devait prendre des précautions en ce qui concerne les données afférentes à la signature d'insérer ce qui suit ou une formule similaire: "En elle-même, la signature numérique ne garantit pas que la personne qui a en fait signé est le signataire. Au mieux, la signature numérique donne l'assurance qu'elle est attribuable au signataire." Dans ce contexte, on a dit qu'il fallait toujours dans le Guide parler de "données afférentes à la création de signatures" et non de "dispositif de signature".

51. Pour ce qui est du paragraphe 80, on a généralement estimé qu'eu égard au sous-alinéa ii de l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 9 le membre de phrase "la personne qui est identifiée dans le certificat contrôlait le dispositif de signature au moment de la signature" devait être remplacé par "le signataire identifié dans le certificat avait, au moment de l'émission de ce dernier, le contrôle des données afférentes à la création de signatures". On a également estimé, étant donné que le prestataire de services de certification ne traiterait pas toujours directement avec la partie se fiant à la signature, de remplacer les mots "Lorsqu'il traite avec la partie se fiant à la signature" par "Dans l'intérêt de la partie se fiant à la signature".

52. Pour ce qui est du paragraphe 82, on a suggéré de mentionner au début du paragraphe "des critères en vue de la reconnaissance juridique des signatures électroniques" et pas seulement "la reconnaissance juridique des signatures électroniques". Selon une autre suggestion, la cryptographie symétrique devait figurer dans la liste indicative de techniques figurant dans le paragraphe. S'agissant de la biométrie, on a suggéré d'expliciter comme suit les modalités de cette technique: "procédés biométriques (permettant l'identification des individus par leurs caractéristiques physiques, que ce soit la forme de la main ou du visage, la lecture des empreintes digitales, la reconnaissance de la voix ou le balayage de la rétine, etc.)". Selon une autre suggestion, la dynamique des signatures devait aussi figurer dans la liste. On a également suggéré de mentionner la possibilité d'utiliser des "marques" pour authentifier les messages de données à l'aide d'une carte à puce ou d'un autre dispositif détenu par le signataire, et d'indiquer que les diverses techniques énumérées pouvaient être utilisées simultanément pour réduire le risque systémique. Le Groupe de travail a adopté ces suggestions.

53. À la fin de l'examen du paragraphe 82, on a proposé d'ajouter à la section IV une sous-section pour indiquer que la non-discrimination et la reconnaissance des certificats étrangers étaient l'une des principales caractéristiques

de la Loi type. Le secrétariat a été prié d'élaborer un texte à cet effet sur la base des débats tenus par le Groupe de travail sur l'article 12.

54. S'agissant du paragraphe 87, on a dit que l'expression "*media-neutral rules*" utilisée dans le texte anglais n'était pas appropriée et devait être remplacée par "*technology-neutral rules*". De l'avis général, la nouvelle Loi type reposait sur la "neutralité technologique" (c'est-à-dire la non-discrimination entre les diverses techniques utilisées pour la transmission et le stockage de l'information dans un environnement électronique). Toutefois, on a fait observer que la neutralité quant aux médias (c'est-à-dire la non-discrimination entre les techniques faisant appel au papier et les techniques électroniques) devait également être mentionnée comme l'un des objectifs de la nouvelle Loi type. Après un débat, il a été décidé d'utiliser l'expression "règles véritablement neutres quant aux techniques et médias utilisés". On a proposé de modifier comme suit l'avant-dernière phrase du paragraphe: "Lors de l'élaboration de la Loi type, le Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique a respecté le principe de la neutralité technologique, bien qu'il fût conscient que les "signatures numériques", c'est-à-dire les signatures électroniques obtenues par la cryptographie à deux clefs, constituaient une technique particulièrement répandue". On a combattu cette proposition au motif qu'il ne fallait pas souligner indûment le rôle de la cryptographie à clef publique. On a proposé de remplacer "répandue" par "prometteuse". On a aussi expliqué que les techniques d'authentification telles que celles faisant appel à des numéros personnels d'identification ou les signatures authentifiées fondées sur des arrangements contractuels pouvaient être considérées comme plus répandues que la cryptographie à clef publique. Néanmoins, selon l'opinion qui a prévalu, il convenait, compte tenu de l'importance de la cryptographie à clef publique, de conserver le mot "répandue". L'avant-dernière phrase du paragraphe a donc été modifiée comme initialement proposé. Quant à la dernière phrase, du fait qu'aucune des dispositions de la Loi type n'altérait expressément les règles régissant traditionnellement les signatures manuscrites, le Groupe de travail a décidé de la supprimer.

55. En ce qui concerne le paragraphe 91, il fallait de l'avis général expliciter l'expression "l'existence de deux régimes" figurant dans la dernière phrase pour ne pas donner à penser qu'une approche technologique particulière était suivie sur la base des diverses catégories de signatures électroniques. Le secrétariat a été prié de mettre au point une formule indiquant sans aucune équivoque possible que "l'existence de deux régimes" qu'il fallait éviter serait le résultat d'une discrimination entre signatures électroniques utilisées au niveau national et signatures électroniques utilisées dans le cadre des opérations commerciales internationales.

56. Pour ce qui est du paragraphe 94, on a, d'une manière générale, estimé qu'il fallait, pour la clarté du texte, ajouter les mots ", si ce n'est qu'il est sous forme électronique et non sur support papier" à la fin de la première phrase.

57. S'agissant du paragraphe 96, on a dit qu'il fallait indiquer plus clairement que le certificat avait pour fonction d'établir un lien entre la clef publique et le signataire, et on a proposé de le modifier comme suit:

"Dans le contexte des signatures électroniques qui ne sont pas des signatures numériques, le terme "données afférentes à la création de signatures" désigne les clefs secrètes, codes ou autres éléments qui, dans le processus de création d'une signature électronique, sont utilisés pour établir un lien sûr entre la signature électronique résultante et la personne du signataire. Par exemple, dans le contexte des signatures électroniques s'appuyant sur des dispositifs biométriques, l'élément essentiel serait l'indicateur biométrique, tel qu'une empreinte digitale ou des données de balayage de la rétine. La définition porte uniquement sur les éléments essentiels devant demeurer confidentiels pour garantir la qualité du processus de signature, à l'exclusion de tout autre élément qui, quoique pouvant contribuer au processus de signature, pourrait être révélé sans compromettre pour autant la fiabilité de la signature électronique en résultant.

Par ailleurs, dans le contexte des signatures numériques s'appuyant sur la cryptographie asymétrique, l'élément principal qui peut être décrit comme "lié exclusivement au signataire" est la paire de clefs cryptographiques. Dans le cas des signatures numériques, la clef publique comme la clef privée sont liées à la personne du signataire. Comme l'objectif principal du certificat, dans le contexte des signatures numériques, est de confirmer le lien entre la clef publique et le signataire (voir par. 53 à 56 et 62-10 ci-dessus), il est également nécessaire que la clef publique soit certifiée comme appartenant au signataire.

Si seule la clef privée relève de cette définition des "données afférentes à la création de signatures", il est important d'indiquer, pour éviter tout doute à cet égard, que, dans le contexte des signatures numériques, la définition du terme "certificat" figurant à l'alinéa *b* de l'article 2 s'entend comme comprenant la confirmation du lien entre le signataire et la clef publique de celui-ci.

Figure également parmi les éléments à ne pas inclure dans la définition le texte signé électroniquement, quoiqu'il joue également un rôle important dans le processus de création de signature (dans le cadre d'une fonction de hachage ou autrement). L'article 6 exprime l'idée que les données afférentes à la création de la signature doivent être liées au signataire et à personne d'autre (A/CN.9/483, par. 75)."

Le Groupe de travail a approuvé le texte proposé.

58. S'agissant du paragraphe 118, le Groupe de travail a décidé de supprimer la référence à une "signature électronique améliorée". Il a donc décidé de remanier la première phrase comme suit: "Pour établir la certitude quant aux effets juridiques résultant de l'usage d'une signature électronique au sens de l'article 2, le paragraphe 3 établit expressément les effets juridiques qui résulteraient de la réunion de certaines caractéristiques techniques d'une signature électronique."

59. En ce qui concerne le paragraphe 121, on a rappelé au Groupe de travail la nécessité de faire preuve de cohé-

rence dans l'utilisation de la notion de "données afférentes à la création de signatures".

60. S'agissant du paragraphe 122, il a été décidé, du point de vue de la rédaction, de remplacer dans le texte anglais les mots "*the time at which the signature is created*" par "*the time of signing*". Il a aussi été décidé d'insérer dans le paragraphe un renvoi au paragraphe 102 et de veiller à la cohérence des références au représentant du signataire figurant dans ces deux paragraphes.

61. S'agissant du paragraphe 123, le Groupe de travail a, d'une manière générale, estimé que la troisième phrase ("Lorsqu'une signature est utilisée pour signer un document, l'idée de l'intégrité du document est inhérente à l'utilisation de la signature") était superflue et devait être supprimée. Du point de vue de la rédaction, il a été décidé de remplacer les mots "*to emphasize that*" figurant dans la deuxième phrase du texte anglais par "*to emphasize the notion that*".

62. Pour ce qui est du paragraphe 124, on a dit que la dernière phrase "En toutes circonstances, l'alinéa *d* aurait pour effet de créer un équivalent fonctionnel d'un document original" était trop générale. Le Groupe de travail a décidé de la remplacer par la phrase suivante: "Dans certains pays, l'alinéa *d* peut avoir pour effet de créer un équivalent fonctionnel d'un document original". Il a aussi été décidé de supprimer le titre du paragraphe.

63. À la fin de l'examen de la partie du projet de guide concernant l'article 6, plusieurs propositions tendant à l'insertion de paragraphes supplémentaires ont été faites. Selon une de ces propositions, le Guide devait contenir des explications quant au rôle et au fonctionnement du paragraphe 4 de l'article 6. On a dit que le Guide devait indiquer clairement que le paragraphe 4 de l'article 6 visait à fournir un fondement juridique à la pratique commerciale répandue par laquelle les commerçants réglementaient eux-mêmes, par voie contractuelle, l'usage des signatures électroniques dans leurs relations. Il fallait aussi indiquer de manière appropriée que l'alinéa *b* du paragraphe 4 de l'article 6 ne limitait pas la possibilité d'écarter par la preuve contraire la présomption envisagée au paragraphe 3 du même article. Selon une autre proposition, le Guide devait contenir des explications quant au rôle du paragraphe 5 de l'article 6. On a proposé d'élaborer de telles explications en combinant le texte des paragraphes 51 et 52 du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Le Groupe de travail a adopté ces propositions.

64. En ce qui concerne le paragraphe 128, l'idée de modifier comme suit la fin de la première phrase a été largement approuvée: "bénéficier de la règle créée en vertu de l'article 6".

65. S'agissant du paragraphe 129, il a été décidé, pour éviter de donner à penser qu'une entité s'occupant de la validation des signatures électroniques sera normalement un établissement public, de supprimer le mot "nécessairement".

66. Pour ce qui est du paragraphe 130, il a été décidé de supprimer le mot "officielles". Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait mentionner, parmi les organisations définissant des normes, les organismes régionaux d'accréditation fonctionnant sous l'égide de l'Organisation internationale de normalisation ainsi que le World Wide Web Consortium. On a proposé d'ajouter une référence aux "normes de facto" en sus des pratiques des divers secteurs d'activité et des usages commerciaux. On s'est opposé à cette proposition au motif que la notion de "normes de facto" n'était pas suffisamment claire et était probablement couverte par la notion de "pratiques des divers secteurs d'activité et usages commerciaux". Du point de vue de la rédaction, on a décidé de supprimer le mot "également" figurant dans la dernière phrase.

67. S'agissant du paragraphe 132, on a proposé de reprendre le libellé du paragraphe 139 dans le contexte de l'article 8 en indiquant que "les auteurs de la Loi type ont pris soin de ne pas exiger d'un signataire un niveau de diligence ou de fiabilité sans rapport raisonnable avec les fins pour lesquelles la signature électronique ou le certificat est utilisé. La Loi type privilégie donc une solution qui lie les obligations énoncées à l'article 8 à la production de signatures électroniques ayant une valeur juridique (A/CN.9/483, par. 117)." Le Groupe de travail a adopté cette proposition. On s'est inquiété de ce que la dernière phrase du paragraphe 132 n'indiquait pas clairement si l'article 8, en prévoyant la responsabilité du signataire, s'écartait des règles générales régissant cette responsabilité. On a déclaré qu'il pouvait y avoir des doutes, en particulier sur le point de savoir si l'article 8 avait pour effet de créer une responsabilité objective ou si le signataire pouvait invoquer des excuses exonératoires, par exemple le comportement des autres parties. Afin d'indiquer sans l'ombre d'un doute que l'article 8 avait seulement pour effet d'établir le principe de la responsabilité du signataire, sans envisager aucune des conséquences pouvant découler de ce principe en vertu du droit applicable, il a été décidé de remanier comme suit la dernière phrase: "Le principe de la responsabilité du signataire qui n'appliquerait pas les dispositions du paragraphe 1 est énoncé au paragraphe 2; l'étendue de cette responsabilité découlant du non-respect de ce code de conduite relève de la loi applicable en dehors de la Loi type (voir par. 136 ci-après)."

68. Dans le cadre de l'examen du paragraphe 134, on a dit que la règle énoncée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8 risquait d'être difficile à appliquer dans la pratique. Le Groupe de travail a noté que la Commission devrait peut-être se pencher de nouveau sur cette question.

69. En ce qui concerne le paragraphe 136, il a été proposé de remplacer "devrait entraîner une responsabilité" par "pourrait entraîner une responsabilité", de même que "le détenteur des données afférentes à la signature devrait être tenu responsable" par "le détenteur des données afférentes à la signature pourrait être tenu responsable". La proposition a soulevé des objections selon lesquelles il ne fallait pas s'écarter de la teneur de la norme contenue à l'article 8. Sur le plan de la rédaction, il a été convenu de supprimer le mot "tenu". Selon un avis, le libellé du paragraphe 2 de

l'article 8, tel qu'analysé dans le projet de guide pour ce qui était de la responsabilité, aboutirait à un résultat contraire aux attentes du marché et à la plupart des pratiques qui se développent et cette analyse nuirait considérablement à l'acceptabilité des dispositions du Guide.

70. En ce qui concerne le paragraphe 137, il a été généralement convenu de supprimer la dernière phrase, jugée superflue. Selon un avis, les mots "effets juridiques" pourraient ne pas conduire, en eux-mêmes, à la différenciation nécessaire entre les normes applicables aux signatures de moindre valeur et celles de valeur plus élevée.

71. En ce qui concerne le paragraphe 138, il a été proposé d'insérer, après la première phrase, une phrase qui se lirait ainsi: "Il convient de noter que, s'il s'agit de signatures numériques, il doit en outre être possible de vérifier le lien avec le signataire, tant par la clef publique que par la clef privée." Le Groupe de travail a souscrit à cette proposition. Il a également été proposé de placer le paragraphe tout entier "sous réserve de l'article 5". On a fait valoir que, dans certains systèmes juridiques, l'article 9 pourrait être interprété comme dérogeant à la règle générale énoncée à l'article 5. La plupart des membres du Groupe de travail estimaient toutefois que l'article 5 posait en des termes suffisamment larges le principe selon lequel les dérogations conventionnelles à la Loi type étaient acceptables. À vouloir réénoncer ce principe dans le contexte de certaines dispositions de la Loi type, on risquerait d'affaiblir sa portée dans le reste du texte. Selon un avis, le libellé de l'article 9, tel qu'analysé dans le Guide, établirait des normes qui n'étaient pas fondées sur la pratique du marché et qui n'étaient appliquées par aucun grand service de certification, qui ne pouvaient être respectées et qui feraient obstacle à l'adoption de la Loi type. Cette question devrait donc être réexaminée par la Commission.

72. En ce qui concerne le paragraphe 139, il a été convenu de remplacer "les auteurs de la Loi type ont pris soin de ne pas exiger" par "la Loi type n'exige pas".

73. En ce qui concerne le paragraphe 140, on s'est généralement accordé à penser que la première phrase était superflue et devrait être supprimée. Par conséquent, le paragraphe devrait commencer par: "Le paragraphe 2 a pour effet de laisser à la législation nationale".

74. En ce qui concerne le paragraphe 141, on a fait observer qu'il valait mieux ne pas se référer aux travaux antérieurs du Groupe de travail. La plupart des membres estimaient toutefois qu'il fallait expliquer le raisonnement suivi lors de l'adoption du paragraphe 2 de l'article 9. Afin de ne pas trop mettre en relief le rôle des prestataires de services de certification, il a été convenu de remplacer la deuxième phrase ("Lors de la préparation de la Loi type, il a été observé que les prestataires de services de certification remplissaient des fonctions intermédiaires qui étaient indispensables au commerce électronique et qu'une disposition unique s'inspirant du paragraphe 2 ne suffirait pas à traiter la question de la responsabilité de ces professionnels") par le libellé suivant: "Lors de la préparation de la Loi type, il a été observé qu'une disposition unique s'inspirant du paragraphe 2 ne suffirait pas à traiter la question de la responsabilité des prestataires de services de certification." On a fait observer que le Guide devrait faire apparaître clairement que, lorsque les prestataires de service de certification étaient assujettis aux lois d'un État étranger, les limitations éventuelles de leur responsabilité devraient être évaluées au regard de la législation de cet État. D'une façon plus générale, on a estimé que, pour déterminer le préjudice dans l'État adoptant, il fallait tenir compte du régime de responsabilité applicable aux activités des prestataires de services de certification dans l'État étranger désigné par la règle de conflit de lois pertinente. On s'est généralement accordé à penser qu'il fallait évoquer dans le Guide la nécessité de prendre en compte les règles de limitation de responsabilité dans l'État où le prestataire de services de certification était établi ou dans tout autre État dont les lois s'appliqueraient en vertu de la règle de conflit de lois pertinente. Suite à cette discussion, il a été convenu de remplacer les mots "pour évaluer le préjudice" par "pour évaluer la responsabilité".

75. En ce qui concerne le paragraphe 146, il a été proposé d'insérer, avant la dernière phrase, une phrase qui devrait se lire à peu près comme suit: "Celles-ci n'ont pas pour objet de faire obligation à la partie se fiant à la signature électronique de se conformer à des limitations ou de vérifier des informations auxquelles elle n'a pas facilement accès." Il a également été proposé d'introduire une déclaration générale dans le paragraphe qui se lirait à peu près comme suit: "Les conséquences du non-respect par la partie se fiant à la signature électronique des exigences de l'article 11 sont régies par le droit applicable en dehors de la Loi type." Le Groupe de travail a adopté les deux propositions. Selon un avis, on éviterait de gros problèmes en employant dans les paragraphes 2 des articles 8 et 9 le même libellé que dans l'article 11 et la Commission devrait réexaminer cette question à sa prochaine session.

76. En ce qui concerne le paragraphe 147, il a été proposé de remplacer les mots "produisent légalement leurs effets" par "sont susceptibles de produire légalement leurs effets". Le Groupe de travail a adopté cette proposition. Il a également été proposé d'ajouter le libellé suivant à la fin du paragraphe 147: "S'agissant des signatures électroniques, les alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 sont sans effet sur l'application de toute disposition de droit national ou international selon laquelle les effets ou conséquences juridiques de la signature pourraient dépendre, ou découler, du lieu dans lequel la signature a été créée ou du lieu dans lequel le signataire a son établissement." On a fait observer que le libellé proposé ne faisait pas suffisamment ressortir le principe de non-discrimination consacré à l'article 12, selon lequel un traitement égal devrait être réservé par le droit de l'État adoptant aux certificats nationaux et aux étrangers. Par conséquent, les certificats émis à l'étranger ne seraient pas nécessairement régis par les lois du pays où ils ont été émis. Dans le cadre de cette discussion, il a également été proposé de faire apparaître dans le Guide que le principe de réciprocité devrait régir la reconnaissance des effets juridiques des certificats étrangers. On s'est toutefois accordé à penser que la réciprocité n'était pas un élément pertinent pour l'article 12. À la suite du débat, le Groupe de travail a décidé de ne retenir aucune des deux propositions.

77. En ce qui concerne le paragraphe 150, il a été proposé d'en remanier la deuxième phrase, qui pourrait se lire comme suit: "De ce fait, les certificats et signatures électroniques peuvent produire des effets juridiques variables, que ce soit dans le pays où ils ont été émis ou à l'étranger." On s'est accordé à penser que le libellé proposé rendait bien compte de la pratique selon laquelle même les certificats que l'on appelle parfois "certificats de moindre valeur" peuvent, dans certaines circonstances (par exemple lorsque les parties sont convenues, par convention, de recourir à de tels instruments) produire des effets juridiques. La question de savoir ce que recouvrait l'expression "certificats du même type" a été soulevée. En effet, une difficulté d'interprétation pourrait surgir au sujet de l'expression "équivalence à établir entre certificats du même type": s'agissait-il de certificats de même niveau hiérarchique ou de certificats remplissant des fonctions comparables, par exemple en assurant des niveaux de fiabilité équivalents? À l'issue du débat, il a été convenu de remplacer l'expression "certificats du même type" par un libellé qui pourrait se lire comme suit: "certificats comparables sur le plan fonctionnel".

78. Le Groupe de travail a estimé qu'abstraction faite des observations susmentionnées, les paragraphes 1 à 155 du projet de guide étaient acceptables quant au fond. Il a prié le secrétariat de revoir toutes les dispositions du Guide afin d'en assurer la cohérence tant sur le plan du fond que sur celui de la terminologie.

III. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

79. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'à sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission avait pris note d'une recommandation adoptée le 15 mars 1999 par le Centre pour la facilitation des procédures et des pratiques dans l'administration, le commerce et les transports (CEFACT) (devenu le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques) de la Commission économique pour l'Europe, tendant à ce que la CNUDCI envisage les mesures à prendre pour veiller à ce que les termes "écrit", "signature" et "document" dans les conventions et accords relatifs au commerce international soient entendus comme autorisant les équivalents électroniques. Il a aussi été rappelé au Groupe de travail qu'à sa trente-troisième session, en 2000, la Commission avait procédé à un échange de vues préliminaires sur ses travaux futurs dans le domaine du commerce électronique. Les sujets sur lesquels la Commission a décidé que des études préliminaires devaient être entreprises comprenaient les contrats électroniques du point de vue de la Convention des Nations Unies sur les ventes, le règlement des différends et la dématérialisation des titres représentatifs et des instruments négociables.

80. Avant d'examiner des propositions concrètes en vue des travaux futurs dans les domaines ci-dessus, le Groupe de travail a été informé de l'état des travaux que le secrétariat ou d'autres groupes de travail étaient en train de mener en application de mandats de la Commission. On a noté que le Groupe de travail sur l'arbitrage étudiait comment il pourrait être nécessaire de modifier ou d'interpréter les instruments juridiques de caractère législatif pour autoriser l'emploi des documents électroniques, en particulier pour assouplir les prescriptions en vigueur en ce qui concerne la forme écrite des compromis d'arbitrage. On a fait observer que les mécanismes de règlement des différends en ligne étaient relativement récents et qu'on n'avait pas encore déterminé si des règles spécifiques étaient nécessaires pour en faciliter l'utilisation. On a aussi noté que le secrétariat, en coopération avec le CMI, était en train d'effectuer un recensement général des problèmes juridiques découlant des lacunes laissées par les lois nationales et les conventions internationales existantes dans le domaine du transport international de marchandises par mer (un résumé de ces travaux figure dans le document A/CN.9/476). Ces problèmes comprennent des questions comme celles du fonctionnement des connaissements et autres documents de transport maritime, la relation entre ces documents de transport et les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur des marchandises et la situation juridique des entités qui financent une partie au contrat de transport. Enfin, le Groupe de travail a été informé que le secrétariat, suite à une demande de la Commission, mettait la dernière main à une étude sur les sûretés, dans le cadre de laquelle il devait examiner les problèmes qui se posent en ce qui concerne les systèmes d'enregistrement des sûretés sans dépossession. Il a été rappelé au Groupe de travail que l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) travaillait actuellement à un projet sur des questions de droit matériel relatives aux intermédiaires de titres et qu'il était important d'éviter tout chevauchement avec ces travaux. Le Groupe de travail a pris note de ces informations.

A. Obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux relatifs au commerce international

81. Le Groupe de travail a noté qu'en réponse à la recommandation faite par le CEFACT le 15 mars 1999, le secrétariat avait commandé une étude des questions de droit international public que soulevaient les mesures nécessaires pour que les termes "écrit", "signature" et "document" figurant dans les conventions et accords relatifs au commerce international soient entendus comme autorisant les équivalents électroniques. Dans cette étude, il était indiqué que la technique la plus efficace pour mettre à jour, dans des conditions optimales de célérité et d'exhaustivité, les définitions figurant dans les différents instruments inventoriés dans l'étude menée par le CEFACT semblait être la conclusion, à l'initiative de la CNUDCI, d'un accord interprétatif en forme simplifiée ayant pour objet de préciser et de compléter les définitions des termes "signature", "écrit" et "document" figurant dans tous les instruments internationaux existants et futurs, quel que soit leur statut juridique. On a aussi suggéré que pour renforcer l'efficacité d'un tel accord et en promouvoir l'universalité, l'Assemblée générale pourrait adopter une résolution à cet effet, et l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et le Conseil général de l'OMC, en particulier, des recommandations. Le Groupe de travail a aussi pris note d'une proposition de la France tendant à ce que la Commission élabore un traité international et pas seulement un instrument interprétatif, admettant les équivalents électroniques de l'écrit, de la signa-

ture et du document dans le commerce international (A/CN.9/WG.IV/WP.93).

82. Des doutes ont été exprimés au Groupe de travail au sujet de la nécessité et de la possibilité d'entreprendre des travaux comme ceux proposés dans la documentation dont le Groupe de travail était saisi. On a déclaré qu'étant donné le grand nombre et la diversité des instruments internationaux il risquait d'être extrêmement difficile de les modifier pour permettre l'utilisation des moyens de communication électroniques. On a dit en outre que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique contenait déjà suffisamment d'indications sur l'interprétation à donner à certains termes juridiques comme "écrit", "signature" et "original" et que, dans la mesure où de nombreux pays étaient en train d'adopter une législation sur le commerce électronique, il n'était nul besoin d'un instrument international comme celui qui était envisagé.

83. L'opinion qui a toutefois prévalu au sein du Groupe de travail était que bien que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique constituât une base utile pour moderniser les droits internes et interpréter les instruments internationaux, les obstacles juridiques au développement du commerce électronique découlant des instruments internationaux, en particulier des conventions et traités multilatéraux, appelaient une attention particulière. On a fait observer que dans de nombreux pays les obligations conventionnelles primaient le droit interne. Lorsqu'un instrument international érigeait des obstacles à l'utilisation de moyens électroniques de communication, seul un autre instrument international ayant la même place dans la hiérarchie des normes pouvait les éliminer.

84. On est généralement convenu que si cela était possible, il serait préférable d'adopter un instrument international unique plutôt que de modifier individuellement les divers traités et conventions en question. Des vues divergentes ont néanmoins été exprimées sur la nature de l'instrument à élaborer. Selon certains, il était préférable d'élaborer une recommandation, que pourrait par exemple adopter l'Assemblée générale, dans laquelle les États seraient invités à veiller à ce que dans les conventions et traités internationaux les prescriptions exprimées par les termes "écrit", "signature" et "original" soient interprétées d'une manière autorisant leurs équivalents électroniques. À l'opposé, certains ont estimé que, n'ayant pas force obligatoire, une telle recommandation ne suffirait pas à assurer la certitude juridique nécessaire aux parties aux opérations internationales.

85. Au cours du débat, le Groupe de travail a noté que l'étude du CEFACT portait sur un large éventail d'instruments internationaux et que les termes "écrit", "signature" et "original" n'avaient pas nécessairement la même signification ni la même fonction dans tous ces instruments. On a aussi noté que, pour permettre le libre usage des moyens électroniques de communication, il fallait également examiner d'autres notions fréquemment utilisées dans les instruments internationaux, comme celles exprimées par les termes "formation [du contrat]", "réception", "livraison", "certifié" et notions comparables. Il fallait à cet égard accorder une attention particulière au domaine ou à l'industrie spécifique régi par chaque instrument.

86. Ayant examiné les diverses positions en présence, le Groupe de travail a décidé de recommander à la Commission de commencer les travaux d'élaboration d'un instrument international ou d'instruments internationaux visant à éliminer les obstacles juridiques au commerce électronique susceptibles de découler d'instruments de droit commercial international. Il a aussi été décidé d'entreprendre une nouvelle étude permettant au Groupe de travail de recommander une approche déterminée. Le Groupe de travail a en particulier décidé de recommander à la Commission de prier le secrétariat de mener une étude exhaustive des obstacles juridiques possibles au développement du commerce électronique dans les instruments internationaux, y compris ceux déjà mentionnés dans l'étude du CEFACT. Une telle étude devrait viser à identifier la nature et le contexte de ces obstacles afin de permettre au Groupe de travail de formuler des recommandations précises quant à la manière de procéder. Cette étude devrait être menée par le secrétariat avec l'assistance d'experts extérieurs et en consultation avec les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales compétentes.

B. Transfert de droits sur les biens corporels et autres droits

87. Le Groupe de travail était saisi d'une note du secrétariat contenant une étude préliminaire des questions juridiques posées par l'utilisation de moyens électroniques de communication pour transférer ou créer des droits sur des biens corporels et autres droits (A/CN.9/WG.IV/WP.90), et d'une note antérieure du secrétariat sur les questions juridiques posées par la mise au point de substituts électroniques aux connaissements maritimes (A/CN.9/WG.IV/WP.69).

88. De l'avis général des membres du Groupe de travail, les sujets envisagés étaient importants et il était utile d'examiner les substituts électroniques possibles aux documents de propriété sur support papier et autres formes d'instruments dématérialisés représentant ou attestant des droits sur des biens corporels ou des droits ayant une valeur pécuniaire. Des opinions divergentes ont toutefois été exprimées sur les questions particulières qui devaient être examinées et la priorité qu'il convenait de leur assigner.

89. Selon une opinion, la question de la cessibilité des droits sur des biens corporels ou autres droits dans un environnement électronique soulevait de nombreuses questions, par exemple en droit patrimonial, auquel les divers systèmes juridiques donnaient des réponses fort différentes. On a dit que les questions juridiques que posait la création des registres électroniques ou systèmes comparables d'enregistrement des cessions de droits sur les biens corporels, des sûretés ou des transferts d'autres droits n'avaient pas à être étudiées, car de nombreux pays ne disposaient pas de tels registres et n'envisageaient pas d'en créer. Étant donné les difficultés que posait la recherche de solutions uniformes dans un domaine aussi large, les questions touchant la cessibilité des droits ne se prêtaient à des travaux utiles que dans des domaines spéci-

fiques étroitement définis. On pouvait par exemple étudier les substituts ou alternatives électroniques possibles aux titres de propriété sur support papier et autres formes d'instruments dématérialisés qui représentaient ou incorporaient des droits sur des biens corporels. Pouvait aussi être étudié le rôle des intermédiaires dans le négoce des sûretés relatives aux investissements. On a toutefois déclaré, en ce qui concerne cette dernière question, qu'il était peut-être trop ambitieux d'essayer de parvenir à un consensus sur des questions juridiques de fond étant donné les grandes disparités existant dans les solutions retenues par les divers systèmes juridiques. Cette difficulté est devenue apparente dans le cadre des travaux effectués par la Conférence de La Haye de droit international privé pour élaborer un instrument international sur le droit applicable à la détention de sûretés à titre de garantie.

90. Selon une autre opinion, il serait utile que le Groupe de travail examine les questions liées à la création de registres ou d'autres méthodes permettant de négocier les droits par des moyens électroniques en vue de mettre au point des systèmes appropriés de publicité en ce qui concerne les cessions de droits sur des biens corporels, de sûretés et autres droits. L'économie mondiale devient de plus en plus intégrée, et la création de tels systèmes pourrait contribuer à améliorer la sécurité juridique dans les opérations internationales, en particulier les opérations financières, facilitant ainsi aux pays du monde entier, notamment aux pays en développement, l'accès aux marchés internationaux de capitaux.

91. À cet égard, on a rappelé au Groupe de travail les travaux qu'était en train d'effectuer le secrétariat dans le domaine des sûretés, en particulier les sûretés sur les stocks, dans le cadre desquels devaient être étudiées des questions comme celles que posaient les systèmes d'enregistrement des sûretés sans dépossession. On a dit que l'examen par le Groupe de travail de questions touchant la mise au point de registres électroniques pour la création et la cession de droits sur des biens et autres droits viendrait heureusement compléter les travaux dans le domaine des sûretés.

92. On a de plus déclaré qu'une analyse des questions touchant la cessibilité des droits dans un environnement électronique pourrait compléter utilement les travaux de la Commission dans le domaine du droit des transports. On a fait observer que, du fait des travaux actuellement menés par le secrétariat en coopération avec le CMI, la Commission était censée entreprendre l'élaboration d'un nouveau régime international complet pour le transport international de marchandises par mer. Ainsi, une analyse par le Groupe de travail des questions juridiques soulevées par la création de substituts électroniques aux documents de transport sur support papier constituerait une contribution précieuse à ce projet, en ce qu'elle pourrait aboutir à l'élaboration de dispositions spécifiques axées sur le commerce électronique susceptibles, le moment venu, de faire partie intégrante du nouveau régime international envisagé. Les compétences particulières du Groupe de travail dans le domaine du commerce électronique pourraient être mises à profit pour concevoir des solutions spécifiques susceptibles, le moment venu, d'être intégrées dans cet autre projet.

93. Le Groupe de travail a examiné assez longuement diverses opinions exprimées. De l'avis général, il devait réfléchir davantage afin de définir plus précisément la portée des travaux futurs dans ce domaine. Il a donc décidé de recommander à la Commission que le secrétariat soit prié d'étudier les questions touchant le transfert de droits, en particulier de droits sur des biens corporels, par des moyens électroniques et les mécanismes permettant de publier et de conserver les actes de cession ou de constitution de sûretés sur de tels biens. Il faudrait, dans le cadre de cette étude, examiner dans quelle mesure les systèmes électroniques de transfert de droits sur des biens peuvent affecter les droits de tiers. Il faudrait aussi envisager la question de l'interface entre les substituts électroniques aux documents de propriété et documents financiers utilisés dans le commerce international en prêtant attention aux efforts actuellement déployés pour remplacer des documents papier, comme les lettres de crédit et les garanties bancaires, par des messages électroniques.

C. Travaux futurs envisageables dans le domaine des contrats électroniques

94. Le Groupe de travail était saisi d'une note du secrétariat contenant une étude préliminaire des questions juridiques concernant les contrats électroniques au regard de la Convention des Nations Unies sur les ventes (A/CN.9/WG.IV/WP.91).

1. Observations générales

95. On a généralement estimé que les questions touchant les contrats électroniques se prêtaient à des travaux futurs du Groupe de travail, étant donné le besoin déjà pressant de solutions harmonisées au niveau international. Ces travaux, a-t-on déclaré, ne devraient probablement pas viser quant au fond à modifier le texte de la Convention des Nations Unies sur les ventes, que l'on considérait comme adapté, en termes généraux, non seulement aux contrats conclus par des moyens traditionnels, mais aussi aux contrats conclus électroniquement. Toutefois, l'opinion était largement répandue que, bien que la Convention des Nations Unies sur les ventes fût interprétée de manière à accommoder les caractéristiques particulières des contrats électroniques, et qu'à trop interpréter, on accroîtrait le risque de discordances dans les solutions juridiques retenues en matière de contrats électroniques. De telles discordances, associées à l'imprévisibilité et à la lenteur de l'interprétation judiciaire, risquent de compromettre l'harmonisation issue de la large adoption de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Étant donné la nécessité urgente d'instituer les règles juridiques nécessaires pour assurer la sécurité et la prévisibilité du régime international applicable aux opérations de vente sur Internet et autres opérations commerciales électroniques, on a dit qu'initialement le Groupe de travail devrait se pencher sur les questions soulevées par les contrats électroniques dans le domaine des ventes internationales de biens corporels. Ce faisant, il devrait s'efforcer d'éviter de s'immiscer indûment dans les régimes internes de ventes de marchandises. L'élargissement de la portée de ces travaux aux opérations concernant des marchandises autres que des biens

corporels, par exemple les "biens virtuels" ou les droits sur les données, devrait être envisagé avec prudence, car l'on n'était pas certain de parvenir à un consensus sur un régime harmonisé. Que le nouvel instrument à élaborer spécifiquement sur les questions touchant les contrats électroniques couvre uniquement le contrat de vente ou qu'il s'intéresse, plus généralement, à la théorie des contrats, le Groupe de travail est convenu qu'il ne devrait pas s'immiscer indûment dans le régime bien établi de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

2. *Internationalité de l'opération de vente*

96. Le Groupe de travail a noté que la Convention des Nations Unies sur les ventes ne s'appliquait qu'aux contrats conclus entre des parties ayant leur établissement dans différents pays. Aux termes du paragraphe 2 du même article, il n'était "pas tenu compte" de cette "internationalité" "lorsque [celle-ci] ne ressort ni du contrat, ni de transactions antérieures entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat". En l'absence d'indication claire de l'établissement de chacune des parties, on pouvait se demander s'il existait des circonstances desquelles la situation de l'établissement pertinent pouvait être déduite.

97. Dans ce contexte, le Groupe de travail s'est demandé quels éléments, dans un environnement électronique, pouvaient servir à déduire la situation de l'établissement des parties. On a noté qu'une solution pourrait être de tenir compte de l'adresse d'origine des messages électroniques. Par exemple, lorsqu'une partie utilisait une adresse liée à un nom de domaine associé à un pays donné (par exemple une adresse se terminant par ".at" pour l'Autriche ou par ".nz" pour la Nouvelle-Zélande), on pouvait arguer que l'établissement devait être situé dans ce pays. Ainsi, un contrat de vente entre une partie utilisant une adresse électronique désignant un pays donné et une partie utilisant une adresse électronique désignant un pays différent serait considéré comme international.

98. Cette proposition toutefois a été critiquée au motif qu'une adresse électronique ou un nom de domaine ne pouvait être automatiquement considéré comme l'équivalent fonctionnel, dans un environnement électronique, de la situation physique de l'établissement d'une partie. Il était courant dans certaines branches d'industrie que des sociétés offrent des biens et des services par l'intermédiaire de divers sites Web régionaux ayant des noms de domaines liés à des pays où ces sociétés n'avaient pas d'"établissement" au sens classique du terme. En outre, les marchandises commandées sur l'un quelconque de ces sites Web pouvaient être livrées à partir d'entrepôts existants pour approvisionner une région particulière pouvant être située physiquement dans un pays autre que ceux liés aux noms de domaines en cause.

99. On a fait observer à cet égard que le système utilisé pour assigner des noms de domaines sur Internet n'avait pas été à l'origine conçu en termes strictement géographiques, ce qui ressortait à l'évidence de l'utilisation de noms de domaines et d'adresses électroniques qui étaient sans lien avec un pays particulier, comme les noms de domaines génériques comme ".com", ou ".net".

100. Au cours des débats du Groupe de travail, on a de plus en plus pris conscience des limitations de la démarche consistant à considérer les seuls noms de domaines et d'adresses électroniques comme des facteurs déterminant l'internationalité dans l'environnement Internet. On a également rappelé au Groupe de travail qu'il fallait élaborer des règles qui tiennent compte de l'architecture particulière d'Internet et ne nécessitent pas de modifications substantielles des systèmes actuellement utilisés. C'est en ayant ces considérations à l'esprit que le Groupe de travail a procédé à un libre échange de vues sur les travaux envisageables en la matière.

101. Une possibilité était de créer une présomption d'internationalité pour les opérations effectuées sur Internet, à moins que les parties n'indiquent clairement que leurs établissements étaient situés dans le même pays. Une telle présomption pourrait être conçue comme une règle supplétive associée à l'obligation positive, pour les parties commerçant sur Internet, d'indiquer clairement leurs établissements. On a argué que l'absence de mention claire d'un établissement pouvait être interprétée comme indiquant que la partie ne voulait pas être située dans un pays donné ou pouvait vouloir être accessible partout dans le monde. Une telle approche pouvait être combinée avec le paragraphe 2 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes, à condition que l'on puisse présumer que quiconque contracte électroniquement avec une partie ne révélant pas son établissement ne pouvait pas ignorer qu'il contractait "internationalement".

102. On s'est néanmoins opposé à cette solution au motif qu'elle aboutirait à traiter les opérations de vente sur Internet différemment des opérations de vente effectuées par des moyens plus traditionnels, pour lesquelles il n'existait pas de présomption d'internationalité de ce type. En outre, on pouvait se demander si les parties devaient pouvoir choisir librement les règles régissant leurs opérations en choisissant le lieu qu'elles déclaraient comme leur établissement. On a dit que cela n'était pas souhaitable, dans la mesure où les parties pourraient ainsi transformer des opérations purement internes en opérations internationales dans le seul but d'éviter l'application de la loi d'un pays donné.

103. Le Groupe de travail était conscient de la nécessité d'examiner pleinement les implications des diverses propositions faites. Néanmoins, on a d'une manière générale estimé au sein du Groupe que, dans l'intérêt de la prévisibilité du droit applicable aux opérations de vente effectuées sur Internet, il serait souhaitable de concevoir des règles permettant de déterminer avec certitude où se trouve "l'établissement" des parties lorsque le contrat est conclu électroniquement. De telles règles pourraient comprendre une obligation positive à la charge des parties de révéler leur établissement, associée à une série de règles supplétives permettant de décider de l'internationalité sur la base de certains facteurs en l'absence d'indications suffisantes des parties. Lorsque l'on définira ces facteurs, il faudrait absolument éviter de créer une situation dans laquelle une partie donnée serait considérée comme ayant

son établissement dans un pays lorsqu'elle contracte électroniquement et dans un autre pays lorsqu'elle contracte par des moyens plus classiques.

104. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait étudier plus avant le contenu possible d'une définition de l'"établissement" aux fins des opérations commerciales électroniques. Il faudrait en particulier étudier comment des notions couramment employées dans la doctrine en ce qui concerne l'établissement dans le commerce traditionnel, telles que la "stabilité" ou l'"autonomie" de l'établissement, pouvaient être transposées dans le cyberespace. Tout en retenant l'approche de l'"équivalence fonctionnelle" adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, le Groupe de travail n'a pas exclu la possibilité de devoir suivre un raisonnement juridique plus novateur face aux problèmes soulevés par la question de l'internationalité s'agissant des opérations effectuées sur Internet.

3. Parties à l'opération de vente

105. Le Groupe de travail a noté que la Convention des Nations Unies sur les ventes ne définissait pas la notion de "partie" à une opération de vente, une question laissée à la loi nationale applicable. À cet égard, il s'est demandé si l'utilisation croissante de systèmes pleinement automatisés, par exemple pour émettre des commandes, nécessitait une adaptation de la notion de "partie" pour répondre aux besoins du commerce électronique. Il s'est aussi demandé si un système automatisé pouvait être considéré comme l'équivalent électronique d'un mandataire au sens traditionnel du droit des contrats et si la partie pour le compte de laquelle un tel système était utilisé pouvait invoquer les mêmes exceptions qu'une partie contractant par l'intermédiaire d'un représentant en droit des contrats.

106. Dès le début de son débat, le Groupe de travail a noté qu'il avait examiné la question de l'"agent électronique" dans le cadre de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. À cette occasion, il avait considéré que les parties pouvaient créer librement un système de communication automatisé. Il avait néanmoins été généralement estimé qu'un ordinateur ne devait pas devenir un sujet de droits ni d'obligations (voir *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, par. 35). Le Groupe de travail a réitéré cette position et a considéré qu'en ce qui concerne la formation des contrats l'utilisation de systèmes pleinement automatisés pour les opérations commerciales ne devait pas altérer les règles classiques régissant la formation des contrats et la capacité juridique.

107. Le Groupe de travail a en outre estimé que, si l'expression "agent électronique" avait été utilisée pour la convenance, l'analogie entre un système automatisé et un agent commercial n'était pas totalement adéquate et que les principes généraux du droit de la représentation (par exemple les principes concernant la limitation de la responsabilité en raison d'une faute du représentant) n'étaient pas applicables au fonctionnement de tels systèmes. Le Groupe de travail a réaffirmé la position qu'il avait adoptée antérieurement, à savoir qu'à titre de principe général la personne (physique ou morale) pour le compte de laquelle un ordinateur est programmé devait demeurer responsable de tout message créé par la machine.

108. Toutefois, le Groupe de travail a reconnu qu'une atténuation de ce principe pourrait être justifiée dans certaines circonstances, par exemple quand un système automatisé générait des messages erronés d'une manière que la personne pour le compte de laquelle il fonctionnait ne pouvait raisonnablement anticiper. On a suggéré, parmi les éléments à prendre en considération lorsqu'on envisageait la possibilité de limiter la responsabilité de la partie pour le compte de laquelle le système était exploité, la mesure dans laquelle cette partie exerçait un contrôle sur le logiciel ou d'autres aspects techniques de la programmation du système automatisé. On a dit également que le Groupe de travail devrait se demander, dans ce contexte, si et dans quelle mesure un système automatisé donnait la possibilité aux parties contractantes de rectifier les erreurs faites lors du processus de conclusion du contrat.

4. Critères d'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les ventes

109. Le Groupe de travail a noté que pour que la Convention des Nations Unies sur les ventes soit applicable à un contrat de vente internationale non seulement les parties doivent avoir leur établissement dans des pays différents, mais ces pays doivent être des États contractants à la Convention à un moment donné (article 100). Lorsque ce critère d'applicabilité énoncé au paragraphe 1 *a* de l'article premier n'est pas rempli, les règles de droit interna-tional privé du for doivent mener à l'application de la loi d'un État contractant, comme indiqué au paragraphe 1 *b* de l'article premier.

110. Conscient des difficultés soulevées par la formulation d'une définition opérationnelle de l'"établissement" dans un environnement électronique, le Groupe de travail s'est demandé s'il convenait d'examiner de plus près le lieu de conclusion d'un contrat de vente comme facteur d'association à un pays donné.

111. On a fait observer que les articles 11 à 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique contenaient un certain nombre de dispositions qui, appliquées en association avec les notions traditionnelles utilisées dans le contexte de la formation des contrats, permettaient de déterminer le lieu où un contrat avait été conclu, lorsque cette question était soulevée en relation avec une opération donnée. Cependant, ces dispositions de la Loi type ne fournissaient pas d'indication positive sur le lieu où un contrat devait être réputé avoir été conclu. En conséquence, elles pouvaient ne pas toujours permettre aux parties de préciser à l'avance où le contrat avait été conclu. On a estimé que, en vue d'assurer la prévisibilité et de renforcer la sécurité juridique, il serait bon que le Groupe de travail envisage de définir des critères positifs permettant de déterminer le lieu de conclusion des contrats dans un environnement électronique.

112. En réponse à cette proposition, il a été indiqué que la détermination du lieu de conclusion des contrats revê-

tait une importance particulière pour l'application des règles de droit international privé, mais présentait moins d'intérêt s'agissant de l'application des règles de fond du droit des contrats, sur lesquelles le Groupe de travail concentrait son attention. Selon une opinion, celui-ci aurait tout intérêt à éviter de se placer sur le terrain du droit international privé, qui relèverait plutôt de la compétence d'autres organisations.

113. Toutefois, les membres du Groupe de travail ont dans leur majorité considéré qu'il serait bon que celui-ci formule des règles spécifiques de droit international privé si cela devenait nécessaire pour clarifier les questions soulevées par la formation des contrats dans un environnement électronique. S'il est vrai que son activité n'était pas axée sur les questions de droit international privé, la Commission avait adopté une approche souple dans ce domaine et n'avait pas hésité à formuler des solutions appropriées concernant des questions de droit international privé qui s'étaient posées à l'occasion de thèmes précis de son programme de travail. En ce qui concerne la question particulière à l'examen, le Groupe de travail s'est toutefois accordé à penser que le lieu de conclusion d'un contrat, de la façon dont le concevait depuis toujours le droit international privé, pourrait ne pas suffire à fonder une solution opérationnelle dans un environnement électronique et que d'autres notions plus modernes, telles que la notion de centre de gravité d'un contrat ou d'autres notions connexes, pourraient également être étudiées. Il conviendrait d'accorder une attention particulière aux modalités selon lesquelles ces questions étaient abordées dans la pratique, en particulier dans le cadre des conditions générales des contrats en vigueur dans le commerce international.

5. Notions de "biens" et de "contrats de vente"

114. Le Groupe de travail a pris note du fait que la Convention des Nations Unies sur les ventes ne s'appliquait qu'aux contrats de vente internationale de "marchandises", terme que l'on avait toujours compris comme désignant essentiellement les biens corporels mobiliers, ce qui excluait les biens incorporels tels que les droits sur les brevets, les marques de fabrique, de commerce et de service, les droits d'auteur et une part d'une société à responsabilité limitée ainsi que le savoir-faire. Dans cet ordre d'idées, le Groupe de travail a examiné la question de savoir si et dans quelle mesure l'instrument futur actuellement à l'étude devrait s'appliquer aux opérations portant sur des biens autres que les biens corporels mobiliers, comme ceux qu'on appelle "biens virtuels" (par exemple les logiciels, les fichiers musicaux ou cinématographiques ou d'autres informations accessibles sur support électronique).

115. Une majorité des membres du Groupe de travail ont considéré que les instruments internationaux en vigueur, notamment la Convention des Nations Unies sur les ventes, ne s'appliquaient pas à toute une série d'opérations actuellement effectuées en ligne et qu'il pourrait être utile d'élaborer des règles harmonisées régissant les opérations internationales autres que les ventes de biens corporels mobiliers classiques. Le Groupe de travail a ensuite examiné les éléments qu'il conviendrait de prendre en considération pour définir le champ d'application d'un nouveau régime international de ce type.

116. Une majorité des membres du Groupe de travail se sont accordés à dire que, lors de l'élaboration de règles internationales devant régir les contrats électroniques, il conviendrait d'établir une distinction entre les contrats de vente et les contrats de licence. Dans le premier cas, le titre de propriété des biens était transféré du vendeur à l'acheteur, tandis que dans le second cas l'acheteur n'acquérait qu'un droit limité d'utilisation du produit, dans les conditions énoncées dans le contrat de licence. Le fait que les produits fassent l'objet ou non de droits de propriété intellectuelle exclusifs, tels que les droits d'auteur, n'était pas toujours l'élément fondant cette distinction, car même des informations non protégées par le droit d'auteur pouvaient faire l'objet d'un accord de licence, comme dans le cas d'informations accessibles en ligne pour des abonnés de certaines bases de données électroniques ou certains sites Web. D'un autre côté, certaines opérations portant sur des biens protégés par le droit d'auteur, tels que les logiciels, pouvaient dans certains cas être considérées comme des ventes, lorsque le logiciel en question était incorporé dans un bien corporel, par exemple un logiciel de navigation dans une automobile, dès l'instant que l'utilisation du logiciel n'était pas régie par un accord de licence distinct.

117. Il a été dit qu'il convenait d'établir une autre distinction, à savoir entre les contrats de vente de biens et les contrats de prestation de services, même s'il était admis que, dans la pratique, il n'était pas toujours possible de bien distinguer ces deux types d'opérations. On a fait observer que l'existence d'un support corporel pouvant être désigné comme un "bien" n'était pas toujours un facteur suffisant pour établir une telle distinction. Les opérations portant sur des articles du secteur des divertissements tels que les disques de musique ou les vidéodisques étaient des exemples qui montraient bien la difficulté qu'il y avait à établir une distinction entre biens et services. La vente en ligne d'articles tels que les minidisques ou les cassettes vidéo pouvait généralement être considérée comme une vente de biens, tandis que la diffusion en ligne de films, d'émissions de télévision ou de concerts de musique semblait relever de la catégorie des services. Toutefois, la technologie moderne permettait également d'acheter des fichiers numérisés de musique ou vidéo qui pouvaient être téléchargés directement depuis le site Web du vendeur, sans livraison d'aucun support corporel. En pareil cas, il y avait lieu d'examiner de plus près l'intention des parties afin de déterminer si l'opération portait sur des biens ou sur des services.

118. On a également rappelé au Groupe de travail le débat actuellement engagé sous les auspices de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur la question de savoir si les opérations de commerce électronique transfrontalières devraient être considérées comme des opérations portant sur le commerce des biens ou sur le commerce des services. Il a été convenu que, bien que l'optique dans laquelle l'OMC traitait cette question puisse ne pas coïncider avec celle de la Commission, les vues exprimées au sein du Groupe de travail ne devraient pas préjuger du résultat du débat mené au sein de l'OMC.

6. Vente aux consommateurs

119. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'en vertu de l'alinéa *a* de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, celle-ci ne régit pas les ventes "de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage".

120. On s'est généralement accordé à penser que si la CNUDCI élaborait un instrument relatif aux contrats électroniques, celui-ci ne devrait pas être axé sur les problèmes de protection du consommateur. On a pensé, néanmoins, qu'il pourrait être difficile, en traitant des contrats électroniques, de séparer complètement les problèmes touchant les entreprises de ceux touchant les particuliers. On a fait observer que, dans les ventes électroniques, le contrat entre le vendeur et l'acheteur pouvait être réduit à une si simple expression qu'il serait impossible pour le vendeur en puissance de savoir si l'acheteur en puissance était ou non un consommateur. Par ailleurs, compte tenu des nombreuses ressemblances entre des consommateurs et certaines petites entreprises que l'on peut en principe considérer comme des "commerçants", il peut être d'un intérêt douteux de vouloir maintenir une stricte distinction entre ces deux catégories. À ce sujet, l'expression "n'ait pas été censé savoir", dans l'alinéa *a* de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, pourrait être difficile à appliquer dans la pratique aux opérations effectuées par voie électronique. D'une manière plus générale, il a été affirmé que la notion de "consommateur" sous-jacente au texte de l'alinéa *a* de l'article 2 risquait de ne pas bien correspondre à l'évolution récente du droit de la consommation dans certains pays ou dans certaines régions.

121. Différents points de vue ont été avancés quant à la manière dont un futur instrument relatif aux contrats électroniques devrait traiter les problèmes concernant les consommateurs. Selon un de ces points de vue, il pourrait y avoir lieu d'élaborer deux instruments distincts visant l'un les opérations commerciales et l'autre celles concernant le consommateur. Selon un autre, largement répandu parmi les membres du Groupe de travail, le futur instrument devrait aborder les problèmes concernant le consommateur d'une manière assez proche de ce qui avait été fait à l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Le point de vue qui a prévalu est celui selon lequel il faudrait s'employer à préciser encore la notion d'"opération impliquant des consommateurs", afin de mieux comprendre si une distinction fondée sur le fait qu'une opération implique des consommateurs ou a un caractère commercial peut être exploitable dans la pratique.

122. Après en avoir débattu, le Groupe de travail a abouti à la conclusion préliminaire suivante: lorsqu'on entreprendrait des études sur la portée possible d'un futur instrument relatif aux contrats électroniques, il ne faudrait pas se concentrer sur les questions touchant la protection du consommateur. Néanmoins, vu qu'il serait difficile en pratique de faire la distinction entre certaines opérations impliquant les consommateurs et les opérations commerciales, il faudrait garder à l'esprit les problèmes soulevés dans le cas des premières. Quoi qu'il en soit, même si celles-ci étaient en fin de compte exclues de la portée de l'instrument, il faudrait se pencher davantage sur la définition du "consommateur" aux fins de celle de la portée de l'instrument. À cet égard, nombreux sont ceux qui ont estimé qu'il pourrait y avoir lieu de réexaminer la description des opérations impliquant des consommateurs énoncée à l'alinéa *a* de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, en vue de coller de plus près à la pratique du commerce électronique.

7. Conditions de forme imposées par la Convention des Nations Unies sur les ventes

123. Le Groupe de travail a étudié la question de savoir si les États contractants qui ont fait une déclaration au titre de l'article 96 devraient être encouragés à la retirer. Nombreux sont ceux qui ont estimé que ce serait souhaitable et que cela aurait des incidences favorables à la fois sur le développement du commerce électronique et sur l'unification du droit commercial international dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur les ventes. Un membre a cependant été d'avis qu'il ne fallait pas nécessairement considérer les réserves émises comme des obstacles au recours au commerce électronique, à condition que la législation nationale soit suffisamment souple pour permettre une définition large de la prescription de la forme écrite. On est généralement convenu que la question pourrait se prêter à un examen plus approfondi dans le cadre de l'ensemble des travaux à entreprendre concernant l'élimination des obstacles juridiques au développement du commerce électronique contenus dans les instruments relatifs au commerce international (voir A/CN.9/WG.IV/XXXVIII/CRP.1/Add.4).

8. Formation des contrats: questions d'ordre général

124. Dans le cadre du débat consacré aux questions relatives à la formation des contrats, le Groupe de travail a repris l'examen de la question de savoir si la portée d'un futur instrument international relatif aux contrats électroniques devrait être limitée aux contrats de vente ou si elle devait s'étendre plus largement aux problèmes d'ordre général posés par l'application de la théorie des contrats au commerce électronique (voir A/CN.9/WG.IV/XXXVIII/CRP.1/Add.8). On a été généralement d'accord que si examiner les contrats de vente à la lumière de la Convention des Nations Unies sur les ventes était un bon point de départ, le projet à entreprendre n'en devrait pas moins viser à trouver des solutions prévisibles aux problèmes plus amples de la formation des contrats en général. Aucune recommandation n'a pu être formulée, à un stade aussi peu avancé, sur la question de savoir s'il conviendrait en fin de compte de faire de l'instrument un texte entièrement nouveau ou un protocole se rapportant à la Convention des Nations Unies sur les ventes, mais le sentiment le plus partagé a été qu'il fallait établir l'instrument en retenant comme hypothèse de travail que celui-ci serait une convention à part entière traitant largement des questions concernant la formation des contrats dans le com-

merce électronique. Parmi les problèmes que l'instrument devrait aborder, les suggestions suivantes ont généralement été considérées comme intéressantes: la question de la formation des contrats par offre et acceptation, le lieu où se trouvent les parties, les moments auxquels a lieu la communication, la théorie de la réception et de l'expédition, le traitement des erreurs et méprises et l'incorporation par référence. À ce sujet, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur la nécessité d'éviter que ses activités fassent double emploi avec celles d'autres organisations internationales. On a été généralement d'avis que tout projet visant l'établissement de directives ou de principes généraux s'appliquant dans le domaine des contrats électroniques (tels que les nouveaux chapitres qui pourraient être ajoutés aux Principes d'Unidroit en matière de contrats commerciaux internationaux) serait utilement complété par une action menée par la CNUDCI pour élaborer des règles n'ayant pas force obligatoire ("droit indicatif") sous la forme d'une convention internationale visant à rendre plus certaines et prévisibles les règles de droit régissant le commerce éle ctronique.

9. Formation des contrats: offre et acceptation

125. On est généralement convenu qu'il faudrait poursuivre l'analyse des pratiques qui ont cours dans le commerce électronique afin de savoir comment elles se situeraient par rapport au contexte juridique existant en matière d'offre et d'acceptation. On a fait observer que le commerce électronique permettait d'envoyer une information donnée à de multiples parties. Il se pourrait que cette information soit difficile à classer en appliquant les distinctions existantes entre ce qui peut constituer une "offre" et ce qui pourrait être interprété comme une "invitation à entamer des pourparlers". Le parallèle entre catalogues et centres commerciaux en ligne, d'une part, et les solutions juridiques élaborées pour les catalogues et centres commerciaux du commerce traditionnel, d'autre part, serait aussi à étudier.

126. Sur la question de savoir comment le consentement peut être exprimé dans une transaction en ligne, on a estimé dans l'ensemble que les questions suivantes mériteraient, entre autres, d'être étudiées: l'acceptation et la force obligatoire des conditions d'un contrat affiché sur un écran d'ordinateur mais auxquelles une partie ne s'attend pas nécessairement; la possibilité qu'a l'acheteur d'imprimer les conditions générales du contrat; la conservation des documents; et l'incorporation par référence de clauses contractuelles accessibles au moyen d'un lien hypertexte. On a fait observer que, dans le secteur des logiciels, les solutions élaborées — l'ouverture d'un emballage contenant le support corporel du logiciel (on peut parler d'un "accord par enlèvement du film rétractable") valant acceptation de la teneur de l'accord de licence — ne pourraient pas nécessairement trouver d'équivalent pour la livraison en ligne d'un logiciel, car dans ce cas on demande au client d'accepter les conditions du contrat de licence avant de passer ce contrat (on peut parler alors d'un "accord par cliquage"). Après en avoir débattu, le Groupe de travail est convenu qu'il conviendrait d'accorder une attention particulière à l'expression du consentement par cliquage. Une mise en garde a cependant été formulée quant à la nécessité de se maintenir dans une perspective indépendante de la technologie utilisée lorsqu'on aborde les problèmes de la formation des contrats en ligne. On pourrait bien se pencher sur les divers moyens techniques par lesquels le consentement pourrait être exprimé en ligne, mais les règles à élaborer devraient être suffisamment générales pour résister à une certaine dose de changement technologique. En outre, on a fait observer qu'il faudrait tenir compte, dans un futur système de passation des contrats en ligne, du cas où les techniques de communication utilisées au moment de la formation du contrat font appel à la fois à des éléments sur support électronique et sur support papier. Il pourrait falloir alors étudier plus avant le lien entre l'utilisation de signatures et l'expression du consentement.

10. Formation des contrats: réception et expédition

127. En ce qui concerne les questions relatives à la réception et à l'expédition dans la formation de contrats à distance, on s'est généralement accordé à penser qu'un futur instrument juridique devrait laisser une certaine marge de manœuvre pour ce qui est du recours aux techniques du commerce électronique, tant dans le cas où la communication est instantanée que dans celui où l'échange de messages électroniques s'apparente davantage à l'utilisation du courrier ordinaire.

D. Enquête sur l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique

128. À la fin de son débat préliminaire sur la portée et la teneur possibles d'un futur instrument relatif aux contrats électroniques, le Groupe de travail a estimé que ses travaux à venir seraient facilités s'il pouvait obtenir des renseignements détaillés sur la mesure dans laquelle les diverses dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique avaient été adoptées sur le plan législatif. À ce sujet, il a été suggéré de recenser les dispositions législatives nationales qui ressemblaient suffisamment à celles de la Loi type pour être considérées comme représentant des cas d'adoption de celle-ci. Le secrétariat a été prié de demander aux États et aux observateurs de présenter une information détaillée sur la forme sous laquelle les dispositions générales de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique avaient été incorporées à la législation nationale, ou sous laquelle on les examinait à cette fin, dans les différents pays.

129. Il a été rappelé que la Commission avait mis en place un système de collecte et de diffusion de la jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI et que ce système s'étendait à l'adoption de tous les textes découlant de ses travaux, y compris la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[7]. Ce système faisait appel à des correspondants nationaux pour relever les décisions intéressantes et en établir des résumés dans une des langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. On a

[7]On trouvera un rapport récent sur ce système dans le document suivant: *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 413 à 415.

estimé qu'étant donné que plusieurs pays avaient adopté des lois inspirées de la Loi type, il serait souhaitable que soient communiquées les décisions de justice et sentences arbitrales donnant une interprétation de ces lois. La publication de résumés de ces décisions et sentences pourrait aider à promouvoir la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et aider à faire en sorte que celle-ci soit interprétée de façon uniforme. Le Groupe de travail a demandé aux gouvernements d'aider le secrétariat à obtenir des renseignements sur les jugements constituant une interprétation de leur législation inspirée de la Loi type.

E. Règlement des différends en ligne

130. Le Groupe de travail a noté que les questions liées aux mécanismes de règlement des différends en ligne retenaient de plus en plus l'attention dans diverses instances, car on estimait d'une manière générale qu'il fallait offrir aux parties à des opérations de commerce électronique des moyens efficaces et rapides de régler leurs différends, d'autant plus qu'il était difficile d'asseoir une compétence sur les opérations réalisées par Internet et de déterminer la loi applicable. Toutefois, malgré cet intérêt marqué et généralisé pour le sujet, les tentatives concrètes pour mettre en place des mécanismes de règlement des différends en ligne n'en étaient qu'à leurs débuts et les résultats en étaient diversement satisfaisants.

131. Le mécanisme de règlement des différends relatif aux noms de domaine mis en place par l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) a été mentionné comme l'un des rares exemples de mécanisme performant. Toutefois, on a fait observer que le fonctionnement du système de l'ICANN était facilité par la gamme très limitée des différends dont il avait à connaître, à savoir les seuls différends concernant l'attribution des noms de domaine. En outre, en tant que mécanisme de règlement des différends "exécutif", le système de l'ICANN n'était pas confronté aux difficultés qui affectaient l'exécution des décisions rendues dans le cadre de certains mécanismes non judiciaires de règlement des différends.

132. Le Groupe de travail a estimé qu'étant donné l'importance du sujet et le grand nombre d'organisations internationales, tant gouvernementales qu'intergouvernementales, qui étaient en train d'exécuter des projets dans le domaine du règlement des différends en ligne, par exemple la CCI, la Conférence de La Haye de droit international privé, l'OCDE et l'OMPI, il conviendrait que le secrétariat suive ces travaux et que la Commission prenne les mesures qu'elle juge appropriées pour assurer la coordination.

133. De l'avis général, il était difficile, compte tenu du caractère relativement nouveau des mécanismes de règlement des différends en ligne, de décider d'emblée de la forme exacte que prendraient les travaux futurs sur le sujet. On a noté que le Groupe de travail sur l'arbitrage avait déjà commencé à examiner comment il pourrait falloir amender ou interpréter les instruments juridiques de caractère législatif en vigueur pour écarter les prescriptions en vigueur concernant la forme écrite des compromis d'arbitrage. On a généralement convenu que le Groupe de travail devrait être prêt à mettre ses compétences à la disposition du Groupe de travail sur l'arbitrage le moment venu. Il a aussi été décidé qu'une étude devrait être menée pour examiner la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ainsi que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour déterminer s'ils répondaient aux besoins spécifiques de l'arbitrage en ligne.

F. Priorité relative des futurs sujets

134. Le Groupe de travail a décidé de recommander à la Commission de commencer à titre prioritaire les travaux en vue de l'élaboration d'un instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques. Dans le même temps, il a été décidé de recommander à la Commission de charger le secrétariat de mener les études nécessaires sur trois autres sujets examinés par le Groupe de travail, à savoir: *a*) une étude complète des obstacles juridiques au développement du commerce électronique contenus dans les instruments internationaux, notamment les instruments déjà mentionnés dans l'étude du CEFACT; *b*) une autre étude sur les questions que pose le transfert de droits, en particulier de droits sur des biens corporels, par des moyens électroniques, et les systèmes de publication et d'enregistrement des actes de transfert ou de création de sûretés sur de tels biens; et *c*) une étude de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ainsi que du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI visant à déterminer s'ils répondent aux besoins spécifiques de l'arbitrage en ligne.

135. Le Groupe de travail, sachant que les ressources dont dispose le secrétariat de la Commission sont limitées, a reconnu qu'il pourrait ne pas être possible d' ces études supplémentaires avant la trente-cinquième session de la Commission.

D. Document de travail présenté au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session: projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (A/CN.9/WG.IV/WP.88) [Original: anglais]

1. En application des décisions prises par la Commission à ses vingt-neuvième (1996)[1] et trentième (1997)[2] sessions, le Groupe de travail sur le commerce électronique a consacré ses trente et unième à trente-septième sessions à l'élaboration du projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (appelé ci-après "la Loi type", "le projet de Loi type" ou "la nouvelle Loi type"). Les rapports sur les travaux de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/437, 446, 454, 457, 465, 467 et 483. Lors de l'élaboration de la Loi type, le Groupe de travail a noté qu'il serait utile de fournir, dans un commentaire, des informations complémentaires sur le texte. Une proposition tendant à ajouter à la Loi type un guide qui aiderait les États à incorporer cet instrument dans le droit interne et à l'appliquer, suivant ainsi la démarche adoptée pour la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, a été généralement appuyée. Le guide, qui pourrait être établi en grande partie à partir des travaux préparatoires de la Loi type, pourrait aussi être utile à d'autres utilisateurs du texte.

2. À sa trente-septième session, le Groupe de travail a achevé l'élaboration des projets d'articles de la Loi type et a examiné le texte du projet de guide pour son incorporation dans le droit interne en se fondant sur une note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.86 et Add. 1). Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée du projet de guide tenant compte des décisions prises par le Groupe de travail et fondée sur les divers points de vue, suggestions et préoccupations exprimés à la trente-septième session. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pu terminer ses délibérations sur ce texte (A/CN.9/483, par. 23 et 145 à 152). Il a été convenu de réserver un certain temps lors de sa trente-huitième session à la finalisation de ce travail. Il a été noté que le projet de Loi type ainsi que le projet de guide seraient présentés à la Commission pour examen et adoption à sa trente-quatrième session, qui se tiendra à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001.

3. L'annexe de la présente note contient une version révisée du projet de guide établi par le secrétariat.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

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

ANNEXE

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES ET GUIDE POUR SON INCORPORATION (2001)

TABLE DES MATIÈRES

Première partie

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES (2001)

		Pages
Article premier.	Champ d'application	267
Article 2.	Définitions	267
Article 3.	Égalité de traitement des techniques de signature	267
Article 4.	Interprétation	268
Article 5.	Dérogation conventionnelle	268
Article 6.	Satisfaction de l'exigence de signature	268
Article 7.	Satisfaction des dispositions de l'article 6	268
Article 8.	Normes de conduite du signataire	268
Article 9.	Normes de conduite du prestataire de services de certification	268
Article 10.	Fiabilité	269
Article 11.	Normes de conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat	269
Article 12.	Reconnaissance des certificats et signatures électroniques étrangers	269

Deuxième partie

GUIDE POUR L'INCORPORATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES (2001)

	Paragraphes	*Pages*
Objet du présent Guide	1-2	269
Chapitre premier. ***Présentation générale de la Loi type***	3-85	269
I. OBJET ET ORIGINE DE LA LOI TYPE	3-25	269
A. Objet	3-5	269
B. Origine	6-11	270
C. Historique	12-25	271
II. LA LOI TYPE COMME OUTIL D'HARMONISATION DES LOIS	26-28	272
III. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES	29-62	273
A. Fonctions de la signature	29-30	273
B. Signatures numériques et autres signatures électroniques	31-62	273
1. Signatures électroniques faisant appel à des techniques autres que la cryptographie à clef publique	33-34	273
2. Signatures numériques fondées sur la cryptographie à clef publique	35-62	274
a) Notions et terminologie techniques	36-44	274
i) Cryptographie	36-37	274
ii) Clefs publiques et privées	38-39	274
iii) Fonction de hachage	40	274
iv) Signature numérique	41-42	275
v) Vérification de la signature numérique	43-44	275
b) Infrastructure à clef publique (ICP) et prestataires de services de certification	45-61	275
i) Infrastructure à clef publique (ICP)	50-52	275
ii) Prestataires de services de certification	53-61	276
c) Résumé du processus de signature numérique	62	277
IV. PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DE LA LOI TYPE	63-82	277
A. Nature législative de la Loi type	63-64	277
B. Relations avec la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique	65-68	278
1. La nouvelle Loi type comme instrument juridique distinct	65	278
2. Pleine conformité de la nouvelle Loi type avec la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique	66-67	278
3. Relations avec l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique	68	278
C. Règles "cadres" devant être complétées par des règlements techniques et par contrat	69-70	278
D. Certitude supplémentaire quant aux effets juridiques des signatures électroniques	71-76	278
E. Règles fondamentales de conduite applicables aux parties concernées	77-81	279
F. Un cadre neutre quant aux techniques employées	82	280
V. ASSISTANCE DU SECRÉTARIAT DE LA CNUDCI	83-85	280
A. Aide à l'élaboration d'une législation	83-84	280
B. Renseignements sur l'interprétation des textes législatifs fondés sur la Loi type	85	280

	Paragraphes	Pages
Chapitre II. ***Observations article par article***	86-155	280
Titre	86	280
Article premier. Champ d'application	87-91	280
Article 2. Définitions	92-105	281
Article 3. Égalité de traitement des techniques de signature	106	283
Article 4. Interprétation	107-109	284
Article 5. Dérogation conventionnelle	110-113	284
Article 6. Satisfaction de l'exigence de signature	114-126	284
Article 7. Satisfaction des dispositions de l'article 6	127-131	286
Article 8. Normes de conduite du signataire	132-136	287
Article 9. Normes de conduite du prestataire de services de certification	137-141	288
Article 10. Fiabilité	142	289
Article 11. Normes de conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat	143-146	289
Article 12. Reconnaissance des certificats et signatures électroniques étrangers	147-155	290

PREMIÈRE PARTIE

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES (2001)

(Texte approuvé par le Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique à sa trente-septième session, tenue à Vienne du 18 au 29 septembre 2000)

Article premier. *Champ d'application*

La présente Loi s'applique lorsque des signatures électroniques sont utilisées dans le contexte* d'activités commerciales**. Elle ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur.

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

"La présente Loi s'applique 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 2. *Définitions*

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue;

b) Le terme "certificat" désigne un message de données ou un autre enregistrement confirmant le lien entre un signataire et des données afférentes à la création de signature;

c) 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;

d) Le terme "signataire" désigne une personne qui détient des données afférentes à la création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui de la personne qu'elle représente;

e) Le terme "prestataire de services de certification" désigne une personne qui émet des certificats et peut fournir d'autres services liés aux signatures électroniques;

f) Le terme "partie se fiant à la signature ou au certificat" désigne une personne qui peut agir sur la base d'un certificat ou d'une signature électronique.

Article 3. *Égalité de traitement des techniques de signature*

Aucune disposition de la présente Loi, 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 signature électronique satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 ou autrement satisfaisant aux exigences de la loi applicable.

Article 4. *Interprétation*

1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire.

Article 5. *Dérogation conventionnelle*

Il est possible de déroger aux dispositions de la présente Loi ou d'en modifier les effets par convention, à moins que cette convention soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable.

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 données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire;

b) les données afférentes à la création de signature étaient, 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 cette information après le moment de la signature est décelable.

4. Le paragraphe 3 ne restreint pas la possibilité pour toute personne:

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 toute autorité, de droit public ou privé, indiqué par l'État adoptant comme compétent en la matière]* peut déterminer quelles signatures électroniques satisfont aux dispositions 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'a d'incidence sur le fonctionnement des règles du droit international privé.

Article 8. *Normes de conduite du signataire*

1. Lorsque des données afférentes à la création de signature peuvent être utilisées pour créer une signature ayant des effets juridiques, chaque signataire:

a) prend des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de ses données afférentes à la création de signature;

b) avise, sans retard injustifié, toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique si:

i) il sait que les données afférentes à la création de signature ont été compromises; ou

ii) il estime, au regard des circonstances connues de lui, qu'il y a un risque important que les données afférentes à la création de signature aient été compromises;

c) prend, lorsqu'un certificat est utilisé pour étayer la signature électronique, des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations essentielles qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou devant figurer dans le certificat sont exactes et complètes.

2. Un signataire est responsable de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1.

Article 9. *Normes de conduite du prestataire de services de certification*

1. Lorsqu'un prestataire de services de certification fournit des services visant à étayer une signature électronique qui peut être utilisée pour produire des effets juridiques en tant que signature, ce prestataire:

a) agit en conformité avec les déclarations qu'il fait concernant ses politiques et pratiques;

b) prend des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations essentielles qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou figurant dans le certificat sont exactes et complètes;

c) fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer à partir de ce certificat:

i) l'identité du prestataire de services de certification;

ii) si le signataire identifié dans le certificat avait, au moment de l'émission de ce dernier, le contrôle des données afférentes à la création de signature;

iii) si les données afférentes à la création de signature étaient valides au moment ou avant le moment de l'émission du certificat;

d) fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer, s'il y a lieu, à partir de ce certificat ou de toute autre manière:

i) la méthode utilisée pour identifier le signataire;

ii) toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles les données afférentes à la création de signature ou le certificat peuvent être utilisés;

iii) si les données afférentes à la création de signature sont valides et n'ont pas été compromises;

iv) toute restriction quant à l'étendue de la responsabilité stipulée par le prestataire de services de certification;

v) s'il existe des moyens pour le signataire d'adresser une notification conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8;

vi) la disponibilité d'un service de révocation en temps utile;

e) lorsque des services sont fournis au titre du sous-alinéa v de l'alinéa *d*, donne au signataire le moyen d'adresser une notification conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8 et, lorsque des services sont fournis au titre du sous-alinéa vi de l'alinéa *d*, offre un service de révocation en temps utile;

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 de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1.

Article 10. *Fiabilité*

Aux fins de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9, pour déterminer si, ou dans quelle mesure, tous systèmes, procédures et ressources humaines utilisés par le prestataire de services de certification sont fiables, il peut être 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'accréditation ou du prestataire de services de certification concernant le respect ou l'existence des critères énumérés ci-dessus; ou

g) tout autre facteur pertinent.

Article 11. *Normes de conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat*

Une partie se fiant à une signature ou à un 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 étayée par un certificat, de prendre des mesures raisonnables pour:

i) vérifier que le certificat est valide ou qu'il n'a pas été suspendu ou révoqué; et

ii) tenir compte de toute restriction dont le certificat ferait l'objet.

Article 12. *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:

a) du lieu dans lequel le certificat est émis ou la signature électronique créée ou utilisée; ou

b) du lieu dans lequel l'émetteur ou le signataire a son établissement.

2. Un certificat émis en dehors de *[l'État adoptant]* a les mêmes effets juridiques dans *[l'État adoptant]* qu'un certificat émis dans *[l'État adoptant]* à condition qu'il offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent.

3. Une signature électronique créée ou utilisée en dehors de *[l'État adoptant]* a les mêmes effets juridiques dans *[l'État adoptant]* qu'une signature électronique créée ou utilisée dans *[l'État adoptant]* à condition qu'elle offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent.

4. Pour déterminer si des certificats ou des signatures électroniques offrent un niveau de fiabilité substantiellement équivalent aux fins des paragraphes 2 ou 3, il est tenu compte des normes internationales reconnues et de tous autres facteurs pertinents.

5. Lorsque, nonobstant les paragraphes 2, 3 et 4, les parties conviennent, s'agissant de leurs relations, d'utiliser certains types de signatures électroniques ou certificats, cette convention est jugée suffisante aux fins de la reconnaissance internationale, à moins qu'elle soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable.

DEUXIÈME PARTIE

GUIDE POUR L'INCORPORATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES (2001)

Objet du présent Guide

1. Lorsqu'elle a élaboré et adopté la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (également dénommée dans la présente publication "la Loi type" ou "la nouvelle Loi type"), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) était consciente du fait que, pour les États qui modernisent leur législation, cette loi serait un outil plus efficace si l'on donnait aux gouvernements et aux parlements des informations générales et des explications pour les aider à l'utiliser. Elle a aussi tenu compte du fait que la Loi type serait probablement utilisée par des pays peu familiarisés avec le type de techniques de communication qui y sont traitées. Le présent Guide, qui a été établi en grande partie sur la base des travaux préparatoires, se veut par ailleurs un instrument utile pour d'autres utilisateurs du texte, tels que juges, arbitres, praticiens et universitaires. Ces informations pourraient aussi aider les États à examiner les dispositions qu'il conviendrait, le cas échéant, de modifier pour tenir compte de conditions qui leur sont propres. Durant l'élaboration de la Loi type, il a été présumé que l'instrument serait accompagné d'un tel guide. Il a été décidé, par exemple, de ne pas régler un certain nombre de points dans le texte de la Loi type, mais de s'y référer dans le Guide afin d'aider les États à appliquer la Loi type le moment venu. Les informations présentées dans le présent Guide visent à expliquer pourquoi les dispositions de la Loi type ont été retenues à titre d'éléments minimaux essentiels d'une législation destinée à atteindre les objectifs de la Loi type.

2. Le présent Guide a été élaboré par le secrétariat conformément à la demande faite par la CNUDCI à la clôture de sa trente-quatrième session, en 2001. Il est fondé sur les délibérations et décisions de la Commission à cette session, à laquelle la Loi type a été adoptée, ainsi que sur les considérations du Groupe de travail sur le commerce électronique, qui a mené les travaux préparatoires.

Chapitre premier. Présentation générale de la Loi type

I. OBJET ET ORIGINE DE LA LOI TYPE

A. Objet

3. Le recours accru à des techniques d'authentification électroniques au lieu de signatures manuscrites et d'autres méthodes

traditionnelles d'authentification a conduit à penser qu'il serait utile d'avoir un cadre juridique spécifique afin de réduire l'incertitude quant à l'effet juridique pouvant résulter de l'utilisation de telles techniques modernes (qui peuvent être désignées d'une façon générale par le terme "signatures électroniques"). Le risque que divers pays adoptent des approches législatives divergentes à l'égard des signatures électroniques demande des dispositions législatives uniformes afin d'établir les règles de base de ce qui est intrinsèquement un phénomène international dans lequel l'interopérabilité juridique (ainsi que technique) est essentielle.

4. Partant des principes fondamentaux sur lesquels repose l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (dont le titre est toujours cité en entier dans la présente publication pour éviter toute confusion) pour ce qui est de la réalisation de la fonction de signature dans un environnement électronique, la nouvelle Loi type vise à aider les États à mettre en place un cadre législatif moderne, harmonisé et équitable permettant de traiter de façon plus efficace les questions des signatures électroniques. Supplément modeste mais important de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la nouvelle Loi type propose des normes concrètes par rapport auxquelles la fiabilité technique des signatures électroniques peut être mesurée. Elle établit en outre un lien entre cette fiabilité technique et l'efficacité juridique que l'on peut attendre d'une signature électronique particulière. Elle ajoute un élément important à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique en adoptant une approche qui permet de déterminer à l'avance (ou d'évaluer avant utilisation effective) l'efficacité juridique d'une technique de signature électronique donnée. Elle vise donc à faire mieux comprendre les signatures électroniques et à donner confiance dans l'utilisation de certaines techniques de signature électronique dans des opérations ayant une valeur juridique. En outre, en définissant avec la souplesse requise un ensemble de règles de conduite fondamentale pour les diverses parties pouvant être amenées à utiliser ou avoir affaire à des signatures électroniques (à savoir signataires, parties se fiant à la signature et tiers prestataires de services), la Loi type peut aider au développement de pratiques commerciales plus harmonieuses dans le cyberespace.

5. Les objectifs de la Loi type, qui consistent notamment à permettre ou à faciliter le recours aux signatures électroniques et à accorder le même traitement aux utilisateurs de documents sur papier et aux utilisateurs d'informations sous forme électronique, contribuent de manière décisive à favoriser l'économie et l'efficacité du commerce international. En incorporant dans sa législation nationale les procédures prescrites dans la Loi type (ainsi que les dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique) pour les cas où les parties décident d'utiliser des moyens de communication électroniques, un État adopterait une approche techniquement neutre.

B. Origine

6. La Loi type constitue une nouvelle étape dans une série d'instruments internationaux adoptés par la CNUDCI, qui ou bien portent spécifiquement sur les besoins du commerce électronique ou bien ont été élaborés compte tenu des besoins des moyens modernes de communication. Dans la première catégorie figurent le Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds (1987), la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992) et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996 et 1998). La deuxième catégorie comprend toutes les conventions internationales et autres instruments législatifs adoptés par la CNUDCI depuis 1978, qui promeuvent tous un formalisme réduit et contiennent des définitions de "l'écrit" destinées à englober les communications dématérialisées.

7. L'instrument le mieux connu de la CNUDCI dans le domaine du commerce électronique est sa Loi type sur le commerce électronique. Son élaboration, au début des années 90, a pour origine le recours accru à des moyens modernes de communication tels que le courrier électronique et l'échange de données informatisées (EDI) pour la conduite des opérations commerciales internationales. On s'est rendu compte que de nouvelles techniques s'étaient répandues rapidement et continueraient de se développer à mesure que des supports techniques tels que les autoroutes de l'information et l'Internet devenaient plus largement accessibles. Toutefois, la communication d'informations ayant une valeur juridique sous forme de messages sans support papier était entravée par des obstacles juridiques à l'utilisation de tels messages ou par l'incertitude quant à leur effet ou leur validité juridique. Afin de faciliter le recours accru aux moyens modernes de communication, la CNUDCI a élaboré la Loi type sur le commerce électronique, dont l'objectif est d'offrir aux législateurs nationaux un ensemble de règles internationalement acceptables sur la manière de surmonter un certain nombre de ces obstacles et de créer un environnement juridique plus sûr pour ce que l'on appelle aujourd'hui le "commerce électronique".

8. La décision de la CNUDCI d'élaborer une législation type sur le commerce électronique découle du fait que, dans un certain nombre de pays, la législation régissant la communication et l'archivage d'informations était inadaptée ou dépassée car elle n'envisageait pas le recours au commerce électronique. Dans certains cas, la législation impose encore directement ou indirectement des restrictions à l'utilisation des moyens modernes de communication, par exemple en prescrivant l'emploi de documents "écrits", "signés" ou "originaux". Pour les notions de documents "écrits", "signés" et "originaux", la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique a adopté une approche fondée sur l'équivalence multifonctionnelle.

9. Lorsque la Loi type sur le commerce électronique était en cours d'élaboration, quelques pays avaient adopté des dispositions particulières pour traiter certains aspects du commerce électronique, mais il n'y avait pas de législation traitant ce commerce dans son ensemble. Cela pouvait être source d'incertitude quant à la nature juridique et à la validité d'informations présentées sous une forme autre que celle de documents traditionnels sur papier. En outre, des lois et des pratiques saines étaient nécessaires dans tous les pays où l'utilisation de l'EDI et de la messagerie électronique se généralisait, mais ce besoin se faisait aussi sentir dans de nombreux pays pour des techniques de communication telles que la télécopie et le télex.

10. La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique aidait aussi à pallier les inconvénients tenant au fait qu'une législation nationale inappropriée entravait le commerce international, dont une proportion importante est liée à l'utilisation des techniques modernes de communication. Les disparités entre les régimes juridiques nationaux régissant l'utilisation de ces techniques de communication et les incertitudes qu'elles entraînent peuvent encore contribuer dans une large mesure à limiter les possibilités qu'ont les entreprises d'accéder aux marchés internationaux.

11. En outre, au niveau international, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique peut servir, dans certains cas, d'outil pour interpréter les conventions internationales et autres instruments internationaux existants qui créent des obstacles juridiques au recours au commerce électronique, par exemple en prescrivant la forme écrite pour certains documents ou certaines clauses contractuelles. Entre les États Parties à de tels instruments internationaux, l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique comme règle d'interprétation pourrait être le moyen de reconnaître le commerce électronique et d'éviter de devoir négocier un protocole à l'instrument international concerné.

C. *Historique*

12. Après avoir adopté la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la Commission a, à sa vingt-neuvième session (1996), décidé d'inscrire à son ordre du jour la question des signatures numériques et des autorités de certification. Le Groupe de travail sur le commerce électronique a été prié d'examiner l'opportunité et la faisabilité de l'élaboration de règles uniformes sur ces sujets. Il a été convenu que ces règles devraient être consacrées à des questions telles que le fondement juridique des opérations de certification, y compris les nouvelles techniques d'authentification et de certification numériques; l'applicabilité de la certification; la répartition des risques et des responsabilités entre utilisateurs, fournisseurs et tiers dans le contexte de l'utilisation de techniques de certification; les questions spécifiques à la certification sous l'angle de l'utilisation de registres; et l'incorporation par référence[3].

13. 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. Il 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 prestataires de services; et contrats électroniques (A/CN.9/437, par. 156 et 157). 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.

14. S'agissant du champ d'application et de la forme exacts des règles uniformes, la Commission a généralement convenu qu'aucune décision ne pouvait être prise à un stade aussi précoce. Elle a estimé qu'il était justifié que le Groupe de travail axe son attention sur les questions relatives aux signatures numériques, étant donné le rôle apparemment prédominant joué par la cryptographie à clef publique dans la nouvelle pratique du commerce électronique, mais les règles uniformes à élaborer devraient être compatibles avec l'approche techniquement neutre adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Ainsi, les règles uniformes ne devraient pas décourager l'utilisation d'autres techniques d'authentification. En outre, lorsqu'il s'agirait de la cryptographie à clef publique, il pourrait être nécessaire de prendre en considération, dans ces règles uniformes, divers niveaux de sécurité et de reconnaître les divers effets juridiques et niveaux de responsabilité correspondant aux différents types de services fournis dans le contexte des signatures numériques. S'agissant des autorités de certification, la Commission a certes reconnu la valeur des normes issues du marché, mais il a été largement considéré que le Groupe de travail pourrait utilement envisager l'établissement d'un ensemble minimal de normes que les autorités de certification devraient strictement respecter, en particulier dans les cas de certification internationale[4].

15. Le Groupe de travail a commencé à élaborer les règles uniformes (qui sont devenues plus tard la Loi type) à sa trente-deuxième session en se fondant sur une note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.73).

16. 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 que le Groupe de travail avait eu des difficultés manifestes, à ses trente et unième et trente-deuxième sessions, à parvenir à une position commune sur les nouvelles questions juridiques découlant de l'utilisation accrue des signatures numériques et autres signatures électroniques. Il a été également noté qu'il n'y avait toujours pas de consensus sur la manière dont ces questions pourraient être abordées dans un cadre juridique internationalement acceptable. Toutefois, la Commission a estimé, dans l'ensemble, que les progrès accomplis jusqu'ici étaient le signe que les règles uniformes prenaient progressivement la forme d'une structure utilisable.

17. 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 progresserait 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 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[5].

18. Le Groupe de travail a poursuivi la révision des règles uniformes à ses trente-troisième (1998) et trente-quatrième (1999) sessions sur la base des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76 et A/CN.9/WG.IV/WP.79 et 80). Les rapports des sessions sont publiés sous les cotes A/CN.9/454 et 457.

19. À sa trente-deuxième session (1999), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ces deux sessions (A/CN.9/454 et 457). Elle a dit sa satisfaction devant les efforts faits par le Groupe de travail pour rédiger les règles uniformes. 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 estimé que le Groupe de travail avait eu du mal à parvenir à un consensus sur les principes législatifs sur lesquels les règles uniformes devraient être fondées.

20. Selon une opinion, l'approche qu'avait adoptée jusque-là le Groupe de travail ne tenait pas suffisamment compte de la nécessité, dans le monde des affaires, d'une souplesse dans l'utilisation des signatures électroniques ou autres techniques d'authentification. Les règles uniformes, telles qu'alors envisagées, mettaient trop l'accent sur les signatures numériques et, dans cette optique même, sur une application particulière impliquant la certification d'un tiers. On a donc proposé de limiter les travaux sur les signatures électroniques aux aspects juridiques de la certification transnationale ou de les reporter purement et simplement jusqu'à ce que la pratique commerciale soit mieux établie. Selon une opinion allant dans le même sens, aux fins du commerce international, la plupart des questions juridiques liées à l'utilisation des signatures électroniques avaient déjà été résolues dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (voir par. 28 ci-après). Une réglementation de certaines utilisations des signatures électroniques était peut-être nécessaire en dehors du droit commercial, mais le Groupe de travail ne devrait participer à aucune activité de ce type.

21. Selon l'avis qui a largement prévalu, le Groupe de travail devait poursuivre sa tâche sur la base de son mandat original.

[3]Ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17 (A/51/17)*, par. 223 et 224.

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

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

S'agissant du besoin de règles uniformes sur les signatures électroniques, on a expliqué que, dans de nombreux pays, les gouvernements et les organes législatifs qui avaient entrepris l'élaboration d'une législation sur les questions relatives aux signatures électroniques, y compris la mise en place d'une infrastructure fondée sur la clef publique (ICP) 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 ICP, on a rappelé que le jeu des relations entre trois types distincts de parties (les détenteurs des clefs, les autorités de certification et les parties se fiant aux clefs) correspondait à un modèle possible d'ICP, 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 l'ICP était que l'on pouvait ainsi structurer plus facilement les règles uniformes par référence à trois fonctions (ou rôles) associées aux paires de clefs, à savoir la fonction d'émetteur de la clef (ou abonné), la fonction de certification et la fonction de confiance. On s'est généralement accordé à penser que ces trois fonctions étaient communes à tous les modèles d'ICP et qu'il fallait les traiter, qu'elles soient exercées par trois entités séparées ou que deux d'entre elles soient assurées par la même personne (par exemple lorsque l'autorité de certification était également une partie se fiant à la clef). En outre, il a été largement estimé qu'en se concentrant sur les fonctions typiques de l'ICP et non sur un modèle particulier on parviendrait peut-être plus facilement à élaborer, à un stade ultérieur, une règle tout à fait neutre sur le plan technique (ibid., par. 68).

22. À l'issue du débat, la Commission a réaffirmé ses décisions précédentes quant à la faisabilité de la rédaction de règles uniformes et s'est déclarée certaine que le Groupe de travail pourrait progresser encore à ses prochaines sessions[6].

23. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux à ses trente-cinquième (septembre 1999) et trente-sixième (février 2000) sessions en se fondant sur des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.82 et 84). À sa trente-troisième session (2000), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ces deux sessions (A/CN.9/465 et 467). Il a été noté que le Groupe de travail, à sa trente-sixième session, avait adopté le texte des projets d'articles 1er et 3 à 12 des règles uniformes. Il restait à clarifier certains points suite à sa décision de supprimer dans les règles uniformes la notion de "signature électronique renforcée". On a exprimé la crainte qu'il ne soit nécessaire, en fonction des décisions qu'il prendrait concernant les projets d'articles 2 et 13, de réexaminer les autres projets de 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 qui n'étaient pas destinées à produire d'effet juridique important.

24. À l'issue du débat, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les efforts qu'il avait fournis et les progrès qu'il avait accomplis dans l'élaboration des règles uniformes. Elle l'a instamment prié de terminer ses travaux sur ce texte à sa trente-septième session et d'examiner le projet de guide que devait établir le secrétariat[7].

25. Le Groupe de travail a terminé l'élaboration des règles uniformes à sa trente-septième session (septembre 2000). Le rapport sur les travaux de cette session a été publié sous la cote A/CN.9/483. Le Groupe de travail a également examiné le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne des règles uniformes. Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée de ce projet de guide reflétant les décisions prises par le Groupe de travail en fonction des points de vue, suggestions et préoccupations exprimés au cours de la session. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pu clore ses délibérations sur ce point. Il a été convenu qu'il devrait se ménager, à sa trente-huitième session, un peu de temps pour en achever l'examen. Il a été noté que les règles uniformes (sous forme de projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques) ainsi que le projet de guide seraient soumis à la Commission pour examen et adoption à sa trente-quatrième session (2001). *[Note du secrétariat: cette section relative à l'historique de la Loi type doit être complétée, et éventuellement rédigée de façon légèrement plus concise, après examen final et adoption de la Loi type par la Commission.]*

II. LA LOI TYPE COMME OUTIL D'HARMONISATION DES LOIS

26. Comme la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la nouvelle Loi type se présente sous la forme d'un texte législatif qu'il est recommandé aux États d'incorporer dans leur droit national. Contrairement à ce qui se passe dans le cas d'une convention internationale, l'État qui adopte une loi type n'est pas tenu d'en aviser l'Organisation des Nations Unies ou les autres États qui ont pu eux aussi l'adopter. Les États sont toutefois vivement encouragés à informer le secrétariat de la CNUDCI de l'adoption de ce nouveau texte (ou de toute autre loi type résultant des travaux de la CNUDCI).

27. En incorporant le texte d'une loi type dans son système juridique, un État peut modifier ou exclure certaines de ses dispositions. Dans le cas d'une convention, la possibilité pour les États Parties d'apporter des changements (habituellement appelés "réserves") au texte uniforme est beaucoup plus limitée; en particulier, les conventions de droit commercial, le plus souvent, ou bien interdisent toute réserve, ou bien n'en autorisent que quelques-unes, qui sont spécifiées. La souplesse inhérente à une loi type est particulièrement souhaitable dans les cas où il est probable que l'État voudra apporter diverses modifications au texte uniforme avant d'être prêt à l'adopter dans son droit national. On peut s'attendre à certaines modifications, en particulier lorsque le texte uniforme a un lien étroit avec le système judiciaire et procédural national. Mais cela signifie aussi que le degré d'harmonisation, et de certitude quant à l'harmonisation, atteint par une loi type sera probablement moins élevé que dans le cas d'une convention. Cet inconvénient relatif peut néanmoins être compensé par le fait qu'il y a probablement plus d'États adoptant une loi type que d'États adhérant à une convention. Pour atteindre un degré satisfaisant d'harmonisation et de sécurité, il est recommandé que les États apportent aussi peu de modifications que possible lors de l'incorporation de la nouvelle Loi type dans leur système juridique. D'une façon générale, lors de l'adoption de cette nouvelle Loi type (ou de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique), il est souhaitable d'adhérer autant que possible au texte uniforme de manière à rendre le droit national aussi transparent et familier que possible pour les étrangers qui l'utiliseront.

28. Il faut noter que certains pays considèrent que les questions juridiques liées à l'utilisation de signatures électroniques ont déjà été réglées par la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et qu'ils ne prévoient pas d'adopter d'autres règles sur les signatures électroniques tant que les pratiques du marché dans ce nouveau domaine ne seront pas mieux établies. Toutefois, les États qui adopteront la nouvelle Loi type en plus de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique peuvent en attendre des avantages supplémentaires. Pour ceux dont les organes exécutifs et législatifs préparent actuellement une loi sur les questions relatives aux signatures électroniques, y compris l'établissement d'une infrastructure à clef publique (ICP), la Loi type offre des

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

[7] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 380 à 383.

lignes directrices d'un instrument international qui a été élaboré en tenant compte des questions et de la terminologie de l'ICP. Pour tous les pays, la Loi type offre un ensemble de règles pouvant avoir des applications allant au-delà du modèle ICP, puisqu'elle envisage le jeu des relations entre trois fonctions distinctes intervenant dans tout type de signature électronique, à savoir la création, la certification et la confiance). Ces trois fonctions doivent être traitées, qu'elles soient exercées par trois entités séparées ou que deux d'entre elles soient exercées par la même personne (par exemple lorsque l'autorité de certification est également une partie se fiant à la signature). La Loi type offre donc des bases communes pour les systèmes d'ICP fondés sur des autorités de certification indépendantes et les systèmes de signature électronique où aucun tiers indépendant de ce type n'intervient dans le processus de signature. Dans tous les cas, la nouvelle Loi type offre une sécurité supplémentaire concernant l'efficacité juridique des signatures électroniques, sans limiter l'application du critère souple énoncé à l'article 7 de la Loi de la CNUDCI sur le commerce électronique (voir par. 67 et 70 à 75 ci-après).

III. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES[8]

A. Fonctions de la signature

29. L'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique se fonde sur la reconnaissance des fonctions remplies par la signature dans un environnement papier. Lors des travaux préparatoires sur cette loi, le Groupe de travail a examiné les fonctions suivantes traditionnellement remplies par les signatures manuscrites: identification d'une personne; certitude quant à la participation en personne de l'intéressé dans l'acte de signature; association de cette personne avec la teneur d'un document. Il a été noté qu'en outre la signature pouvait remplir diverses fonctions, selon la nature du document signé. Par exemple, une signature peut témoigner de l'intention d'une partie d'être liée par la teneur d'un contrat signé; de l'intention d'une personne de revendiquer la paternité d'un texte (montrant ainsi qu'elle a conscience du fait que l'acte de signature peut avoir éventuellement des conséquences juridiques); de l'intention d'une personne de s'associer à la teneur d'un document rédigé par quelqu'un d'autre; du fait que et du moment où une personne se trouvait en un lieu donné. La relation entre la nouvelle Loi type et l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique est examinée plus avant aux paragraphes 67 et 70 à 75 du présent Guide.

30. Dans un environnement électronique, l'original d'un message ne se distingue pas d'une copie, ne comporte aucune signature manuscrite et ne figure pas sur papier. Les possibilités de fraude sont énormes, du fait de la facilité qu'il y a à intercepter et modifier l'information sous forme électronique sans risque d'être détecté, ainsi que de la rapidité avec laquelle on peut traiter de multiples opérations. La finalité des diverses techniques actuellement disponibles sur le marché ou en cours d'élaboration est de créer les moyens techniques grâce auxquels un certain nombre ou la totalité des fonctions perçues comme caractéristiques d'une signature manuscrite peuvent être remplies dans un contexte électronique. On peut regrouper ces techniques sous le terme générique de "signatures électroniques".

B. Signatures numériques et autres signatures électroniques

31. Lorsqu'elle a examiné s'il était opportun et possible d'élaborer la nouvelle Loi type, et défini son champ d'application, la CNUDCI a examiné les diverses techniques de signature électronique qui étaient utilisées ou en cours d'élaboration. L'objectif commun à ces techniques est de fournir des équivalents fonctionnels: 1) à la signature manuscrite; et 2) aux autres types de mécanismes d'authentification utilisés dans un environnement papier (par exemple les sceaux ou cachets). Les mêmes techniques peuvent remplir des fonctions supplémentaires dans le domaine du commerce électronique, qui découlent des fonctions d'une signature mais où elles n'ont aucun équivalent strict dans un environnement papier.

32. Ainsi qu'il a été indiqué plus haut (voir par. 21 et 28), les gouvernements et parlements de nombreux pays qui sont en train d'élaborer une législation sur les questions relatives aux signatures électroniques, y compris la mise en place d'une infrastructure à clef publique (ICP) ou autres projets sur des questions étroitement liées (voir A/CN.9/457, par. 16), attendent des orientations de la CNUDCI. Quant à la décision prise par cette dernière de se concentrer sur les questions et sur la terminologie de l'ICP, il convient de noter que le jeu des relations entre trois types distincts de parties (les signataires, les prestataires de services de certification et les parties se fiant aux signatures) correspond à un modèle possible d'ICP, mais que d'autres modèles sont déjà couramment utilisés sur le marché (sans intervention d'une autorité de certification indépendante, par exemple). L'un des principaux avantages qu'il y a à se concentrer sur les questions relatives à l'ICP est que l'on peut ainsi structurer plus facilement la Loi type par référence à trois fonctions (ou rôles) associées aux signatures électroniques, à savoir la fonction de signataire (émetteur de la clef ou abonné), la fonction de certification et la fonction de confiance. Ces trois fonctions sont communes à tous les modèles d'ICP et il faudrait les traiter, qu'elles soient exercées par trois entités séparées ou que deux d'entre elles soient assurées par la même personne (par exemple lorsque le prestataire de services de certification est également une partie se fiant à la signature). En outre, en se concentrant sur les fonctions typiques de l'ICP et non sur un modèle particulier, on parvient plus facilement à élaborer une règle tout à fait neutre sur le plan technique dans la mesure où des fonctions similaires sont remplies dans le cas d'une technique de signature électronique autre qu'une infrastructure à clef publique.

1. Signatures électroniques faisant appel à des techniques autres que la cryptographie à clef publique

33. Parallèlement aux "signatures numériques" s'appuyant sur la cryptographie à clef publique, il existe divers autres mécanismes, englobés eux aussi dans la notion plus large de "signature électronique", qui peuvent être en usage ou dont on envisage l'utilisation dans l'avenir, en vue de remplir une ou plusieurs des fonctions susmentionnées des signatures manuscrites. Par exemple, certaines techniques s'appuient sur l'authentification par dispositif biométrique fondé sur la signature manuscrite. Avec un tel dispositif, le signataire apposerait sa signature manuscrite à l'aide d'un stylo spécial soit sur un écran d'ordinateur, soit sur un bloc numérique. La signature manuscrite serait alors analysée par ordinateur et mise en mémoire sous forme d'un ensemble de valeurs numériques, qui pourrait être ajouté à un message de données et affiché par le destinataire aux fins d'authentification. Ce système d'authentification présupposerait que des échantillons de la signature manuscrite ont été préalablement analysés et mis en mémoire par le dispositif biométrique. D'autres techniques reposent sur l'utilisation de numéros d'identification personnels (codes PIN), de signatures numérisées et d'autres méthodes, comme celles qui consistent à cliquer sur la case "valider".

34. La CNUDCI a souhaité élaborer une législation uniforme de nature à faciliter l'utilisation aussi bien des signatures numériques que d'autres formes de signature électronique. À cet effet, elle a essayé de traiter les questions juridiques liées aux signatures électroniques à un niveau intermédiaire entre le caractère très général de

[8] Cette section est reprise du document A/CN.9/WG.IV/WP.71, partie I.

sa Loi type sur le commerce électronique et le degré de détail qui peut être nécessaire dans le cas d'une signature particulière. En tout état de cause, conformément au principe de neutralité technique énoncé dans la Loi type sur le commerce électronique, la nouvelle Loi type ne doit pas être interprétée comme décourageant l'utilisation d'une quelconque méthode de signature électronique, que celle-ci existe déjà ou doive être mise en œuvre dans l'avenir.

2. *Signatures numériques fondées sur la cryptographie à clef publique*[9]

35. Étant donné l'usage croissant des techniques de signature numérique dans un certain nombre de pays, l'introduction ci-dessous pourra être utile à ceux qui élaborent des lois sur les signatures électroniques.

a) *Notions et terminologie techniques*

i) Cryptographie

36. Les signatures numériques sont créées et vérifiées grâce à la cryptographie, branche des mathématiques appliquées qui s'occupe de la transformation de messages en des formes apparemment inintelligibles et de leur restitution dans leur forme initiale. Les signatures numériques utilisent ce que l'on appelle la "cryptographie à clef publique", qui est souvent basée sur l'utilisation de fonctions algorithmiques pour créer deux "clefs" (c'est-à-dire des nombres de plusieurs chiffres générés à l'aide d'une série de formules mathématiques appliquées aux nombres premiers) différentes mais mathématiquement liées entre elles. L'une de ces clefs est utilisée pour créer une signature numérique ou pour transformer des données en une forme apparemment inintelligible, et l'autre pour vérifier une signature numérique ou restituer le message dans sa forme initiale. Le matériel et le logiciel informatiques utilisant deux clefs de ce type sont souvent appelés collectivement "cryptosystèmes" ou, plus précisément, "cryptosystèmes asymétriques" lorsqu'ils utilisent des algorithmes asymétriques.

37. Bien que le recours à la cryptographie soit l'une des principales caractéristiques des signatures numériques, le simple fait qu'une signature numérique soit utilisée pour authentifier un message contenant des données sous forme numérique ne doit pas être assimilé à l'utilisation plus générale de la cryptographie à des fins de confidentialité. Le codage pour raison de confidentialité est une méthode utilisée pour coder une communication électronique de manière que seuls l'initiateur et le destinataire du message seront en mesure de le lire. Dans un certain nombre de pays, la loi restreint l'utilisation de la cryptographie à cette fin pour des raisons d'ordre public qui peuvent comporter des considérations de sécurité nationale. Cependant, l'utilisation de la cryptographie aux fins d'authentification par la création d'une signature numérique n'implique pas nécessairement le recours au codage pour garantir le caractère confidentiel d'une communication, étant donné que la signature numérique codée peut être tout simplement jointe à un message non codé.

ii) Clefs publiques et privées

38. Les clefs complémentaires utilisées pour les signatures numériques sont appelées la "clef privée", qui n'est utilisée que par le signataire pour créer la signature numérique, et la "clef publique", qui est d'ordinaire plus largement connue et est utilisée par une partie se fiant à la signature pour vérifier la signature numérique. Il appartient à l'utilisateur d'une clef privée de garder la clef privée secrète. On notera que l'utilisateur individuel n'a pas besoin de connaître la clef privée. Celle-ci est normalement conservée sur une carte à mémoire, ou est normalement accessible grâce à un numéro d'identification personnel ou, dans l'idéal, grâce à un dispositif d'identification biométrique, par exemple un dispositif de reconnaissance d'empreinte de pouce. Si de nombreuses personnes ont besoin de vérifier les signatures numériques du signataire, la clef publique doit être rendue accessible ou distribuée à l'ensemble de ces personnes, par exemple en la publiant dans un répertoire en ligne ou dans toute autre forme de répertoire public où elle est facilement accessible. Bien que les clefs de la paire soient mathématiquement liées, si un système de cryptographie asymétrique a été conçu et mis en œuvre de façon sécurisée, il est pratiquement impossible, connaissant la clef publique, de déduire la clef privée. Les algorithmes les plus courants de chiffrement par utilisation de clefs publiques et privées reposent sur une caractéristique importante des grands nombres premiers: une fois multipliés ensemble pour produire un nouveau nombre, il est particulièrement difficile et long de déterminer les deux nombres premiers qui ont créé ce nouveau nombre plus grand[10]. Ainsi, bien que de nombreuses personnes connaissent la clef publique d'un signataire donné et l'utilisent pour vérifier ses signatures, elles ne peuvent découvrir sa clef privée et l'utiliser pour falsifier des signatures numériques.

39. On notera cependant que le concept de cryptographie à clef publique ne nécessite pas forcément l'utilisation des algorithmes susmentionnés, fondés sur des nombres premiers. On utilise ou on met au point actuellement d'autres techniques mathématiques telles que des systèmes de cryptographie fondés sur des courbes elliptiques, souvent décrits comme offrant un niveau élevé de sécurité malgré l'utilisation de longueurs de clefs considérablement réduites.

iii) Fonction de hachage

40. Outre la production de paires de clefs, un autre processus fondamental, généralement appelé "fonction de hachage", est utilisé à la fois pour créer et pour vérifier une signature numérique. Une fonction de hachage est un processus mathématique fondé sur un algorithme, qui crée une représentation numérique, ou une forme comprimée du message, souvent appelée "abrégé" ou "empreinte digitale", et qui prend la forme d'une "valeur de hachage" ou d'un "résultat de hachage" d'une longueur normalisée généralement bien plus courte que le message lui-même mais qui lui est néanmoins unique. Toute modification apportée au message produit inévitablement un résultat de hachage différent lorsqu'on utilise la même fonction de hachage. Dans le cas d'une fonction de hachage sécurisée, parfois appelée "fonction de hachage unidirectionnelle", il est pratiquement impossible, connaissant la valeur de hachage, de déduire le message initial. Les fonctions de hachage permettent donc au programme de création de signatures numériques d'opérer sur des volumes de données plus limités et prévisibles tout en établissant une solide corrélation avec la teneur du message initial, ce qui lui permet d'assurer qu'aucune modification n'a été apportée au message depuis que ce dernier a été signé sous forme numérique.

[9]De nombreux éléments de la description du fonctionnement d'un système de signature numérique dans la présente section s'appuient sur les directives en matière de signature numérique (Digital Signature Guidelines) élaborées par l'American Bar Association, p. 8 à 17.

[10]Certaines normes existantes telles que les directives concernant les signatures électroniques de l'American Bar Association contiennent la notion d'"infaisabilité informatique" pour décrire l'irréversibilité escomptée du processus, c'est-à-dire l'espoir qu'il sera impossible de déduire la clef privée secrète d'un utilisateur à partir de sa clef publique. "La notion d'infaisabilité informatique est une notion relative fondée sur la valeur des données protégées, l'infrastructure informatique requise pour les protéger, le temps nécessaire pour les protéger, ainsi que le coût et le temps nécessaires pour attaquer les données, ces facteurs étant évalués tant en fonction de la situation actuelle que des futurs progrès technologiques" (directives concernant les signatures électroniques de l'American Bar Association, p. 9, note 23).

iv) Signature numérique

41. Pour signer un document ou toute autre information, le signataire commence par définir précisément les limites de ce qu'il doit signer. Ensuite, une fonction de hachage opérant dans le programme du signataire calcule un résultat de hachage propre (à toutes fins pratiques) à l'information qui doit être signée. Le programme du signataire transforme ensuite le résultat de hachage en une signature numérique à l'aide de la clef privée du signataire. La signature numérique résultante est par conséquent propre à la fois à l'information signée et à la clef privée utilisée pour créer la signature numérique.

42. Généralement, une signature numérique (un résultat de hachage signé numériquement) est attachée au message et stockée ou transmise avec ce message. Cependant, elle peut également être envoyée ou stockée comme élément de données distinct, aussi longtemps qu'elle maintient une association fiable avec le message correspondant. Étant donné qu'une signature numérique est propre à son message, elle est inutile si on la dissocie de façon permanente de ce dernier.

v) Vérification de la signature numérique

43. La vérification de la signature numérique consiste à vérifier cette dernière par rapport au message initial et à une clef publique donnée, et à déterminer de cette façon si elle a été créée pour ce même message à l'aide de la clef privée correspondant à la clef publique référencée. Une telle vérification s'effectue en calculant un nouveau résultat de hachage du message initial au moyen de la fonction de hachage utilisée pour créer la signature numérique. Ensuite, à l'aide de la clef publique et du nouveau résultat de hachage, le vérificateur vérifie si la signature numérique a été créée à l'aide de la clef privée correspondante, et si le résultat de hachage nouvellement calculé correspond au résultat de hachage initial qui a été transformé en signature numérique au cours du processus de signature.

44. Le programme de vérification confirmera la signature numérique comme étant "vérifiée": 1) si la clef privée du signataire a été utilisée pour signer numériquement le message, ce qui est révélé si sa clef publique a été utilisée pour vérifier la signature étant donné que cette clef publique permettra de vérifier uniquement une signature numérique créée à l'aide de la clef privée du signataire; et 2) si le message ne subit aucune modification, ce qui est révélé si le résultat de hachage calculé par la personne chargée de la vérification est identique au résultat de hachage extrait de la signature numérique lors du processus de vérification.

b) *Infrastructure à clef publique (ICP) et prestataires de services de certification*

45. Pour vérifier une signature numérique, le vérificateur doit avoir accès à la clef publique du signataire et s'assurer que celle-ci correspond bien à la clef privée de ce dernier. Cependant, une paire de clefs publique et privée n'a aucune association intrinsèque avec une personne quelconque; il s'agit simplement d'une paire de nombres. Un mécanisme supplémentaire est nécessaire pour associer de manière fiable une personne ou une entité particulière à la paire de clefs. Si l'on veut que le chiffrement à clef publique remplisse sa fonction, il faut trouver un moyen d'envoyer les clefs à un grand nombre de personnes, dont beaucoup sont inconnues de l'expéditeur, et alors même qu'aucune relation de confiance ne s'est forgée entre les parties. Pour ce faire, les parties concernées doivent avoir une très grande confiance dans les clefs publiques et privées émises.

46. Le degré requis de confiance peut exister entre des parties qui se font confiance, qui ont traité l'une avec l'autre sur une certaine durée, qui communiquent sur des systèmes fermés, qui fonctionnent à l'intérieur d'un groupe fermé, ou dont les relations peuvent être régies par contrat — par exemple dans le cadre d'un accord de partenariat commercial. Si une opération ne fait intervenir que deux parties, chacune peut simplement communiquer (par un moyen relativement sûr tel qu'un coursier ou un téléphone, qui permet la reconnaissance de voix) la clef publique de la paire de clefs que chaque partie va utiliser. Cependant, il se peut que le même degré de confiance soit absent lorsque les parties ont peu affaire l'une à l'autre, communiquent sur des systèmes ouverts (par exemple Internet), ne font pas partie d'un groupe fermé ou ne sont pas liées juridiquement, par exemple par un accord de partenariat commercial.

47. En outre, étant donné que le chiffrement à clef publique est une technique fondée sur des principes hautement mathématiques, tous les utilisateurs doivent avoir confiance dans les compétences, les connaissances et les dispositifs de sécurité des parties émettant les clefs publiques et privées[11].

48. Un signataire éventuel pourrait faire une déclaration publique indiquant que les signatures vérifiables au moyen d'une clef publique donnée devraient être considérées comme provenant de lui. Cependant, d'autres parties pourraient refuser d'accepter cette déclaration, en particulier lorsqu'il n'existe aucun contrat préalable établissant avec certitude l'effet juridique de ladite déclaration. Une partie se fiant à une telle déclaration non étayée publiée dans un système ouvert risquerait beaucoup de faire confiance, à son insu, à un imposteur ou d'avoir à établir qu'il n'y a pas eu dénégation injustifiée de signature numérique (question souvent évoquée à propos de la "non-répudiation" des signatures numériques) dans le cas où une opération s'avérerait défavorable au signataire supposé.

49. L'une des solutions à ce problème consiste à recourir à un ou plusieurs tiers de confiance pour associer un signataire identifié ou le nom de ce signataire à une clef publique spécifique. Ce tiers de confiance est généralement appelé, dans la plupart des normes et directives techniques, "autorité de certification" ou "prestataire de services de certification" (dans la Loi type, c'est l'expression "prestataire de services de certification" qui a été retenue). Dans plusieurs pays, ces autorités de certification s'organisent de façon hiérarchique en ce que l'on appelle souvent une infrastructure à clef publique.

i) Infrastructure à clef publique (ICP)

50. La création d'une infrastructure à clef publique est un moyen d'inspirer confiance dans le fait que: 1) la clef publique de l'utilisateur n'a pas été falsifiée et correspond effectivement à sa clef privée; 2) les techniques de chiffrement utilisées sont bonnes; 3) les entités délivrant les clefs cryptographiques préserveront ou recréeront les clefs publiques et privées susceptibles d'être utilisées pour le chiffrement, afin d'assurer la confidentialité lorsque le recours à cette technique est autorisé; 4) il y a interopérabilité des différents systèmes de chiffrement. Pour inspirer cette confiance, une ICP peut offrir un certain nombre de services, dont les suivants: 1) gérer les clefs cryptographiques utilisées pour les signatures numériques; 2) certifier qu'une clef publique correspond bien à une clef privée; 3) fournir des clefs aux utilisateurs finaux; 4) décider quels utilisateurs se verront conférer tel ou tel privilège dans le système; 5) publier un répertoire sécurisé des clefs publiques ou des certificats; 6) gérer des objets personnalisés (par exemple les cartes à mémoire) capables d'identifier l'utilisateur au moyen d'éléments d'identification qui lui sont spécifiques

[11]Dans les cas où les clefs cryptographiques publiques et privées seraient émises par les utilisateurs eux-mêmes, il pourrait être nécessaire de charger les certificateurs de clefs publiques d'assurer cette confiance.

ou capables de créer et de garder en mémoire les clefs privées d'un individu; 7) vérifier l'identité des utilisateurs finaux et leur offrir des services; 8) offrir des services de non-répudiation; 9) offrir des services d'horodatage; 10) gérer les clefs de chiffrement utilisées pour le chiffrement de confidentialité lorsque le recours à cette technique est autorisé.

51. Une infrastructure à clef publique s'appuie souvent sur divers niveaux d'autorité. Par exemple, les modèles envisagés dans certains pays pour établir ce type d'infrastructure se réfèrent notamment aux niveaux suivants: 1) une autorité principale ("autorité racine") unique, qui certifierait la technologie et les pratiques de toutes les parties autorisées à produire les paires de clefs cryptographiques ou les certificats concernant l'utilisation de ces paires de clefs, et qui enregistrerait les autorités de certification inférieures[12]; 2) diverses autorités de certification, situées en dessous de "l'autorité racine", qui certifieraient que la clef publique d'un utilisateur correspond effectivement à sa clef privée (autrement dit, que la clef n'a pas été manipulée); et 3) diverses autorités locales d'enregistrement, placées en dessous des autorités de certification et chargées, d'une part, de recevoir les demandes de paires de clefs cryptographiques ou de certificats relatifs à l'utilisation de ces paires de clefs adressées par des utilisateurs et, d'autre part, d'exiger une preuve d'identification et de vérifier l'identité des utilisateurs éventuels. Dans certains pays, il est envisagé de confier à des officiers publics la fonction d'autorité locale d'enregistrement, ou tout au moins d'apporter leur concours à cette fonction.

52. Il se peut que les questions relatives à l'IPC ne se prêtent pas aisément à une harmonisation internationale. En effet, l'organisation d'une IPC peut faire intervenir diverses questions techniques ainsi que des questions d'ordre public que les États sont peut-être mieux à même de régler individuellement en l'état actuel des choses[13]. À cet égard, chacun d'entre eux devra peut-être prendre des décisions concernant l'établissement d'une ICP, notamment pour ce qui est de: 1) déterminer la forme et le nombre de niveaux d'autorité devant constituer l'IPC; 2) déterminer si seules certaines autorités appartenant à l'infrastructure devraient être autorisées à délivrer les paires de clefs cryptographiques ou si ces dernières peuvent être créées par les utilisateurs eux-mêmes; 3) savoir si les autorités de certification garantissant la validité des paires de clefs cryptographiques devraient être des entités publiques ou si des entités privées pourraient agir en cette qualité; 4) déterminer si l'autorisation donnée à une entité d'agir en qualité d'autorité de certification devrait prendre la forme d'une autorisation expresse ou de l'octroi d'une "licence" par l'État, ou si d'autres méthodes devraient être utilisées pour contrôler la qualité de ces autorités si on les dispense d'une autorisation spécifique; 5) déterminer dans quelle mesure la cryptographie devrait être autorisée à des fins de confidentialité; et 6) savoir si l'État devrait conserver l'accès à l'information chiffrée, au moyen d'un mécanisme de séquestre de la clef ("*key escrow*") ou autrement. La Loi type ne traite pas de ces questions.

ii) Prestataires de services de certification

53. Pour associer une paire de clefs à un signataire éventuel, un prestataire de services de certification (ou autorité de certification) délivre un certificat, enregistrement électronique qui indique la clef publique ainsi que le nom du titulaire du certificat identifié comme "sujet" de ce certificat et qui peut confirmer que le signataire éventuel identifié dans le certificat détient la clef privée correspondante. La fonction essentielle d'un certificat est d'associer une clef publique à un détenteur précis. Un "destinataire" du certificat souhaitant se fier à une signature numérique créée par le titulaire indiqué dans le certificat peut utiliser la clef publique figurant dans le certificat pour vérifier que la signature numérique a bien été créée avec la clef privée correspondante. Si cette vérification est positive, le destinataire est assuré que la signature numérique a effectivement été créée par le détenteur de la clef publique indiqué dans le certificat, et que le message correspondant n'a pas été modifié depuis qu'on y a apposé une signature numérique.

54. Pour assurer l'authenticité du certificat (soit tant de son contenu que de sa source), l'autorité de certification y appose une signature numérique. Celle-ci peut être vérifiée au moyen de la clef publique de cette autorité de certification figurant sur un autre certificat délivré par une autre autorité de certification (qui peut, mais ne doit pas nécessairement, être une autorité hiérarchiquement supérieure), et cet autre certificat peut à son tour être authentifié par la clef publique figurant sur un autre certificat encore, et ainsi de suite, jusqu'à ce que la personne devant se fier à la signature numérique soit convaincue de son authenticité. Dans chaque cas, l'autorité de certification délivrant le certificat doit apposer une signature numérique sur son propre certificat pendant la période de validité de l'autre certificat utilisé pour vérifier sa signature numérique.

55. Une signature numérique correspondant à un message, qu'elle soit créée par le détenteur de la paire de clefs pour authentifier un message ou par l'autorité de certification pour authentifier son certificat, devrait généralement être horodatée de manière à permettre au vérificateur de déterminer de manière fiable si elle a bien été créée pendant la "période de validité" indiquée dans le certificat, ce qui est l'une des conditions de la vérifiabilité d'une signature numérique.

56. Pour qu'une clef publique et son association à un détenteur spécifique soient aisément vérifiables, le certificat peut être publié dans un répertoire ("*repository*") ou mis à disposition par d'autres moyens. Généralement, les répertoires sont des bases de données en ligne regroupant des certificats et d'autres informations pouvant être appelés et utilisés pour vérifier les signatures numériques.

57. Une fois délivré, un certificat peut se révéler sujet à caution, par exemple si le détenteur a donné une fausse identité à l'autorité de certification. Dans d'autres cas, un certificat peut être fiable au moment où il est délivré, mais devenir sujet à caution par la suite. Si la clef privée est "compromise", par exemple parce que son détenteur en a perdu le contrôle, le certificat peut perdre sa fiabilité. L'autorité de certification (à la demande du détenteur ou même sans son consentement, selon les circonstances) peut alors suspendre (interrompre provisoirement la période de validité) ou révoquer (annuler définitivement) le certificat. Dès cette suspension ou cette révocation, elle doit généralement publier une notification ou en aviser les personnes qui l'interrogent ou dont elle sait qu'elles ont reçu une signature numérique vérifiable par référence à un certificat qui n'est pas fiable.

58. Les autorités de certification pourraient être des organismes relevant de l'État ou des prestataires de services privés. Dans certains pays, on envisage, pour des raisons d'ordre public, que seuls des organismes publics soient autorisés à assurer la fonction de certification. Dans d'autres, on considère que les services de certification doivent être ouverts à la concurrence sur le marché privé. Quelle que soit l'option retenue et que les autorités de certification aient ou non besoin d'une licence pour fonctionner, une infrastructure à clef publique comprend généralement plusieurs autorités. Ce qui est particulièrement important est la relation entre les différentes autorités de certification. Elle peuvent, au sein de l'infrastructure, être organisées hiérarchiquement, certaines

[12]La question de savoir si un gouvernement devrait avoir la capacité technique de conserver ou de recréer des clefs de confidentialité privées peut être traitée au niveau de l'autorité racine.

[13]Dans le contexte d'une certification croisée, cependant, il faudrait, pour assurer une interopérabilité internationale, que toutes les infrastructures à clef publique établies dans différents pays puissent communiquer entre elles.

ne faisant que certifier celles qui fournissent directement les ser-vices aux usagers. Dans ce type de structure, il y a donc subordination de certaines autorités de certification à d'autres. Mais on peut aussi envisager qu'elles fonctionnent toutes sur un pied d'égalité. Dans toute infrastructure importante, il y aura vraisemblablement des autorités de certification subordonnées et supérieures. En tout état de cause, en l'absence d'une ICP internationale, un certain nombre de questions peuvent se poser s'agissant de la reconnaissance de certificats par les autorités de certification d'autres pays. La reconnaissance des certificats étrangers s'effectue souvent au moyen de ce que l'on appelle une "certification croisée". En pareil cas, il est indispensable que des autorités de certification essentiellement équivalentes (ou acceptant tout au moins d'assumer certains risques pour les certificats délivrés par d'autres autorités de certification) reconnaissent mutuellement les services qu'elles fournissent, afin que leurs usagers respectifs puissent communiquer entre eux de manière plus efficace et en accordant une plus grande confiance dans la fiabilité des certificats émis.

59. Des questions juridiques peuvent se poser en cas de certification croisée ou de chaînes de certificats, lorsque des politiques de sécurité multiples entrent en jeu. Il peut être nécessaire par exemple de déterminer quelle faute a causé une perte, ou aux garanties de qui s'est fié l'utilisateur. On notera que les règles juridiques envisagées dans certains pays prévoient que, lorsque les politiques en vigueur et les niveaux de sécurité sont connus des utilisateurs, et lorsqu'il n'y a pas négligence de la part des autorités de certification, il n'y a pas responsabilité.

60. Il peut incomber à l'autorité de certification ou à l'autorité racine de veiller à ce que ses prescriptions soient systématiquement respectées. Si la sélection des autorités de certification peut se faire sur la base d'un certain nombre de facteurs, dont la solidité de la clef publique utilisée et l'identité de l'utilisateur, la fiabilité de chacune d'entre elles peut également dépendre de la façon dont elle applique les normes de délivrance de certificats et de la fiabilité de son évaluation des données communiquées par les utilisateurs qui demandent des certificats. D'une importance toute particulière est le régime de responsabilité qui s'applique concernant le respect des prescriptions en matière de politique générale et de sécurité édictées par l'autorité racine ou par l'autorité de certification supérieure, ou de toute autre prescription applicable, et ce de manière permanente.

61. Lors de l'élaboration de la Loi type, les éléments énumérés ci-après ont été considérés comme des facteurs qui pourraient être pris en considération pour évaluer la fiabilité d'une autorité de certification: 1) indépendance (c'est-à-dire absence d'intérêts financiers ou autres dans les opérations sous-jacentes; 2) solidité et ressources financières permettant d'assumer le risque de devoir répondre d'un préjudice; 3) maîtrise de la technologie des clefs publiques et bonne connaissance des procédures de sécurité adéquates; 4) longévité (il peut en effet être demandé aux autorités de certification d'apporter la preuve de la fourniture de certificats ou de clefs de déchiffrement de nombreuses années après la fin de l'opération sous jacente, par exemple dans le cadre d'une action en justice ou d'un litige relatif à la propriété); 5) approbation du matériel et du logiciel; 6) mise en place d'une piste d'audit et d'un audit par une entité indépendante; 7) existence d'un plan d'urgence (par exemple logiciel de "récupération après sinistre " ou mécanisme de "séquestre" de la clef); 8) sélection et gestion du personnel; 9) dispositif de protection pour la clef privée de l'autorité de certification; 10) sécurité interne; 11) dispositions pour la cessation d'activité, y compris notification aux utilisateurs; 12) garanties (données ou exclues); 13) limites de responsabilité; 14) assurance; 15) interopérabilité entre autorités de certification; 16) procédures de révocation (dans les cas où les clefs cryptographiques viendraient à être perdues ou compromises).

c) *Résumé du processus de signature numérique*

62. L'utilisation d'une signature numérique implique habituellement les opérations suivantes, effectuées soit par le signataire, soit par le destinataire du message signé numériquement:

1) L'utilisateur crée ou se voit attribuer une paire de clefs cryptographiques qui lui est propre;

2) L'expéditeur rédige un message (par exemple sous forme d'un courrier électronique) sur un ordinateur;

3) L'expéditeur établit un "abrégé" de son message à l'aide d'un algorithme de hachage sûr. La création de la signature numérique utilise un résultat de hachage découlant à la fois du message signé et d'une clef privée donnée et qui leur est unique. Pour que le résultat du hachage soit sécurisé, il est impératif qu'il n'y ait qu'une possibilité infime que la même signature numérique soit créée par la combinaison de tout autre message ou de toute autre clef;

4) L'expéditeur chiffre l'abrégé à l'aide de la clef privée. Celle-ci est appliquée au texte de l'abrégé à l'aide d'un algorithme mathématique. La signature numérique est constituée par l'abrégé ainsi chiffré;

5) L'expéditeur appose ou annexe généralement sa signature numérique au message;

6) L'expéditeur envoie sa signature numérique et le message (chiffré ou non) au destinataire par voie électronique;

7) Le destinataire utilise la clef publique de l'expéditeur pour vérifier la signature numérique de ce dernier. Cette vérification prouve que le message provient exclusivement dudit expéditeur;

8) Le destinataire crée lui aussi un "abrégé" du message à l'aide du même algorithme de hachage sûr;

9) Le destinataire compare les deux abrégés. S'ils sont identiques, il sait que le message n'a pas été modifié après avoir été signé. Même si le message a subi une très légère modification après avoir été signé numériquement, l'abrégé créé par le destinataire sera différent de celui créé par l'expéditeur;

10) Le destinataire reçoit de l'autorité de certification (ou par l'intermédiaire de l'auteur du message) un certificat qui confirme la signature numérique apposée au message de l'expéditeur. L'autorité de certification est généralement un tiers de confiance qui administre la certification dans le système de signature numérique. Le certificat contient la clef publique et le nom de l'expéditeur (éventuellement accompagnés de renseignements complémentaires) et est signé numériquement par l'autorité de certification.

IV. PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DE LA LOI TYPE

A. *Nature législative de la Loi type*

63. La Loi type a été rédigée en partant du principe qu'elle devrait découler directement de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et être considérée comme un moyen de donner des renseignements détaillés sur la notion de "méthode fiable" utilisée pour identifier "une personne" et pour indiquer "qu'elle approuve l'information" contenue dans le message de données (voir A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 49).

64. La question de la forme que pourrait prendre l'instrument a été soulevée, et on a noté la nécessité d'étudier la relation entre la forme et le contenu. Différentes méthodes ont été proposées quant à ce que pourrait être cette forme, y compris des règles contractuelles, des dispositions législatives ou des principes directeurs destinés aux États envisageant d'adopter une législation sur les signatures électroniques. Il a été convenu, comme hypothèse

de travail, que le texte devrait prendre la forme de règles législatives assorties d'un commentaire, et non simplement de principes directeurs (voir A/CN.9/437, par. 27; A/CN.9/446, par. 25; et A/CN.9/457, par. 51 et 72). Le texte a été finalement adopté sous forme de loi type (A/CN.9/483, par. 137 et 138).

B. Relations avec la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique

1. La nouvelle Loi type comme instrument juridique distinct

65. Les nouvelles dispositions auraient pu être incorporées dans une version augmentée de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, par exemple pour former une nouvelle troisième partie. Afin d'indiquer clairement que la nouvelle Loi type pourrait être adoptée soit de façon indépendante, soit en combinaison avec la Loi type sur le commerce électronique, il a été finalement décidé qu'elle serait établie en tant qu'instrument juridique distinct (voir A/CN.9/465, par. 37). Cette décision découle essentiellement du fait qu'au moment où elle était finalisée la Loi type sur le commerce électronique avait déjà été appliquée avec succès dans plusieurs pays et que de nombreux autres envisageaient de l'adopter. L'élaboration d'une version augmentée de cet instrument aurait pu compromettre le succès de la version originale en donnant à penser qu'il était nécessaire d'améliorer ce texte au moyen d'une mise à jour. En outre, l'élaboration d'une nouvelle version de la Loi type sur le commerce électronique aurait pu introduire une confusion dans les pays qui l'avaient récemment adoptée.

2. Pleine conformité de la nouvelle Loi type avec la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique

66. Lors de l'élaboration de la nouvelle Loi type, tout a été mis en œuvre pour assurer une cohérence aussi bien avec le fond qu'avec la terminologie de la Loi type sur le commerce électronique (voir A/CN.9/465, par. 37). Les dispositions générales de cette dernière ont été reproduites dans le nouvel instrument, à savoir l'article premier (Champ d'application); les alinéas *a*, *c* et *e* de l'article 2 (Définitions de "message de données", "expéditeur" et "destinataire"); et les articles 3 (Interprétation), 4 (Dérogation conventionnelle) et 7 (Signature).

67. S'inspirant de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, le nouvel instrument traduit en particulier le principe de la neutralité quant aux techniques employées; une approche ne désavantageant pas les équivalents fonctionnels des concepts et pratiques traditionnels fondés sur le papier et une large place donnée à l'autonomie des parties (A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 16). Il devrait servir à la fois de normes minimales dans un environnement "ouvert" (c'est-à-dire où les parties communiquent par des moyens électroniques sans convention préalable) et de dispositions contractuelles types 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).

3. Relations avec l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique

68. Lors de l'élaboration de la nouvelle Loi type, il a été déclaré que la référence à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique dans l'article 6 du nouvel instrument devait être interprétée comme limitant le champ d'application de cet instrument aux cas dans lesquels 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 plupart des pays avaient dans leur législation très peu de prescriptions de ce type applicables aux documents utilisés dans les transactions commerciales, le champ d'application de la nouvelle Loi type était très étroit. On est généralement convenu, en réponse à cet argument, que cette interprétation de l'article 6 (et de l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique) était incompatible avec l'interprétation du terme "loi" adoptée par la Commission au paragraphe 68 du *Guide pour l'incorporation de la Loi type sur le commerce électronique*, 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". En fait, le champ d'application tant de l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique que de l'article 6 de la nouvelle Loi type est particulièrement vaste dans la mesure où la plupart des documents utilisés dans le contexte d'opérations commerciales devraient probablement, dans la pratique, satisfaire aux exigences du droit de la preuve concernant la preuve écrite (A/CN.9/465, par. 67).

C. Règles "cadres" devant être complétées par des règlements techniques et par contrat

69. En tant que supplément à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la nouvelle Loi type a pour objet d'exposer des principes essentiels devant faciliter l'utilisation des signatures électroniques. Cependant, en tant que "cadre", elle n'énonce pas toutes les règles et tous les règlements qui peuvent être nécessaires (en sus des arrangements contractuels entre utilisateurs) pour appliquer ces techniques dans un État adoptant. Qui plus est, comme l'indique le présent Guide, elle n'a pas pour objet de couvrir chaque aspect de l'utilisation des signatures électroniques. En conséquence, un État adoptant pourra souhaiter compléter par un règlement les procédures autorisées par la Loi type et prendre ainsi en compte la situation particulière, et peut-être en évolution, qui y prévaut, sans compromettre les objectifs de la Loi type. Il est recommandé à tout État adoptant qui déciderait d'adopter un tel règlement d'accorder une attention particulière à la nécessité de maintenir une certaine souplesse dans l'utilisation des systèmes de signature électronique par leurs utilisateurs.

70. On notera que les techniques de signature électronique envisagées dans la Loi type, outre qu'elles soulèvent des questions de procédure qu'il pourrait être nécessaire de traiter dans le règlement technique d'application, peuvent poser certains problèmes juridiques dont la réponse ne se trouvera pas nécessairement dans cet instrument, mais plutôt dans d'autres branches du droit, dont, par exemple, les textes applicables de droit administratif, contractuel, pénal et de procédure judiciaire, que la Loi type n'a pas vocation à traiter.

D. Certitude supplémentaire quant aux effets juridiques des signatures électroniques

71. L'une des principales caractéristiques de la nouvelle Loi type est de conférer davantage de certitude à l'application des critères souples énoncés à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique s'agissant de la reconnaissance d'une signature électronique comme équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite. L'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique est rédigé 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 est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière.

2. Le paragraphe 1 s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences s'il n'y a pas de signature.

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

72. L'article 7 est fondé sur la reconnaissance des fonctions remplies par une signature dans un environnement papier. Lors de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, les fonctions suivantes d'une signature ont été envisagées: identifier une personne; apporter la certitude de la participation personnelle de cette personne à l'acte de signer; associer cette personne à la teneur d'un document. On a noté que la signature pouvait en outre remplir diverses autres fonctions, selon la nature du document. Par exemple, elle pouvait attester l'intention d'une partie d'être liée par le contrat qu'elle avait signé; l'intention d'une personne de revendiquer la paternité d'un texte; l'intention d'une personne de s'associer à la teneur d'un document écrit par quelqu'un d'autre; le fait qu'une personne s'était rendue en un lieu donné, à un moment donné.

73. Afin de garantir qu'un message devant être authentifié ne puisse se voir refuser valeur juridique du simple fait qu'il n'a pas été authentifié de la manière voulue pour les documents sur papier, une formule générale a été retenue pour l'article 7. Cet article définit les conditions générales dans lesquelles les messages de données seraient réputés authentifiés avec suffisamment de crédibilité et seraient opposables au vu des exigences en matière de signature entravant actuellement le commerce électronique. L'article 7 s'attache aux deux fonctions essentielles d'une signature, à savoir l'identification de l'auteur d'un document et la confirmation que l'auteur approuve la teneur dudit document. Le paragraphe 1 *a* énonce le principe selon lequel, dans un environnement électronique, les fonctions juridiques essentielles d'une signature sont respectées par une méthode qui permet d'identifier l'expéditeur d'un message de données et de confirmer que l'expéditeur approuve la teneur de ce message de données.

74. Le paragraphe 1 *b* institue une approche souple en ce qui concerne le degré de sécurité que doit garantir la méthode d'identification utilisée au paragraphe 1 *a*. La méthode utilisée en vertu du paragraphe 1 *a* devrait être aussi fiable que cela est approprié au vu de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris tout accord entre l'expéditeur et le destinataire du message de données.

75. Pour déterminer si la méthode utilisée en vertu du paragraphe 1 est appropriée, les facteurs juridiques, techniques et commerciaux à prendre en considération sont les suivants: 1) le degré de perfectionnement du matériel utilisé par chacune des parties; 2) la nature de leur activité commerciale; 3) la fréquence avec laquelle elles effectuent entre elles des opérations commerciales; 4) la nature et l'ampleur de l'opération; 5) le statut et la fonction de la signature dans un régime législatif et réglementaire donné; 6) la capacité des systèmes de communication; 7) le respect des procédures d'authentification établies par les intermédiaires; 8) la série de procédures d'authentification communiquée par tout intermédiaire; 9) l'observation des habitudes et pratiques commerciales; 10) l'existence de mécanismes d'assurance contre les messages non autorisés; 11) l'importance et la valeur de l'information contenue dans le message de données; 12) la disponibilité d'autres méthodes d'identification et le coût de leur mise en œuvre; 13) le degré d'acceptation ou de non-acceptation de la méthode d'identification dans le secteur ou domaine pertinent, tant au moment où la méthode a été convenue qu'à celui où le message de données a été communiqué; et 14) tout autre facteur pertinent (*Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, par. 53 et 56 à 58).

76. S'appuyant sur le critère souple énoncé à l'article 7-1 *b* de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, les articles 6 et 7 de la nouvelle Loi type établissent un mécanisme par lequel les signatures électroniques qui satisfont à des critères objectifs de fiabilité technique peuvent bénéficier d'une détermination rapide quant à leur efficacité juridique. La Loi type a pour effet de reconnaître deux catégories de signatures électroniques. La première, et la plus large, est celle décrite à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Elle comprend toute "méthode" pouvant être utilisée pour satisfaire à une exigence légale de signature manuscrite. L'efficacité juridique d'une telle "méthode" comme équivalent d'une signature manuscrite dépend de la démonstration de sa "fiabilité" à un juge des faits. La seconde catégorie, plus étroite, est celle créée par la Loi type. Elle comprend des méthodes de signature électronique qui peuvent être reconnues par une autorité publique, une entité privée accréditée, ou les parties elles-mêmes comme satisfaisant aux exigences de fiabilité technique énoncées dans la Loi type. L'avantage d'une telle reconnaissance est la sécurité qu'elle apporte aux utilisateurs de ces techniques de signature électronique (parfois appelées "renforcées", "sécurisées" ou "qualifiées") avant que ceux-ci ne les utilisent effectivement.

E. Règles fondamentales de conduite applicables aux parties concernées

77. La Loi type ne traite pas en détail des questions de responsabilité qui peuvent intéresser les différentes parties prenant part au fonctionnement de systèmes de signature électronique. Ces questions relèvent de la loi applicable en dehors de la Loi type. Cependant, cette dernière fixe des critères permettant d'évaluer la conduite desdites parties, c'est-à-dire le signataire, la partie se fiant à la signature et le prestataire de services de certification.

78. En ce qui concerne le signataire, la Loi type part du principe de base qu'il doit prendre des dispositions raisonnables à l'égard de son dispositif de signature électronique. Il doit normalement prendre des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de ce dispositif. Lorsqu'il sait ou aurait dû savoir que le dispositif a été compromis, il doit en informer sans tarder toute personne dont on peut raisonnablement penser qu'elle se fiera à la signature électronique ou offrira des services étayant cette signature. Lorsqu'un certificat est utilisé pour étayer la signature électronique, le signataire doit prendre des dispositions raisonnables pour garantir l'exactitude et l'exhaustivité de toutes les déclarations essentielles faites par lui en rapport avec le certificat.

79. Une partie se fiant à une signature électronique doit prendre des mesures raisonnables pour vérifier la fiabilité de cette signature. Lorsque cette signature est étayée par un certificat, la partie se fiant à la signature doit prendre des mesures raisonnables pour vérifier la validité, la suspension ou la révocation du certificat, et tenir compte de toute restriction dont il peut être assorti.

80. Il incombe, en règle générale, à un prestataire de services de certification d'utiliser des systèmes, des procédures et des ressources humaines fiables, et d'agir en conformité avec les déclarations qu'il fait s'agissant de sa politique et de ses pratiques. En outre, le prestataire de services de certification doit prendre des dispositions raisonnables pour garantir l'exactitude et l'exhausti-

vité de toutes les déclarations essentielles faites par lui en rapport avec le certificat. Dans ce document, il doit fournir des renseignements essentiels permettant à la partie se fiant à la signature de l'identifier. Il doit également déclarer: 1) que la personne qui est identifiée dans le certificat contrôlait le dispositif de signature au moment de la signature; et 2) que le dispositif de signature était opérationnel à la date ou avant la date à laquelle le certificat a été émis. Lorsqu'il traite avec la partie se fiant à la signature, il doit fournir des renseignements supplémentaires concernant: 1) la méthode utilisée pour identifier le signataire; 2) toute restriction apportée à l'objet ou à la valeur pour lequel ou laquelle le dispositif de signature ou le certificat peut être utilisé; 3) l'état opérationnel du dispositif de signature; 4) toute restriction apportée au champ d'application ou à la portée de la responsabilité du prestataire de services de certification; 5) le fait de savoir si le signataire a ou non les moyens de notifier qu'un dispositif de signature a été compromis; et 6) le fait de savoir si un service de révocation rapide est offert ou non.

81. Pour faciliter l'évaluation de la fiabilité des systèmes, des procédures et des ressources humaines utilisés par le prestataire de services de certification, la Loi type fournit une liste non exhaustive de facteurs indicatifs.

F. Un cadre neutre quant aux techniques employées

82. Compte tenu de la rapidité des progrès techniques, la Loi type prévoit la reconnaissance juridique des signatures électroniques quelle que soit la technologie employée (signatures numériques fondées sur la cryptographie asymétrique; biométrie; utilisation de numéros d'identification personnels (codes PIN); versions numérisées des signatures manuscrites et autres méthodes comme celle consistant à cliquer dans la case "valider".

V. ASSISTANCE DU SECRÉTARIAT DE LA CNUDCI

A. Aide à l'élaboration d'une législation

83. Dans le cadre de ses activités de formation et d'assistance, le secrétariat de la CNUDCI peut aider les États, par des consultations techniques, à élaborer une législation sur la base de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. La même assistance est offerte aux États qui envisagent d'adopter une législation fondée sur d'autres lois types de la CNUDCI (à savoir la Loi type sur l'arbitrage commercial international, la Loi type sur les virements internationaux, la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, la Loi type sur le commerce électronique et la Loi type sur l'insolvabilité internationale), ou qui envisagent d'adhérer à l'une des conventions de droit commercial international élaborées par la CNUDCI.

84. Pour tout renseignement complémentaire concernant la Loi type et les autres lois types et conventions élaborées par la CNUDCI, on peut s'adresser au secrétariat à l'adresse suivante:

Service du droit commercial international,
Bureau des affaires juridiques
Organisation des Nations Unies
Centre international de Vienne
B.P. 500
A-1400 Vienne (Autriche)

Téléphone: (+43-1) 26060-4060 ou 4061
Télécopieur: (+43-1) 26060-5813
Courrier électronique: uncitral@uncitral.org
Site Internet: http://www.uncitral.org

B. Renseignements sur l'interprétation des textes législatifs fondés sur la Loi type

85. Le secrétariat apprécie toute observation concernant la Loi type et le Guide, ainsi que tous renseignements concernant l'adoption de textes législatifs fondés sur la Loi type. Une fois incorporé, cet instrument sera inclus dans le système d'information sur la jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI, qui rassemble et diffuse des informations sur la jurisprudence relative aux conventions et lois types émanant de la CNUDCI. Ce système a pour but de faire connaître au niveau international les textes législatifs élaborés par la CNUDCI et de faciliter leur interprétation et leur application uniformes. Le secrétariat publie, dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, des résumés de décisions et met à disposition, contre remboursement des frais de reproduction, les décisions à partir desquelles les résumés ont été établis. Le système est expliqué dans un guide de l'utilisateur disponible auprès du secrétariat sous forme imprimée (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1) ainsi que sur le site Internet susmentionné.

Chapitre II. Observations article par article

TITRE

"Loi type"

86. Pendant toute son élaboration, l'instrument a été conçu comme un complément de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique devant être traité sur un pied d'égalité et avoir la même nature juridique que celui qui l'a précédé.

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

La présente Loi s'applique lorsque des signatures électroniques sont utilisées dans le contexte* d'activités commerciales**. Elle ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur.

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

"La présente Loi s'applique 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, quelle 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.

Observations générales

87. L'article premier a pour objet de délimiter le champ d'application de la Loi type. L'approche retenue dans cette dernière consiste à couvrir en principe toutes les situations de fait dans lesquelles des signatures électroniques sont utilisées, indépendamment du type de signature électronique ou de la technique d'authentification appliquée. Il a été estimé au cours de l'élabora-

tion de la Loi type que l'exclusion d'une forme ou d'un support quelconque par la limitation du champ d'application de l'instrument pourrait soulever des difficultés pratiques et serait contraire à l'intention d'élaborer des règles véritablement neutres quant à la technique utilisée. Toutefois, une attention spéciale a été accordée aux "signatures numériques", c'est-à-dire aux signatures électroniques obtenues par l'application d'une cryptographie à double clef, que le Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique a considéré comme une technologie particulièrement répandue. La Loi type est axée sur l'utilisation des technologies modernes et, sauf si elle l'indique expressément, elle n'est pas censée modifier les règles traditionnelles concernant les signatures manuscrites.

*Note de bas de page***

88. Il a été estimé que la Loi type devait indiquer qu'elle était axée sur les situations rencontrées dans le domaine commercial et qu'elle avait été élaborée en fonction des relations commerciales et financières. C'est pour cette raison que l'article premier fait référence aux "activités commerciales" et donne à la note de bas de page** des indications sur ce que cela signifie. Ces précisions, qui peuvent être particulièrement utiles pour les pays qui ne disposent pas d'un corpus distinct de droit commercial, reprennent, pour des raisons de cohérence, la note de bas de page qui correspond à l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (également reproduite en tant que note de bas de page**** correspondant à l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique). Dans certains pays, l'emploi de notes de bas de page dans un texte réglementaire ne serait pas considéré comme une pratique législative acceptable. Les autorités nationales qui mettent en œuvre la Loi type pourront donc envisager d'inclure éventuellement le texte de ces notes dans le corps même du texte.

*Note de bas de page**

89. La Loi type s'applique à tous les types de messages de données auxquels est attachée une signature électronique légalement significative, et rien dans cette loi ne devrait empêcher un État d'élargir son champ d'application pour couvrir les utilisations des signatures électroniques en dehors du domaine commercial. Par exemple, bien que la Loi type ne porte pas principalement sur les relations entre utilisateurs de signatures électroniques et pouvoirs publics, elle ne devrait pas leur être inapplicable. La note de bas de page* propose une variante qui pourrait être utilisée par les États qui jugeraient approprié d'élargir le champ d'application de la Loi type au-delà du domaine commercial.

Protection du consommateur

90. Certains pays ont adopté des lois particulières sur la protection du consommateur qui peuvent régir certains aspects de l'utilisation des systèmes d'information. S'agissant de cette législation sur les consommateurs, il a été estimé, comme pour les instruments précédents de la CNUDCI (par exemple la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique), qu'il conviendrait d'indiquer dans la Loi type que celle-ci avait été rédigée sans que soit accordée une attention particulière aux questions qui pourraient se poser dans le contexte de la protection des consommateurs. En même temps, on a estimé qu'il n'y avait aucune raison d'exclure du champ d'application, au moyen d'une disposition générale, les situations faisant intervenir des consommateurs, d'autant que les dispositions de la Loi type pourraient être jugées très bénéfiques pour la protection des consommateurs, en fonction de la législation adoptée dans chaque État. L'article premier reconnaît donc que cette législation relative à la protection du consommateur peut prévaloir sur les dispositions de la Loi type. Si les législateurs parviennent à des conclusions différentes quant à l'effet bénéfique de la Loi type sur les opérations impliquant des consommateurs dans un pays donné, ils pourront envisager d'exclure les consommateurs du champ d'application du texte législatif incorporant la Loi type. La détermination des personnes physiques ou morales qui devraient être considérées comme des "consommateurs" relève de la législation applicable en dehors de la Loi type.

Utilisation des signatures électroniques dans les transactions internationales et nationales

91. Il est recommandé que l'application de la Loi type soit aussi large que possible. Il faudrait faire preuve d'une prudence particulière avant d'exclure cette application en limitant la portée du texte aux utilisations internationales des signatures électroniques, car on pourrait considérer qu'une telle limitation ne permet pas d'atteindre pleinement les objectifs de la Loi type. En outre, la diversité des procédures applicables en vertu de cette loi pour limiter au besoin l'utilisation des signatures électroniques (par exemple pour des raisons d'ordre public) rend moins indispensable une limitation de son champ d'application. La sécurité juridique qu'offrira la Loi type est nécessaire pour les échanges commerciaux tant nationaux qu'internationaux, et l'existence de deux régimes régissant l'utilisation des signatures électroniques pourrait sérieusement entraver le recours à de telles techniques.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 22 à 24;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 22;
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.

Article 2. *Définitions*

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue;

b) Le terme "certificat" désigne un message de données ou un autre enregistrement confirmant le lien entre un signataire et des données afférentes à la création de signatures;

c) 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;

d) Le terme "signataire" désigne une personne qui détient des données afférentes à la création de signatures et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui de la personne qu'elle représente;

e) Le terme "prestataire de services de certification" désigne une personne qui émet des certificats et peut fournir d'autres services liés aux signatures électroniques;

f) Le terme "partie se fiant à la signature ou au certificat" désigne une personne qui peut agir sur la base d'un certificat ou d'une signature électronique.

Définition du terme "signature électronique"

La signature électronique comme équivalent fonctionnel de la signature manuscrite

92. La notion de "signature électronique" est censée englober toutes les utilisations classiques d'une signature manuscrite destinée à produire des effets juridiques, l'identification du signataire et l'intention de signer n'étant que le plus petit commun dénominateur des différentes conceptions de la "signature" que l'on trouve dans les divers systèmes juridiques. Ces fonctions d'une signature manuscrite ont déjà été examinées dans le contexte de l'élaboration de l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique. Par conséquent, définir une signature électronique comme capable d'indiquer l'approbation d'informations revient essentiellement à établir une condition préalable d'ordre technique pour la reconnaissance d'une technologie donnée comme capable de créer un équivalent d'une signature manuscrite. La définition ne fait pas abstraction du fait que des technologies couramment appelées "signatures électroniques" peuvent servir à d'autres fins que la création d'une signature ayant une valeur juridique; elle illustre simplement l'accent mis dans la Loi type sur l'utilisation de signatures électroniques comme équivalents fonctionnels des signatures manuscrites (voir A/CN.9/483, par. 62).

Autres utilisations possibles d'une signature électronique

93. Une distinction devrait être établie entre la notion juridique de "signature" et la notion technique de "signature électronique", terme technique visant des pratiques qui ne supposent pas nécessairement la production de signatures ayant une valeur juridique. Lors de l'élaboration de la Loi type, il a été estimé qu'il fallait appeler l'attention des utilisateurs sur le risque de confusion qui pourrait résulter de l'utilisation du même outil technique pour la production d'une signature ayant une valeur juridique et pour d'autres fonctions d'authentification et d'identification (ibid.).

Définition du terme "certificat"

Nécessité d'une définition

94. Le sens du terme "certificat" tel qu'employé dans le contexte de certains types de signatures électroniques et tel que défini dans la Loi type diffère peu de son sens général de document par lequel une personne confirme certains faits. Toutefois, étant donné que la notion générale de "certificat" n'existe pas dans tous les systèmes juridiques, voire dans toutes les langues, il a été jugé utile d'inclure une définition dans le contexte de la Loi type (ibid., par. 65).

Objet d'un certificat

95. Le certificat a pour objet de reconnaître, montrer ou confirmer un lien entre les données afférentes à la création de signature et le signataire. Ce lien est créé lorsque ces données sont générées (ibid., par. 67).

"Données afférentes à la création de signatures"

96. Le terme "données afférentes à la création de signature" désigne les clefs secrètes, codes ou autres éléments qui, dans le processus de création d'une signature électronique, sont utilisés pour établir un lien sûr entre la signature électronique résultante et la personne du signataire. Par exemple, dans le contexte des signatures numériques s'appuyant sur la cryptographie asymétrique, l'élément principal qui peut être décrit comme "lié exclusivement au signataire" est la paire de clefs cryptographiques. Dans le contexte des signatures électroniques s'appuyant sur des dispositifs biométriques, l'élément essentiel serait l'indicateur biométrique, tel qu'une empreinte digitale ou des données de balayage de la rétine. La définition porte uniquement sur les éléments essentiels devant demeurer confidentiels pour garantir la qualité du processus de signature, à l'exclusion de tout autre élément qui, quoique pouvant contribuer au processus de signature, pourrait être révélé sans compromettre pour autant la fiabilité de la signature électronique en résultant. Ainsi, dans le cas des signatures numériques, si la clef publique comme la clef privée sont liées à la personne du signataire, seule la clef privée doit être visée par la définition, puisqu'elle seule doit demeurer confidentielle et que la clef publique doit par nature être mise à la disposition du public (A/CN.9/483, par. 71). Parmi les éléments à ne pas inclure dans la définition, le texte signé électroniquement, quoique jouant également un rôle important dans le processus de création de signature (par une fonction de hachage ou autrement), ne doit manifestement pas être soumis à la même confidentialité que l'information qui identifie le signataire (ibid., par. 72 et 76). L'article 6 exprime l'idée que les données afférentes à la création de signature devraient être liées exclusivement au signataire (ibid., par. 75).

Définitions du terme "message de données"

97. La définition du terme "message de données" est tirée de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique en tant que notion large englobant tous les messages créés dans le contexte du commerce électronique, y compris le commerce par le Web (ibid., par. 69). La notion de "message de données" ne se limite pas aux données communiquées, mais englobe aussi les données enregistrées sur ordinateur qui ne sont pas destinées à être communiquées. La notion de "message" inclut donc celle d'"enregistrement".

98. La référence à des "moyens analogues" vise à tenir compte du fait que la Loi type n'a pas été conçue uniquement pour être applicable dans le contexte des techniques de communication existantes, mais aussi pour tenir compte des progrès techniques prévisibles. La définition du terme "message de données" a pour but d'englober tous les types de message créés, stockés, ou envoyés essentiellement sans support papier. À cette fin, tous les moyens de communication et de stockage d'informations qui peuvent être utilisés pour des fonctions parallèles à celles qui sont assurées grâce aux moyens énumérés dans la définition sont censés être englobés dans les termes "moyens analogues", même si des moyens de communication "électroniques" et "optiques", par exemple, peuvent ne pas être à proprement parler analogues. Aux fins de la Loi type, le terme "analogue" signifie "fonctionnellement équivalent".

99. La définition du terme "message de données" doit aussi s'appliquer en cas de révocation ou de modification. Un message de données est présumé contenir des informations fixes, mais il peut être révoqué ou modifié par un autre message de données (*Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, par. 30 à 32).

Définition du terme "signataire"

"une personne"

100. Conformément à l'approche adoptée pour la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, toute référence, dans la nouvelle loi, à une "personne" devrait être interprétée comme visant tous les types de personnes ou d'entités, qu'il s'agisse de personnes physiques, de personnes morales ou d'autres entités juridiques (A/CN.9/483, par. 86).

"au nom de la personne qu'elle représente"

101. L'analogie avec des signatures manuscrites n'est peut-être pas toujours appropriée pour tirer parti des possibilités qu'offrent les techniques modernes. Dans un environnement papier, par exemple, des personnes morales ne peuvent être, à proprement parler, signataires de documents établis en leur nom, parce que seules des personnes physiques peuvent apposer des signatures manuscrites authentiques. Par contre, on peut concevoir que des signatures électroniques soient attribuables à des sociétés ou à d'autres personnes morales (y compris des administrations ou d'autres organismes publics), et il se peut, dans certains cas, que l'identité de la personne qui crée effectivement la signature, lorsqu'une intervention humaine est nécessaire, soit sans intérêt aux fins pour lesquelles la signature est créée (ibid., par. 85).

102. Néanmoins, en vertu de la Loi type, la notion de "signataire" ne peut être dissociée de la personne ou de l'entité qui crée effectivement la signature électronique, puisque plusieurs obligations propres aux signataires en vertu de cette loi sont logiquement liées au contrôle effectif des données afférentes à la création de signature. Toutefois, afin de tenir compte des cas où le signataire agirait en tant que représentant d'une autre personne, l'expression "soit pour celui de la personne qu'elle représente" a été retenue dans la définition du "signataire". La mesure dans laquelle une personne serait liée par une signature électronique créée "pour son compte" doit être réglée conformément à la loi régissant, selon qu'il convient, les relations juridiques entre le signataire et la personne pour le compte de qui la signature électronique est créée, d'une part, et la partie qui se fie à cette signature, d'autre part. Cette question, ainsi que d'autres relatives à l'opération sous-jacente, y compris les questions de représentation et celle de savoir à qui (du signataire ou de la personne représentée par lui) incombe en dernier ressort la responsabilité d'un manquement par le signataire aux obligations résultant de l'article 8, n'entrent pas dans le champ d'application de la Loi type (ibid., par. 86 et 87).

Définition du terme "prestataire de services de certification"

103. Le prestataire de services de certification tel que défini aux fins de la Loi type devra fournir au minimum des services de certification, et éventuellement d'autres services (ibid., par. 100).

104. Aucune distinction n'a été faite dans la Loi type entre les cas où un prestataire de services de certification fournit lesdits services dans le cadre de son activité principale ou en fait une activité auxiliaire, habituelle ou occasionnelle, directement ou par l'intermédiaire d'un sous-traitant. La définition vise toutes les entités qui fournissent des services de certification dans le cadre de la Loi type, c'est-à-dire "dans le contexte d'activités commerciales". Toutefois, étant donné la limitation du champ d'application de la Loi type, les entités qui émettent des certificats à des fins internes et non à des fins commerciales n'entreraient pas dans la catégorie des "prestataires de services de certification" tels que définis à l'article 2 (ibid., par. 94 à 99).

Définition du terme "partie se fiant à la signature ou au certificat"

105. La définition du terme "partie se fiant à la signature ou au certificat" vise à assurer une symétrie dans la définition des diverses parties impliquées dans le fonctionnement des mécanismes de signature électronique régis par la Loi type (ibid., par. 107). Aux fins de cette définition, le mot "agir" devrait être interprété au sens large comme renvoyant non seulement à un acte, mais également à une omission (ibid., par. 108).

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/483, par. 59 à 109;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 23 à 36;
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; 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.

Article 3. *Égalité de traitement des techniques de signature*

Aucune disposition de la présente Loi, 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 signature électronique satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 ou autrement satisfaisant aux exigences de la loi applicable.

Neutralité technique

106. L'article 3 consacre le principe fondamental selon lequel aucune méthode de signature électronique ne devrait faire l'objet d'une discrimination, c'est-à-dire qu'il faudrait donner à toutes les techniques la même possibilité de satisfaire aux exigences de l'article 6. En conséquence, il ne devrait pas y avoir de différence de traitement entre les messages signés électroniquement et les documents sur papier portant des signatures manuscrites, ni entre divers types de messages signés électroniquement, à condition qu'ils satisfassent aux exigences fondamentales énoncées au paragraphe 1 de l'article 6 de la Loi type ou à toute autre exigence énoncée dans la loi applicable. Ces exigences peuvent, par exemple, prescrire l'utilisation d'une technique de signature spécifiquement désignée dans des situations particulières, ou bien fixer autrement une norme qui pourrait être supérieure ou inférieure à celle qui est énoncée à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (et à l'article 6 de la Loi type). Le principe fondamental de non-discrimination est destiné à trouver une application générale. Il convient toutefois de noter qu'un tel principe n'est pas censé porter atteinte à la liberté contractuelle reconnue à l'article 5. Les parties devraient donc rester libres entre elles et dans la mesure permise par la loi d'exclure par convention l'utilisation de certaines techniques de signature électronique. En énonçant qu'"aucune disposition de la présente Loi n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d'effets juridiques une quelconque méthode de création de signature électronique", l'article 3 indique simplement que la forme sous laquelle est appliquée une signature électronique donnée ne peut être invoquée comme seul motif de lui refuser l'efficacité juridique. Il ne faudrait toutefois pas interpréter de façon erronée l'article 3 comme établissant la validité juridique de n'importe quelle technique de signature ou information signée électroniquement.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/476, par. 25 à 32;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 37;
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.

Article 4. *Interprétation*

1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire.

Source

107. L'article 4 s'inspire de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et est repris de l'article 3 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il fournit des lignes directrices pour l'interprétation de la Loi type par les tribunaux d'arbitrage, les juridictions d'État et les autorités administratives nationales ou locales. Il devrait avoir pour effet de limiter la mesure dans laquelle un texte uniforme, une fois incorporé dans la législation locale, pourrait être interprété uniquement par référence aux concepts du droit local.

Paragraphe 1

108. Le paragraphe 1 a pour objet d'attirer l'attention de toute personne qui pourrait être appelée à appliquer la Loi type sur le fait que, même si, une fois adoptées, les dispositions de la Loi type (ou les dispositions de l'instrument d'application) faisaient partie intégrante de la législation interne et avaient donc un caractère national, elles devraient être interprétées compte tenu de leur origine internationale, de façon à assurer l'uniformité de leur interprétation dans les différents pays adoptants.

Paragraphe 2

109. Parmi les principes généraux sur lesquels la Loi type est fondée, la liste non exhaustive suivante pourrait être jugée applicable: 1) faciliter le commerce électronique entre les États et dans chaque État; 2) valider les opérations conclues au moyen des nouvelles technologies de l'information; 3) promouvoir et encourager de manière techniquement neutre l'application des nouvelles technologies de l'information en général et des signatures électroniques en particulier; 4) promouvoir l'uniformité du droit; et 5) appuyer les pratiques commerciales. Bien qu'ayant pour objectif général de faciliter l'utilisation des signatures électroniques, la Loi type ne doit en aucune façon être interprétée comme imposant cette utilisation.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 33 à 35;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 38;
A/CN.9/465, par. 49 et 50;
A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 35.

Article 5. *Dérogation conventionnelle*

Il est possible de déroger aux dispositions de la présente Loi ou d'en modifier les effets par convention, à moins que cette convention soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable.

Respect de la loi applicable

110. La décision d'entreprendre l'élaboration de la Loi type s'est appuyée sur la reconnaissance du fait que, dans la pratique, c'est essentiellement dans des contrats que l'on recherche des solutions aux difficultés juridiques soulevées par l'utilisation des moyens modernes de communication. La Loi type a ainsi pour objet de soutenir le principe de l'autonomie des parties. La loi applicable, cependant, fixe parfois des limites à l'application de ce principe. L'article 5 ne devrait pas être interprété à tort comme autorisant les parties à déroger à des règles obligatoires, par exemple à des règles adoptées pour des raisons d'ordre public, comme encourageant les États à adopter des lois contraignantes qui limiteraient l'effet de l'autonomie des parties en matière de signatures électroniques, ou comme invitant de quelque autre façon les États à restreindre la liberté qu'ont les parties de s'entendre entre elles sur les critères de forme qui régissent leurs communications.

111. Le principe de l'autonomie des parties s'applique de façon large en ce qui concerne les dispositions de la Loi type, puisque cette dernière ne contient aucune disposition impérative. Ce principe s'applique également dans le contexte du paragraphe 1 de l'article 13. Dès lors, bien que les tribunaux de l'État adoptant ou les autorités chargées de l'application de la Loi type ne doivent pas nier ou annuler les effets juridiques d'un certificat étranger en raison uniquement du lieu où il a été émis, le paragraphe 1 de l'article 13 ne limite pas la liberté des parties à une transaction commerciale de convenir de l'utilisation de certificats émis en un lieu particulier (A/CN.9/483, par. 112).

Convention expresse ou implicite

112. Quant à la façon d'exprimer le principe de l'autonomie des parties dans l'article 5, il a généralement été admis, lors de l'élaboration de la Loi type, que la convention pourrait être expresse ou implicite. Le libellé de l'article 5 a été maintenu aligné sur celui de l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (A/CN.9/467, par. 38).

Convention bilatérale ou multilatérale

113. L'article 5 a pour vocation de s'appliquer non seulement dans le contexte de relations entre des expéditeurs et des destinataires de messages de données, mais aussi dans le contexte de relations faisant intervenir des intermédiaires. Ainsi, il pourrait être dérogé aux dispositions de la Loi type soit par convention bilatérale ou multilatérale entre les parties, soit par des règles systémiques convenues par les parties. Normalement, la loi applicable limiterait l'autonomie des parties aux droits et obligations naissant entre les parties de façon à éviter toute incidence sur les droits et obligations des tiers.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 36 à 43;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 39 et 40;
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.

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 données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire;

b) les données afférentes à la création de signature étaient, 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 cette information après le moment de la signature est décelable.

4. Le paragraphe 3 ne restreint pas la possibilité pour toute personne:

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: [...]

Importance de l'article 6

114. L'article 6 est l'une des dispositions essentielles de la Loi type. Il a pour objet de développer l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et d'indiquer comment satisfaire au critère de fiabilité de l'article 7-1 *b*. Lorsqu'on interprète l'article 6, il faut avoir à l'esprit que cette disposition a pour objet de garantir que toute conséquence juridique qui aurait découlé de l'utilisation d'une signature manuscrite doit aussi découler de l'utilisation d'une signature électronique fiable.

Paragraphes 1, 2 et 5

115. Les paragraphes 1, 2 et 5 de l'article 6 introduisent des dispositions tirées, respectivement, des paragraphes 1 *b*, 2 et 3 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Un libellé inspiré de l'article 7-1 *a* de cette Loi type est déjà inclus dans la définition du terme "signature électronique" figurant à l'alinéa *a* de l'article 2.

Notions d'"identité" et d'"identification"

116. Le Groupe de travail est convenu qu'aux fins de la définition du terme "signature électronique" dans la Loi type le terme "identification" pouvait être plus large que la simple identification du signataire par un nom. La notion d'identité ou d'identification consiste notamment à distinguer le signataire, par son nom ou autrement, de toute autre personne, et peut renvoyer à d'autres caractéristiques importantes telles que la position ou l'autorité, que ce soit en association avec un nom ou sans référence à ce nom. Partant, il n'est pas nécessaire d'opérer une distinction entre l'identité et d'autres caractéristiques importantes, ni de limiter la Loi type aux cas dans lesquels ne sont utilisés que des certificats qui désignent nommément le détenteur du dispositif de signature (A/CN.9/467, par. 56 à 58).

Effets de la Loi type variant avec le niveau de fiabilité technique

117. Lors de l'élaboration de la Loi type, on a fait observer qu'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 techniques de signature électronique reconnues comme fiables; et 2) inversement, qu'aucun effet juridique de ce type ne découle de l'utilisation de techniques 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, la Loi type 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 de la CNUDCI sur le commerce électronique 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*, peut-être longtemps après que la signature électronique a été utilisée, peut déterminer ce qui constitue une technique fiable de signature compte tenu des circonstances en vertu de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. En revanche, la nouvelle Loi type est censée avantager certaines techniques reconnues comme étant particulièrement fiables indépendamment des circonstances dans lesquelles elles sont utilisées. C'est là l'objet du paragraphe 3, qui est censé 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. Le paragraphe 3 est donc indispensable si l'on veut que la Loi type atteigne son objectif, qui est d'offrir davantage de sécurité que n'en offre actuellement la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique quant aux effets juridiques qu'on peut escompter de l'utilisation de types particulièrement fiables de signatures électroniques (voir A/CN.9/465, par. 64).

Présomption ou règle de fond

118. Pour établir la certitude quant aux effets juridiques résultant de l'usage de ce qui pourrait éventuellement être appelé une "signature électronique améliorée" selon l'article 2, le paragraphe 3 établit expressément les effets juridiques qui résulteraient de la réunion de certaines caractéristiques techniques d'une signature électronique. Quant à la manière d'établir ces effets juridiques, il a été convenu que les États adoptants 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 certaines caractéristiques techniques et l'effet juridique d'une signature (voir A/CN.9/467, par. 61 et 62).

Intention du signataire

119. La question reste de savoir si un effet juridique devrait découler de l'utilisation de techniques de signature électronique faite sans intention expresse, de la part du signataire, d'être juridiquement lié par l'approbation de l'information signée électroniquement. En pareille circonstance, la deuxième fonction décrite à l'article 7-1 *a* de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique n'est pas satisfaite, car il n'existe aucune "intention d'indiquer une approbation de l'information contenue dans le message de données". Le point de vue adopté dans la nouvelle Loi type est que les conséquences juridiques de l'utilisation d'une signature manuscrite devraient avoir leur pendant dans un environnement électronique. Ainsi, en apposant une signature (qu'elle soit manuscrite ou électronique) à une information, le signataire 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 de la Loi type. Dans ce contexte, la Loi type ne doit pas porter atteinte au droit général des contrats ou des obligations (voir A/CN.9/465, par. 65).

Critères de fiabilité technique

120. Les alinéas *a* à *d* du paragraphe 3 ont pour objet d'exprimer des critères objectifs de fiabilité technique des signatures électroniques. L'alinéa *a* est centré sur les caractéristiques objectives des données afférentes à la création de signature, qui doivent être "liées exclusivement au signataire". D'un point de vue technique, les données afférentes à la création de signature pourraient être "liées" exclusivement au signataire sans être "uniques" en soi. Le lien existant entre les données utilisées pour créer la signature et le signataire est l'élément essentiel (A/CN.9/467, par. 63). Si certaines données afférentes à la création de signatures électroniques peuvent être partagées par divers utilisateurs, par exemple lorsque plusieurs employés partagent celles d'une société, elles doivent néanmoins permettre d'identifier sans ambiguïté un utilisateur dans le contexte de chaque signature électronique.

Contrôle exclusif des données afférentes à la signature par le signataire

121. L'alinéa *b* traite des circonstances dans lesquelles sont utilisées les données afférentes à la création de signature. Lors de leur utilisation, ces données doivent être sous le contrôle exclusif du signataire. S'agissant de la notion de contrôle exclusif du signataire, se pose la question de savoir si le signataire resterait habilité à autoriser une autre personne à utiliser les données en son nom. Une telle situation risquerait de se produire lorsque les données afférentes à la signature sont utilisées dans le cadre d'une société, ladite société étant elle-même le signataire mais ayant besoin que plusieurs personnes puissent signer en son nom (A/CN.9/467, par. 66). On pourrait citer comme autre exemple les applications commerciales dans lesquelles les données afférentes à la signature existent sur un réseau et peuvent être utilisées par plusieurs personnes. Le réseau serait alors vraisemblablement lié à une entité particulière qui serait le signataire et continuerait d'exercer son contrôle sur les données. Si tel n'était pas le cas et que les données étaient largement accessibles, la situation ne devrait pas entrer dans le champ d'application de la Loi type (A/CN.9/467, par. 67). Lorsqu'une clef unique est mise en œuvre par plus d'une personne dans le cadre d'un système de "clef fractionnée" ou d'un autre système de "secret partagé", la notion de "signataire" vise ces personnes envisagées conjointement (A/CN.9/483, par. 152).

Mandat

122. Les alinéas *a* et *b* convergent pour garantir que les données afférentes à la signature ne pourront être utilisées que par une seule personne à quelque moment que ce soit, principalement lors de la création de la signature. La question du mandat ou de l'utilisation autorisée de ces données est traitée dans la définition du "signataire" (A/CN.9/467, par. 68).

Intégrité

123. Les alinéas *c* et *d* traitent des questions de l'intégrité de la signature électronique et de l'intégrité de l'information signée électroniquement. Il aurait été possible de combiner les deux dispositions pour souligner que, lorsqu'une signature est apposée à un document, l'intégrité du document et l'intégrité de la signature sont si étroitement liées qu'il est difficile de concevoir l'une sans l'autre. Lorsqu'une signature est utilisée pour signer un document, l'idée de l'intégrité du document est inhérente à l'utilisation de la signature. Cependant, il a été décidé que la Loi type devrait suivre la distinction établie dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique entre les articles 7 et 8. Bien que certaines technologies garantissent à la fois l'authentification (article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique) et l'intégrité (article 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique), ces notions peuvent être considérées comme juridiquement distinctes et traitées comme telles. Puisqu'une signature manuscrite ne garantit ni l'intégrité du document auquel elle est apposée, ni la non-détectabilité d'une modification apportée au document, l'approche de l'équivalence fonctionnelle impose que ces notions ne soient pas traitées dans une disposition unique. Le paragraphe 3 *c* a pour objet d'énoncer le critère à remplir pour démontrer qu'une méthode particulière de signature électronique est suffisamment fiable pour satisfaire à une exigence légale de signature. Cette exigence légale pourrait être satisfaite sans avoir à démontrer l'intégrité de l'ensemble du document (A/CN.9/467, par. 72 à 80).

Équivalent fonctionnel du document original

124. L'alinéa *d* est essentiellement destiné à être utilisé dans les pays où les règles de droit qui régissent actuellement l'utilisation des signatures manuscrites n'établissent pas de distinction entre l'intégrité de la signature et l'intégrité de l'information signée. Dans d'autres pays, l'alinéa *d* pourrait créer une signature qui serait plus fiable qu'une signature manuscrite et irait ainsi au-delà du concept d'équivalent fonctionnel d'une signature. En toute circonstance, l'alinéa *d* aurait pour effet de créer un équivalent fonctionnel d'un document original.

Signature électronique d'une partie d'un message

125. À l'alinéa *d*, le lien nécessaire entre la signature et l'information signée est exprimé de façon à éviter de laisser entendre que la signature électronique ne peut s'appliquer qu'à l'intégralité d'un message de données. Souvent, en fait, l'information signée ne correspond qu'à une partie de l'information contenue dans le message de données. Une signature électronique peut, par exemple, se rapporter uniquement à une information annexée au message à des fins de transmission.

Dérogation conventionnelle

126. Le paragraphe 3 n'a pas pour objet de limiter l'application de l'article 5 ou de toute loi applicable reconnaissant la liberté qu'ont les parties de stipuler dans une convention pertinente qu'une technique de signature donnée serait considérée entre eux comme un équivalent fiable d'une signature manuscrite.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 44 à 87;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 41 à 47;
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.

Article 7. ***Satisfaction des dispositions de l'article 6***

1. *[Toute personne, tout organe ou toute autorité, de droit public ou privé, indiqué par l'État adoptant comme compétent en la matière]* peut déterminer quelles signatures électroniques satisfont aux dispositions 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'a d'incidence sur le fonctionnement des règles du droit international privé.

Prédétermination du statut de la signature électronique

127. L'article 7 décrit le rôle joué par l'État adoptant pour ce qui est d'établir ou de reconnaître toute entité pouvant valider l'utilisation de signatures électroniques ou certifier d'une autre manière leur qualité. À l'instar de l'article 6, l'article 7 repose sur l'idée selon laquelle la condition requise, pour faciliter le développement du commerce électronique, est l'existence d'une certitude et d'une prévisibilité au moment où les parties commerciales utilisent des techniques de signature électronique et non au moment où un différend les oppose devant un tribunal. Lorsqu'une technique de signature particulière peut satisfaire à des exigences rigoureuses de fiabilité et de sécurité, 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 certaine forme de reconnaissance.

Objet de l'article 7

128. L'article 7 a pour objet de préciser qu'un État adoptant peut désigner un organe ou une autorité qui sera habilité(e) à déterminer quelles technologies peuvent bénéficier des présomptions ou de la règle de fond créées en vertu de l'article 6. L'article 7 n'est pas une disposition habilitante qui pourrait être ou serait nécessairement adoptée par les États sous sa forme actuelle. Il a cependant pour objet d'indiquer clairement que la certitude et la prévisibilité peuvent être obtenues en déterminant quelles techniques de signature électronique satisfont aux exigences de fiabilité énoncées à l'article 6, à condition que cette détermination s'effectue conformément aux normes internationales. Il ne devrait pas être interprété d'une façon qui soit prescrirait des effets juridiques obligatoires en cas d'utilisation de certains types de signature électronique, soit limiterait l'utilisation de la technologie aux techniques dont on aurait déterminé qu'elles satisfont aux exigences de fiabilité de l'article 6. Les parties devraient être libres, par exemple, d'utiliser des techniques dont on n'aurait pas déterminé qu'elles satisfont aux exigences de fiabilité de l'article 6, si c'était ce qu'elles étaient convenues de faire. Elles devraient aussi être libres de montrer, devant une juridiction étatique ou arbitrale, que la méthode de signature qu'elles avaient choisi d'utiliser satisfaisait effectivement aux exigences de l'article 6, sans pour autant avoir fait l'objet d'une détermination préalable à cet effet.

Paragraphe 1

129. Le paragraphe 1 indique clairement que toute entité qui pourrait valider l'utilisation de signatures électroniques ou certifier autrement leur qualité ne devrait pas nécessairement avoir le statut d'autorité d'État. Ce paragraphe ne devrait pas être interprété comme donnant aux États une recommandation quant au seul moyen d'obtenir la reconnaissance de techniques de signature, mais plutôt comme indiquant les restrictions qui devraient s'appliquer s'ils souhaitaient adopter une telle méthode.

Paragraphe 2

130. En ce qui concerne le paragraphe 2, la notion de "norme" ne devrait pas se limiter aux normes officielles établies, par exemple, par l'Organisation internationale de normalisation (ISO) et par l'Internet Engineering Task Force (IETF), ou à d'autres normes techniques. Le mot "normes" devrait être interprété dans un sens large qui inclurait les pratiques des divers secteurs d'activité et les usages commerciaux, les textes émanant d'organisations internationales telles que la Chambre de commerce internationale, ainsi que les textes de la CNUDCI elle-même (y compris la présente Loi type et la Loi type sur le commerce électronique). L'absence éventuelle de normes pertinentes ne devrait pas empêcher les personnes ou autorités compétentes d'opérer la détermination visée au paragraphe 1. Quant à la référence aux "normes reconnues", on pourrait s'interroger sur ce qui constitue la "reconnaissance" et sur l'entité dont on exige cette reconnaissance (voir A/CN.9/465, par. 94). La question est également examinée à propos de l'article 12 (voir par. 154 ci-après).

Paragraphe 3

131. Le paragraphe 3 a pour objet d'indiquer très clairement que l'article 7 n'a pas pour objet d'affecter le fonctionnement normal des règles du droit international privé (voir A/CN.9/467, par. 94). En l'absence d'une telle disposition, le projet d'article 7 pourrait être interprété à tort comme encourageant les États adoptants à défavoriser les signatures électroniques étrangères en raison de leur non-conformité aux règles édictées par la personne ou l'autorité visée au paragraphe 1.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 90 à 95;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 49 à 51;
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.

Article 8. ***Normes de conduite du signataire***

1. Lorsque des données afférentes à la création de signature peuvent être utilisées pour créer une signature ayant des effets juridiques, chaque signataire:

a) prend des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de ses données afférentes à la création de signature;

b) avise, sans retard injustifié, toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique si:

i) il sait que les données afférentes à la création de signature ont été compromises; ou

ii) il estime, au regard de circonstances connues de lui, qu'il y a un risque important que les données afférentes à la création de signature aient été compromises;

c) prend, lorsqu'un certificat est utilisé pour étayer la signature électronique, des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations essentielles qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou devant figurer dans le certificat sont exactes et complètes.

2. Un signataire est responsable de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1.

Titre

132. L'article 8 (et les articles 9 et 11) devaient initialement contenir des règles concernant les obligations et responsabilités des différentes parties concernées (le signataire, la partie se fiant à la signature et tout prestataire de services de certification).

Cependant, en raison des changements rapides touchant les aspects techniques et commerciaux du commerce électronique ainsi que du rôle joué actuellement, dans certains pays, par l'autoréglementation du commerce électronique, il est devenu difficile de parvenir à un consensus sur la teneur de ces règles. Les articles ont été rédigés de façon à présenter un "code de conduite" minimal applicable aux différentes parties. Les conséquences d'un non-respect de ce code de conduite relèvent de la loi applicable en dehors de la Loi type.

Paragraphe 1

133. Les alinéas *a* et *b* s'appliquent généralement à toutes les signatures électroniques, tandis que l'alinéa *c* ne s'applique qu'aux signatures électroniques étayées par un certificat. L'obligation faite à l'alinéa *a*, en particulier, de prendre des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de ses données afférentes à la création de signature constitue une obligation fondamentale généralement présente, par exemple, dans les conventions relatives à l'utilisation de cartes de crédit. En vertu de la politique adoptée au paragraphe 1, une telle obligation devrait également s'appliquer à toutes données afférentes à la signature électronique qui pourraient être utilisées pour exprimer une intention juridiquement signifiante. La dérogation conventionnelle prévue à l'article 5, cependant, permet de déroger aux normes fixées à l'article 8 là où celles-ci seraient jugées inappropriées ou susceptibles d'entraîner des conséquences indésirables.

134. L'alinéa *b* renvoie à la notion de "personne dont [on] peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique". En fonction de la technologie utilisée, cette "partie qui se fie à la signature" peut être non seulement une personne qui cherche à se fier à la signature, mais aussi une personne telle qu'un prestataire de services de certification, un prestataire de services de révocation de certificats ou toute autre partie concernée.

135. L'alinéa *c* s'applique lorsqu'un certificat est utilisé pour étayer les données afférentes à la signature. La notion de "cycle de vie du certificat" doit être interprétée dans un sens large comme couvrant la période allant de la demande ou de la création d'un certificat jusqu'à son expiration ou sa révocation.

Paragraphe 2

136. Le paragraphe 2 ne précise ni les conséquences, ni les limites de la responsabilité, qui relèvent toutes deux de la législation nationale. Cependant, tout en renvoyant les conséquences de la responsabilité à la législation nationale, le paragraphe 2 n'en indique pas moins clairement aux États adoptants que tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1 devrait entraîner une responsabilité. Le paragraphe 2 s'appuie sur la conclusion à laquelle est parvenu le Groupe de travail à sa trente-cinquième session, selon laquelle il serait sans doute difficile d'arriver à un consensus sur les conséquences pouvant découler de la responsabilité du détenteur des données afférentes à la signature. Selon le contexte dans lequel la signature électronique est utilisée, ces conséquences pourraient aller, d'après la loi existante, d'une responsabilité juridique du détenteur des données afférentes à la signature vis-à-vis de la teneur du message à une responsabilité en dommages-intérêts. En conséquence, le paragraphe 2 se contente d'établir le principe selon lequel le détenteur des données afférentes à la signature devrait être tenu responsable de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1, et renvoie à la loi applicable dans chaque État adoptant, en dehors de la Loi type, les conséquences juridiques qui découleraient d'une telle responsabilité (voir A/CN.9/465, par. 108).

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 96 à 104;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 52 et 53;
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.

Article 9. ***Normes de conduite du prestataire de services de certification***

1. Lorsqu'un prestataire de services de certification fournit des services visant à étayer une signature électronique qui peut être utilisée pour produire des effets juridiques en tant que signature, ce prestataire:

a) agit en conformité avec les déclarations qu'il fait concernant ses politiques et pratiques;

b) prend des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou figurant dans le certificat sont exactes et complètes;

c) fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer à partir de ce certificat:

i) l'identité du prestataire de services de certification;
ii) si le signataire identifié dans le certificat avait, au moment de l'émission de ce dernier, le contrôle des données afférentes à la création de signature;
iii) si les données afférentes à la création de signature étaient valides au moment ou avant le moment de l'émission du certificat;

d) fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer, s'il y a lieu, à partir de ce certificat ou de toute autre manière:

i) la méthode utilisée pour identifier le signataire;
ii) toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles les données afférentes à la création de signature ou le certificat peuvent être utilisés;
iii) si les données afférentes à la création de signature sont valides et n'ont pas été compromises;
iv) toute restriction quant à l'étendue de la responsabilité stipulée par le prestataire de services de certification;
v) s'il existe des moyens pour le signataire d'adresser une notification conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8;
vi) la disponibilité d'un service de révocation en temps utile;

e) lorsque des services sont fournis au titre du sous-alinéa v de l'alinéa *d*, donne au signataire le moyen d'adresser une notification conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8 et, lorsque des services sont fournis au titre du sous-alinéa vi de l'alinéa *d*, offre un service de révocation en temps utile;

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 de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1.

Paragraphe 1

137. L'alinéa *a* énonce la règle fondamentale selon laquelle un prestataire de services de certification devrait se conformer à ses déclarations et à ses engagements tels qu'exprimés, par exemple, dans une déclaration de pratiques de certification ou dans tout autre type de déclaration de politique générale. L'alinéa *b* repro-

duit, dans le contexte des activités du prestataire de services de certification, le code de conduite énoncé à l'article 8-1 *c* applicable au signataire.

138. L'alinéa *c* définit la teneur et les effets essentiels de tout certificat en vertu de la Loi type. L'alinéa *d* énumère les éléments additionnels qui doivent être inclus dans le certificat ou autrement mis à la disposition de la partie se fiant à la signature dans le cas de certains certificats. L'alinéa *e* n'a pas pour objet de s'appliquer à des certificats tels que des certificats de transactions, qui sont des certificats ponctuels, ou à des certificats à faible coût portant sur des applications à faible risque, qui pourraient ne pas être sujets à révocation.

139. On peut considérer qu'il est raisonnable d'attendre de tout prestataire de services de certification, et non pas seulement de ceux qui émettent des certificats de "grande valeur", qu'il s'acquitte des devoirs et obligations prévus à l'article 9. Toutefois, les auteurs de la Loi type ont pris soin de ne pas exiger d'un signataire ou d'un prestataire de services de certification un niveau de diligence ou de fiabilité sans rapport raisonnable avec les fins pour lesquelles la signature électronique ou le certificat sont utilisés. La Loi type privilégie donc une solution qui lie les obligations énoncées dans les articles 8 et 9 à la production de signatures électroniques ayant une valeur juridique (A/CN.9/483, par. 117). En limitant le champ d'application de l'article 9 au large éventail de cas dans lesquels les services de certification servent à étayer une signature électronique qui peut être utilisée pour produire des effets juridiques en tant que signature, la Loi type ne vise pas à créer de nouveaux types d'effets juridiques pour les signatures (ibid., par. 119).

Paragraphe 2

140. Le paragraphe 2 fait pendant à la règle de base relative à la responsabilité énoncée au paragraphe 2 de l'article 8 pour le signataire. Cette disposition a pour effet de laisser à la législation nationale le soin de déterminer les conséquences de la responsabilité. Sous réserve des règles applicables du droit national, le paragraphe 2 n'est pas destiné par ses auteurs à être interprété comme une règle de responsabilité absolue. Il n'a pas été prévu que ce paragraphe ait pour effet d'exclure la possibilité, pour le prestataire de services de certification, de prouver, par exemple, l'absence de faute ou de faute secondaire.

141. Les premières versions de l'article 9 contenaient un paragraphe supplémentaire, qui traitait des conséquences de la responsabilité énoncées au paragraphe 2. Lors de la préparation de la Loi type, il a été observé que les prestataires de services de certification remplissaient des fonctions intermédiaires qui étaient indispensables au commerce électronique et qu'une disposition unique s'inspirant du paragraphe 2 ne suffirait pas à traiter la question de la responsabilité de ces professionnels. Le paragraphe 2 peut énoncer un principe approprié applicable aux signataires, mais il peut ne pas être suffisant pour couvrir les activités professionnelles et commerciales visées par l'article 9. L'une des façons possibles de pallier cette insuffisance aurait été d'énumérer dans le texte de la Loi type les facteurs à prendre en compte pour évaluer tout préjudice résultant d'un manquement du prestataire de services de certification aux exigences du paragraphe 1. Il a finalement été décidé de faire figurer dans le Guide une liste non exhaustive de facteurs indicatifs. Pour évaluer le préjudice, il faudrait notamment prendre en compte les facteurs suivants: *a)* le coût d'obtention du certificat; *b)* la nature de l'information certifiée; *c)* l'existence et l'ampleur de toute restriction aux fins pour lesquelles le certificat peut être utilisé; *d)* l'existence de toute déclaration limitant le champ d'application ou l'étendue de la responsabilité du prestataire de services de certification; et *e)* toute conduite fautive de la partie se fiant à la signature.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/483, par. 114 à 127;
A/CN.9/467, par. 105 à 109;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 54 à 60;
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.

Article 10. *Fiabilité*

Aux fins de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9, pour déterminer si, ou 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'accréditation ou du prestataire de services de certification concernant le respect ou l'existence des critères énumérés ci-dessus; ou

g) tout autre facteur pertinent.

Flexibilité de la notion de "fiabilité"

142. L'article 10 faisait, à l'origine, partie de l'article 9. Bien que cette partie soit par la suite devenue un article distinct, elle a essentiellement pour objet de faciliter l'interprétation de la notion de "systèmes, procédures et ressources humaines fiables" à l'article 9-1 *f*. L'article 10 se présente sous la forme d'une liste non exhaustive de facteurs à prendre en compte pour déterminer la fiabilité. Cette liste a pour objet de définir une notion souple de la fiabilité, dont les contours pourraient varier en fonction de ce que l'on attend du certificat dans le contexte dans lequel il est créé.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/483, par. 128 à 133;
A/CN.9/467, par. 114 à 119.

Article 11. *Normes de conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat*

Une partie se fiant à une signature ou à un 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 étayée par un certificat, de prendre des mesures raisonnables pour:

i) vérifier que le certificat est valide ou qu'il n'a pas été suspendu ou révoqué; et

ii) tenir compte de toute restriction dont le certificat ferait l'objet.

Caractère raisonnable de la confiance

143. L'article 11 reflète l'idée selon laquelle une partie qui entend se fier à une signature électronique devrait se poser la question de savoir si et dans quelle mesure cette confiance est raisonnable compte tenu des circonstances. Il n'a pas pour objet de traiter la question de la validité d'une signature électronique, qui l'est à l'article 6 et qui ne devrait pas dépendre de la conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat. La question de la validité d'une signature électronique devrait demeurer distincte de la question de savoir s'il est raisonnable, pour une partie se fiant à la signature ou au certificat, de se fier à une signature qui ne satisfait pas à l'exigence énoncée à l'article 6.

Questions relatives aux consommateurs

144. Si l'article 11 peut faire peser une lourde charge sur les parties qui se fient à une signature, en particulier lorsque ces parties sont des consommateurs, il peut être utile, toutefois, de rappeler que la Loi type n'a pas pour objet d'annuler toute règle régissant la protection des consommateurs. Elle pourrait, cependant, être utile pour éduquer toutes les parties concernées, y compris les parties qui se fient à la signature, quant à la norme de conduite raisonnable à appliquer en matière de signatures électroniques. En outre, l'établissement d'une norme de conduite en vertu de laquelle la partie qui se fie à la signature devrait vérifier la fiabilité de cette dernière par des moyens facilement accessibles peut être considéré comme essentiel au développement de tout système d'infrastructure à clef publique.

Notion de "partie se fiant à la signature"

145. Conformément à la définition qui en est donnée, la notion de "partie se fiant à la signature" couvre toute partie qui pourrait se fier à une signature électronique. En fonction des circonstances, il peut donc s'agir de toute personne ayant ou non une relation contractuelle avec le signataire ou le prestataire de services de certification. Il est même concevable que le prestataire de services de certification ou le signataire devienne lui-même une "partie se fiant à la signature". Cette notion large ne doit cependant pas entraîner, pour le titulaire d'un certificat, l'obligation de vérifier la validité du certificat qu'il achète au prestataire de services de certification.

Manquement aux exigences de l'article 11

146. Quant aux conséquences éventuelles de l'établissement d'une obligation générale qui serait faite à la partie se fiant à la signature électronique de vérifier la validité de cette signature ou du certificat, un problème se pose lorsque cette partie ne satisfait pas aux exigences de l'article 11. Doit-elle alors être mise dans l'impossibilité de se prévaloir de la signature ou du certificat si une vérification raisonnable n'aurait pas révélé que ces derniers n'étaient pas valides. Il pourrait être nécessaire de traiter une telle situation dans la loi applicable en dehors de la Loi type.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/467, par. 130 à 143;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 61 à 63;
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.

Article 12. ***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:

a) du lieu dans lequel le certificat est émis ou la signature électronique créée ou utilisée; ou

b) du lieu dans lequel l'émetteur ou le signataire a son établissement.

2. Un certificat émis en dehors de *[l'État adoptant]* a les mêmes effets juridiques dans *[l'État adoptant]* qu'un certificat émis dans *[l'État adoptant]* à condition qu'il offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent.

3. Une signature électronique créée ou utilisée en dehors de *[l'État adoptant]* a les mêmes effets juridiques dans *[l'État adoptant]* qu'une signature électronique créée ou utilisée dans *[l'État adoptant]* à condition qu'elle offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent.

4. Pour déterminer si des certificats ou des signatures électroniques offrent un niveau de fiabilité substantiellement équivalent aux fins des paragraphes 2 ou 3, il est tenu compte des normes internationales reconnues et de tous autres facteurs pertinents.

5. Lorsque, nonobstant les paragraphes 2, 3 et 4, les parties conviennent, s'agissant de leurs relations, d'utiliser certains types de signatures électroniques ou certificats, cette convention est jugée suffisante aux fins de la reconnaissance internationale, à moins qu'elle soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable.

Règle générale de non-discrimination

147. Le paragraphe 1 vise à traduire le principe fondamental selon lequel le lieu d'origine ne doit en aucun cas être par lui-même un facteur permettant de déterminer si et dans quelle mesure des certificats ou des signatures électroniques étrangers produisent légalement leurs effets. Cette détermination ne doit pas dépendre du lieu dans lequel le certificat ou la signature électronique a été émis (voir A/CN.9/483, par. 27), mais de sa fiabilité technique.

"Niveau de fiabilité substantiellement équivalent"

148. Le paragraphe 2 a pour objet de définir le critère général pour la reconnaissance transfrontière des certificats, faute de quoi les prestataires de services de certification seraient astreints à la lourde obligation d'obtenir des licences dans un grand nombre de pays. À cette fin, le paragraphe 2 fixe un seuil d'équivalence technique des certificats étrangers fondé sur une comparaison de leur niveau de fiabilité par rapport à celui qui est exigé dans l'État adoptant conformément à la Loi type (ibid., par. 31). Ce critère doit s'appliquer quelle que soit la nature du régime de certification existant dans le pays d'où émane le certificat ou la signature (ibid., par. 29).

Différences de niveau de fiabilité entre pays

149. En faisant référence à la notion centrale de "niveau de fiabilité substantiellement équivalent", le paragraphe 2 reconnaît qu'il peut exister d'importantes différences entre les exigences des différents pays. L'exigence d'équivalence, telle que visée au paragraphe 2, ne signifie pas que le niveau de fiabilité d'un certificat étranger doit être exactement identique à celui d'un certificat national (ibid., par. 32).

Différences de niveau de fiabilité dans un même pays

150. Il convient de noter par ailleurs que dans la pratique les prestataires de service de certification émettent des certificats ayant différents niveaux de fiabilité, selon l'utilisation que veulent en faire leurs clients. De ce fait, il n'est pas toujours indispensable qu'un certificat produise des effets juridiques, que ce soit dans le pays où il a été émis ou à l'étranger. En appliquant la notion d'équivalence telle qu'employée au paragraphe 2, il convient donc de garder à l'esprit que l'équivalence à établir est entre des certificats du même type. Toutefois, la Loi type ne tente pas d'établir une correspondance entre des certificats de différents types émis par différents prestataires de services de certification dans différents pays. Son but est d'envisager une éventuelle hiérarchie des différents types de certificats. Dans la pratique, une juridiction étatique ou arbitrale appelée à décider de l'effet juridique d'un certificat étranger examinerait normalement chaque certificat en fonction de ses caractéristiques propres et tenterait de l'assimiler aux certificats ayant le niveau le plus proche dans l'État adoptant (ibid., par. 33).

Égalité de traitement des certificats et d'autres types de signatures électroniques

151. Le paragraphe 3 énonce, en ce qui concerne les signatures électroniques, la même règle que celle qui est énoncée au paragraphe 2 concernant les certificats (ibid., par. 41).

Reconnaissance de certains effets juridiques à l'application des lois d'un pays étranger

152. Les paragraphes 2 et 3 traitent exclusivement du critère de fiabilité internationale à appliquer pour l'évaluation de la fiabilité d'un certificat ou d'une signature électronique étranger. Toutefois, lors de l'élaboration de la Loi type, on a gardé à l'esprit le fait que les États adoptants pourraient souhaiter se dispenser de vérifier la fiabilité de certaines signatures ou de certains certificats lorsqu'ils considèrent que la loi du pays d'où provient la signature prévoit une norme satisfaisante de fiabilité. Pour ce qui est des techniques juridiques que pourrait utiliser un État adoptant pour reconnaître a priori la fiabilité de certificats et de signatures conformes à la loi d'un État étranger (par exemple une déclaration unilatérale ou un traité), la Loi type ne contient aucune proposition particulière (ibid., par. 39 et 42).

Facteurs à prendre en considération pour l'évaluation de l'équivalence substantielle des certificats et signatures étrangers

153. Lors de l'élaboration de la Loi type, le paragraphe 4 a d'abord été conçu comme une liste de facteurs à prendre en considération pour déterminer si un certificat ou une signature électronique offrait un niveau de fiabilité substantiellement équivalent aux fins des paragraphes 2 ou 3. Il a été jugé ultérieurement que la plupart de ces facteurs figuraient déjà dans les articles 6, 9 et 10. Les énoncer à nouveau dans le cadre de l'article 12 aurait été superflu. Une autre solution possible, à savoir un renvoi, au paragraphe 4, aux dispositions appropriées de la Loi type dans lesquelles les critères pertinents étaient mentionnés, en ajoutant éventuellement d'autres critères particulièrement importants pour la reconnaissance internationale, a été jugée inadéquate, car elle entraînait une formulation par trop complexe (voir en particulier A/CN.9/483, par. 43 à 49). On a finalement opté pour les termes généraux "tous autres facteurs pertinents", ceux énoncés aux articles 6, 9 et 10 pour l'évaluation des certificats et des signatures électroniques nationaux étant particulièrement importants. En outre, le paragraphe 4 tire les conséquences du fait que l'évaluation de l'équivalence des certificats étrangers est quelque peu différente de l'évaluation de la fiabilité d'un prestataire de services de certification au titre des articles 9 et 10. C'est pourquoi on y a ajouté une référence aux "normes internationales reconnues".

Normes internationales reconnues

154. La notion de "norme internationale reconnue" devrait être interprétée de façon large comme englobant à la fois les normes internationales techniques et commerciales (c'est-à-dire les normes du marché) et les normes et règles adoptées par des organismes gouvernementaux ou intergouvernementaux (ibid., par. 49). Des "normes internationales reconnues" peuvent prendre la forme de déclarations sur les pratiques techniques, juridiques ou commerciales acceptées, qu'elles aient été mises au point par le secteur public ou par le secteur privé (ou les deux), de nature normative ou interprétative, généralement acceptées comme internationalement applicables. De telles normes peuvent se présenter sous forme d'exigences, de recommandations, de principes directeurs, de codes de conduite ou de déclarations de bonnes pratiques ou de règles (ibid., par. 101 à 104).

Reconnaissance des conventions entre les parties intéressées

155. Le paragraphe 5 prévoit la reconnaissance des conventions entre les parties intéressées concernant l'utilisation de certains types de signatures électroniques ou de certificats comme motifs suffisants de reconnaissance internationale (entre ces parties) des signatures ou certificats convenus (ibid., par. 54). Il est à noter que, conformément au paragraphe 5 de l'article 5, l'intention n'est pas de passer outre toute loi contraignante, en particulier toute exigence impérative concernant les signatures manuscrites que les États adoptants peuvent souhaiter maintenir dans leur droit applicable (ibid., par. 113). Le paragraphe 5 est nécessaire pour donner effet aux stipulations contractuelles en vertu desquelles les parties peuvent convenir, entre elles, de reconnaître l'utilisation de certaines signatures électroniques ou de certains certificats (qui peuvent être considérés comme étrangers dans certains ou dans la totalité des États où les parties peuvent demander la reconnaissance juridique de ces signatures ou certificats), sans que ces derniers soient soumis au critère de l'équivalence substantielle énoncé aux paragraphes 2, 3 et 4. Le paragraphe 5 n'a pas d'incidences sur la situation juridique des tiers (ibid., par. 56).

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/483, par. 25 à 28 (article 12);
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 61 à 68 (projet d'article 13);
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 premier); et
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 73 à 75.

E. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session: aspects juridiques du commerce électronique: les obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les textes internationaux relatifs au commerce international: moyens d'y remédier: note du secrétariat

(A/CN.9/WG.IV/WP.89) [Original: anglais]

1. Lors de la trente-deuxième session de la Commission (1999), diverses suggestions ont été faites concernant les travaux futurs dans le domaine du commerce électronique que la Commission et le Groupe de travail pourraient examiner une fois terminée la rédaction des règles uniformes sur les signatures électroniques. Il a été rappelé qu'à la fin de la trente-deuxième session du Groupe de travail il avait été proposé que ce dernier examine, à titre préliminaire, la possibilité d'élaborer une convention internationale fondée sur les dispositions pertinentes de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et du projet de règles uniformes (voir A/CN.9/446, par. 212)[1]. La Commission a été informée qu'un certain nombre de pays s'étaient déclarés intéressés par l'élaboration d'un tel instrument.

2. L'attention de la Commission a été appelée sur une recommandation adoptée le 15 mars 1999 par le Centre pour la facilitation des procédures et des pratiques dans l'administration, le commerce et les transports (CEFACT) de la Commission économique pour l'Europe (CEE/ONU)[2]. Dans ce texte, le Centre recommandait que la CNUDCI envisage les mesures à prendre pour veiller à ce que les termes "écrit", "signature" et "document" dans les conventions et accords relatifs au commerce international soient entendus comme autorisant les équivalents électroniques. L'élaboration d'un protocole général visant à modifier les régimes juridiques des traités multilatéraux pour faciliter le recours accru au commerce électronique a bénéficié d'un appui.

3. D'autres sujets ont été proposés, à savoir: transactions électroniques et droit des contrats; transfert électronique de droits sur des biens corporels; transfert électronique de droits incorporels; droits sur les données électroniques et les logiciels [éventuellement en coopération avec l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)]; clauses types pour la formation de contrats par des moyens électroniques (éventuellement en coopération avec la Chambre de commerce internationale (CCI) et l'Internet Law and Policy Forum (ILPF); droit applicable et compétence (éventuellement en coopération avec la Conférence de La Haye de droit international privé); et systèmes de règlement des litiges en ligne[3].

4. La Commission a pris note des propositions susmentionnées. Il a été décidé que, lorsqu'il aurait terminé sa tâche actuelle, à savoir la rédaction du projet de règles uniformes sur les signatures électroniques, le Groupe de travail pourrait, dans le cadre de la fonction consultative générale qu'il exerce en matière de commerce électronique, examiner une partie ou la totalité des sujets susmentionnés ainsi que tous autres sujets, en vue de faire à la Commission des propositions plus précises concernant les travaux futurs[4].

5. Lors de sa trente-troisième session, 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.

6. 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 conci-

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 209.

[2] Le texte de la recommandation adressée à la CNUDCI est contenu dans le document TRADE/CEFACT/1999/CRP.7. Son adoption par le CEFACT est indiquée dans le rapport du CEFACT sur les travaux de sa cinquième session (TRADE/CEFACT/1999/19, par. 60).

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), par. 251; et ibid., *cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 211.

[4] Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 315 à 318.

liation. 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.

7. 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.

8. 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.

9. 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 dans lequel 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[5].

10. S'agissant de la suite à donner à la recommandation adoptée le 15 mars 1999 par le Centre pour la facilitation des procédures et des pratiques dans l'administration, le commerce et les transports (CEFACT) de la Commission économique pour l'Europe (CEE/ONU), le secrétariat a décidé d'examiner les questions de droit international public que soulèveraient les mesures à prendre pour que les termes "écrit", "signature" et "document" dans les conventions et accords relatifs au commerce international soient entendus comme autorisant les équivalents électroniques (voir par. 2 ci-dessus). À cette fin, il a fait appel à Mme Geneviève Burdeau, Professeur à l'Université de Paris I-Panthéon Sorbonne, Associée de l'Institut de droit international et Secrétaire général de l'Académie de droit international de La Haye. Le texte de la consultation produite par Mme Burdeau à la demande du secrétariat est reproduit en annexe à la présente note.

[5]Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 384 à 388.

ANNEXE

L'ADAPTATION DES DISPOSITIONS DES TEXTES JURIDIQUES INTERNATIONAUX RELATIFS AU COMMERCE INTERNATIONAL EN MATIÈRE DE PREUVE AUX PARTICULARITÉS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

Étude de droit international public par Geneviève Burdeau, Professeur à l'Université de Paris I-Panthéon Sorbonne, à la demande du secrétariat de la CNUDCI

1. La nécessité d'adapter les dispositions des textes juridiques internes et internationaux aux particularités du commerce électronique s'est fait jour depuis une quinzaine d'années tant sur le plan national que sur le plan international. Elle n'a pas échappé à l'attention de la CNUDCI qui a joué un rôle pionnier à cet égard, en émettant dès 1985 une recommandation sur la valeur juridique des enregistrements informatiques puis en adoptant en 1996 une loi type sur le commerce électronique et un guide pour son incorporation. En même temps que la CNUDCI, avec l'appui de l'Assemblée générale des Nations Unies, s'efforçait d'inciter les États

à adapter les dispositions de leur législation nationale concernant le droit de la preuve, la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE/ONU) se préoccupait également de la nécessité d'adapter les nombreuses conventions internationales dans lesquelles figurent des références à l'écrit, à des documents sous forme écrite ou à l'exigence d'une signature manuscrite et de prévoir des équivalents électroniques. Une étude conduite par la CEE/ONU, publiée le 22 juillet 1994 (TRADE/WP.4/R.1096), qui opérait un recensement des conventions ainsi que de divers textes relatifs au commerce international concernés par ces définitions, ainsi qu'un bilan des clauses pertinentes, a fait l'objet d'une révision publiée le 25 février 1999 (TRADE/CEFACT/1999/CRP.2).

2. Cette étude permet de dresser un constat de la situation existante et de dégager les pistes qui pourraient être explorées, afin d'adapter l'ensemble de ces textes internationaux aux exigences du développement de l'utilisation de l'informatique et de l'Internet dans le commerce international. Il s'agirait autant que possible d'éviter de s'engager dans une multitude de procédures particulières de révision des conventions concernées, procédures souvent lourdes, à l'issue parfois incertaine et qui n'assureraient pas nécessairement l'uniformisation souhaitable des définitions.

3. Dans une recommandation adoptée le 15 mars 1999 (TRADE/CEFACT/1999/CRP.7 et TRADE/CEFACT/1999/19, par. 60), le Centre pour la facilitation des procédures et des pratiques dans l'administration, le commerce et les transports (CEFACT) soulignait que, selon les règles établies par certaines conventions internationales, les messages électroniques n'étaient pas recevables comme mode de preuve, ce qui constituait un obstacle au développement du commerce électronique et une discrimination avec le commerce manuel. En conséquence, le CEFACT invitait la CNUDCI à mener une action en vue d'assurer que les références aux termes "écrit", "signature "et "document", contenues dans les conventions et accords internationaux, pourraient recouvrir leurs équivalents électroniques.

I. ANALYSE JURIDIQUE DE LA SITUATION EXISTANTE

4. Au départ, il convient de partir du constat que l'on peut établir à la lecture de l'étude précitée de la CEE/ONU sur les conventions relatives au commerce ou au transport international (TRADE/CEFACT/1999/CRP.2). Deux types de clauses font l'objet du recensement: d'une part, les clauses contenues dans le dispositif des différentes conventions qui se réfèrent aux termes d'écrit, de signature ou de document et, d'autre part, les clauses finales de ces mêmes conventions relatives à l'amendement ou à la révision des conventions en question.

5. Toutefois, ces dispositions conventionnelles ne sont pas les seules à prendre en compte. Il faut s'interroger aussi sur la portée des dispositions nouvelles de droit interne introduites au cours de ces dernières années par les États soit spontanément, soit pour répondre à l'invitation de l'Assemblée générale des Nations Unies d'introduire la loi type élaborée par la CNUDCI, soit enfin pour se mettre en conformité avec tel ou tel texte régional d'harmonisation législative (par exemple la directive de l'Union européenne du 13 décembre 1999 sur "un cadre communautaire pour les signatures électroniques" (*Journal officiel des Communautés européennes*, 19 janvier 2000, L13, p. 12).

6. Enfin, il conviendra de s'interroger sur la qualification que l'on pourrait donner aux règles actuellement prévues par les conventions internationales en matière de formalités et de preuve, au regard du droit de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et, en conséquence, sur la pertinence de certaines règles de ce droit.

A. Les dispositions de fond concernées

7. Le recensement opéré par les études précitées de 1994 et 1999 (voir par. 1 ci-dessus) montre que la rédaction des clauses relatives aux formalités ou aux moyens de preuve fait apparaître une situation extrêmement diversifiée.

8. Dans plusieurs cas, des textes établis récemment visent directement les modes de preuve propres au commerce électronique et peuvent être considérés comme totalement ou seulement partiellement satisfaisants. À l'inverse, certains textes anciens sont rédigés de manière telle qu'ils impliquent nécessairement une référence au document, à l'écrit ou à la signature sur papier. Enfin, un certain nombre de textes rédigés dans un contexte dans lequel l'optique était celle de l'exigence de preuves écrites ou certifiées sur papier pourraient, au prix d'une interprétation "constructive", être considérés comme pouvant être étendus à des documents, écrits et signatures électroniques. Cette dernière hypothèse supposerait qu'interviennent des interprétations judiciaires en ce sens, ce qui est aléatoire et hasardeux, et ne permet pas de répondre de manière satisfaisante aux interrogations précises des opérateurs du commerce international, qui ont besoin en la matière de disposer de règles claires, établies à l'avance, assurant la sécurité juridique de leurs opérations et leur reconnaissance internationale.

9. Ainsi, sans entrer dans le détail de l'analyse des différentes dispositions relatives à la signature, à l'écrit ou aux documents, il apparaît qu'un besoin urgent de mise à jour d'un certain nombre d'instruments recensés s'impose. Il va de soi que si une adaptation des textes au cas par cas était éventuellement réalisable, il serait néanmoins souhaitable, pour les raisons de sécurité juridique évoquées ci-dessus, que les définitions nouvelles des termes "signature", "écrit" et "document" soient unifiées et que le même type de définition soit retenu pour chacun des instruments concernés, en reprenant par exemple celles figurant dans la loi type établie par la CNUDCI. Ainsi, l'œuvre d'unification entreprise serait parachevée et on pourrait éviter le risque de divergences entre les textes internationaux et nationaux et les incertitudes en résultant.

B. Les règles de révision pertinentes

10. L'étude précitée de la CEE/ONU donne une mesure quantitative de l'ampleur du problème. Ce ne sont pas moins d'une trentaine de conventions, d'accords multilatéraux, de modèles de lois uniformes ou de règles standards relatifs aux relations commerciales internationales ou au transport international qui sont concernés. L'extrême diversité des situations juridiques et des clauses concernées est frappante et appelle plusieurs observations.

1. Nature et régime juridique des textes concernés

11. La nature juridique de ces différents textes qui sont tous censés orienter la pratique juridique des opérateurs du commerce international est extrêmement hétérogène, puisqu'on y trouve aussi bien des conventions multilatérales ayant la qualité de traités que des recommandations ou des règles types établies par des organisations internationales (ou certains de leurs organes), le plus souvent intergouvernementales, telles que la CNUDCI ou l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), mais aussi non gouvernementales [Chambre de commerce internationale (CCI), Association du transport aérien international (IATA) ou Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés (FIATA)], voire des règles dérivées de conventions préexistantes.

12. Tout d'abord, les effets juridiques de ces textes sont divers: effets juridiques obligatoires pour les seules parties dans le cas des traités, effets obligatoires pour l'ensemble des membres de l'organisation concernée dans le cas des règlements de l'OACI, engagement de caractère professionnel dans le cas des règles de l'IATA, usages du commerce international, recommandations sans valeur juridique contraignante, dispositions types proposées aux États ou aux opérateurs.

13. Par ailleurs, le régime juridique applicable à ces instruments est variable. Dans certains cas, ce sont les règles de droit international public relatives aux traités qui doivent être consultées et mises en œuvre, mais, dans d'autres cas, ce sont les règles spé-cifiques à telle ou telle organisation internationale qui seront concernées. Il s'agira parfois d'un véritable processus de révision conventionnelle avec ses aléas concernant notamment, comme on le verra plus loin, les effets d'un amendement. Dans d'autres cas, il s'agira de la modification d'un acte unilatéral d'une organisation internationale.

2. *État des conventions internationales*

14. S'agissant des conventions internationales proprement dites, toutes ne sont pas encore en vigueur. Pour les conventions déjà en vigueur, se poserait la question éventuelle de leur amendement ou de leur révision. Ici, plusieurs situations peuvent être observées.

15. Certaines de ces conventions contiennent des clauses relatives à leur propre modification qu'il conviendrait en principe d'observer si on voulait les amender, afin d'introduire des dispositions uniformes relatives à la définition nouvelle des termes "signature", "écrit", "document". Rares sont les conventions qui précisent l'ensemble ou l'essentiel de la procédure (voir cependant la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF) de 1980).

16. D'autres conventions contiennent des clauses d'amendement ou de révision qui n'apportent d'exigences particulières que sur certains points spécifiques de la procédure, par exemple sur l'initiative de la convocation d'une conférence de révision pour laquelle plusieurs textes spécifient qu'elle revient à tout État partie agissant seul (voir, par exemple, la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, Bruxelles, 1924; la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, Varsovie, 1929; ou la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR), Genève, 1956), ou à un tiers des États parties (Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978: Règles de Hambourg).

17. Ainsi, dans la majorité des cas, les clauses de révision sont soit inexistantes, soit très incomplètes, ce qui renvoie nécessairement à l'application des règles coutumières de droit international en matière d'amendement et de modification des traités. Celles-ci ont été codifiées dans l'article 40 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. Les dispositions de cet article, relativement souples, peuvent sans doute être considérées à l'heure actuelle comme exprimant vraiment la règle coutumière en la matière et non pas comme des règles de nature purement conventionnelle introduites au titre du développement progressif du droit international.

18. L'article 40 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit, d'une part, un certain nombre de règles relatives à la procédure d'amendement des traités multilatéraux qui ont un caractère supplétif et ne sont d'ailleurs pas complètes. On relèvera que ces dispositions ne sont pas en contradiction avec les quelques clauses, auxquelles il a été fait référence ci-dessus, relatives à la révision que l'on peut trouver dans certaines des conventions examinées dans l'étude précitée de la CEE/ONU. À cet égard, le texte de la Convention de Vienne prévoit:

> "1. À moins que le traité n'en dispose autrement, l'amendement des traités multilatéraux est régi par les paragraphes suivants.
>
> 2. Toute proposition tendant à amender un traité multilatéral dans les relations entre toutes les parties doit être notifiée à tous les États contractants, et chacun d'eux est en droit de prendre part:
>
> *a)* À la décision sur la suite à donner à cette proposition;
>
> *b)* À la négociation et à la conclusion de tout accord ayant pour objet d'amender le traité.
>
> 3. Tout État ayant qualité pour devenir partie au traité a également qualité pour devenir partie au traité tel qu'il est amendé."

19. D'autre part, cet article consacre des règles relatives aux effets des amendements aux traités qui sont très respectueuses de la volonté des États et du principe de l'effet relatif des traités, mais qui ont pour conséquence de rompre l'unité d'application des dispositions conventionnelles et d'introduire une certaine disparité des obligations conventionnelles selon que les États ont ou non accepté les amendements. L'article 40 poursuit en effet comme suit:

> "4. L'accord portant amendement ne lie pas les États qui sont déjà parties au traité et qui ne deviennent pas parties à cet accord; l'alinéa *b* du paragraphe 4 de l'article 30 s'applique à l'égard de ces États[6].
>
> 5. Tout État qui devient partie au traité après l'entrée en vigueur de l'accord portant amendement est, faute d'avoir exprimé une intention différente, considéré comme étant:
>
> *a)* Partie au traité tel qu'il est amendé; et
>
> *b)* Partie au traité non amendé au regard de toute partie au traité qui n'est pas liée par l'accord portant amendement."

20. Comme on le voit, l'effet d'un amendement à une convention multilatérale est subordonné à son acceptation par les États parties au traité initial. Ainsi, le traité amendé aura effet entre les États ayant ratifié l'amendement, mais c'est le traité dans sa rédaction initiale qui continuera de s'appliquer, d'une part, entre les États qui n'ont pas ratifié l'amendement et, d'autre part, entre les deux groupes d'États. Outre le fait que la Convention de Vienne n'indique pas à quelle majorité, dans le silence des clauses finales, le texte d'un amendement peut être considéré comme adopté, ni à quelles conditions il peut être considéré comme en vigueur (suffit-il de deux ratifications?), ce qui risque de soulever d'éventuelles questions procédurales, les derniers alinéas de l'article 40 ne répondent pas à l'objectif d'uniformisation recherché. L'article 40 ne concerne en effet que les conventions internationales et, pour ces dernières, ne garantit en aucune façon que cet objectif sera facilement atteint. En effet, la voie de l'amendement suppose de conduire en parallèle une multitude de procédures de révision, forcément lentes et hasardeuses, pour un effet qui est subordonné à l'accomplissement de procédures nationales de ratification dont l'achèvement par tous les États parties aux conventions risque de prendre longtemps.

[6]Article 30, par. 4 *b*: "Dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et leurs obligations réciproques."

3. Cas particulier des conventions non encore en vigueur

21. Pour les conventions non encore en vigueur, la procédure de révision paraît inutilisable.

22. En principe, selon le droit des traités, la signature marque la fin de la négociation en même temps qu'elle authentifie le texte du traité, fruit de la négociation. Rien, selon le droit international, n'interdit théoriquement aux États concernés de rouvrir la négociation. Cela se produit parfois pour des traités bilatéraux. La chose est plus malaisée pour les traités multilatéraux, surtout dans l'hypothèse où certains États ont déjà ratifié le texte initial et sont donc engagés sur la base de la rédaction primitive du texte. Pareille situation s'est néanmoins produite à propos de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer du 10 décembre 1982. En effet, compte tenu du temps et de la difficulté pour rassembler les 60 ratifications requises pour l'entrée en vigueur de la Convention dont certaines dispositions se heurtaient à une opposition persistante de certains États industrialisés[7], il est apparu nécessaire d'adapter le texte de la Convention. Il était exclu de rouvrir une négociation sur l'ensemble du texte de la Convention de Montego Bay dont l'élaboration avait pris une dizaine d'années. La solution fut trouvée dans un "Accord relatif à l'application de la Partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer", adopté le 29 juillet 1994 et appliqué à titre provisoire avant même d'avoir obtenu le nombre de ratifications nécessaire à son entrée en vigueur le 28 juillet 1996. Cet "accord", sous couvert de simple "interprétation", modifie en réalité au travers de son annexe plusieurs dispositions de la Convention. Il s'agit là d'un mode de révision inusité, mais dont on pourrait éventuellement s'inspirer dans le cas étudié ici.

4. Textes non conventionnels

23. Pour les textes non conventionnels, il conviendrait de se référer aux dispositions pertinentes des organisations dont ils émanent. À première vue, il semble que dans ces cas la révision dépend avant tout d'une volonté politique, les procédures étant relativement souples. Dans plusieurs cas, comme on l'a déjà souligné, les textes en cause n'ont pas de valeur juridique obligatoire, mais constituent des textes de référence importants dans la pratique.

C. Le risque de remise en cause de la portée de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique

24. Pour compléter cet examen de la situation juridique existante, il convient de souligner le risque d'inefficacité qui menace la Loi type de la CNUDCI si le texte des conventions internationales ne fait pas l'objet d'une adaptation parallèle. Dans de nombreux États en effet, les traités internationaux sont considérés comme ayant une valeur supérieure à celle des lois et comme devant l'emporter en cas de contradiction, et cela alors même que la loi contraire est postérieure au traité. Ainsi, il peut se faire que, dans un État qui aurait adopté une loi nationale conforme à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, les dispositions de cette dernière se voient écartées par le juge au profit de dispositions de conventions anciennes qui exigent des documents sur papier ou des signatures manuscrites. Ainsi, l'effort d'unification du droit entrepris au travers de la diffusion de cette loi type dans les différents États ne peut être considéré comme entièrement satisfaisant et ne constitue qu'une étape nécessaire mais non suffisante.

[7]Le nombre des ratifications requises (60) était en passe d'être atteint au début des années 90, mais la non-participation d'un nombre suffisant d'États industrialisés aurait sans doute compromis la mise en place de l'Autorité internationale des fonds marins, dont le financement risquait d'apparaître problématique.

D. L'apparition d'un obstacle au développement du commerce électronique

25. L'idée que l'inadaptation des définitions des termes "signature", "écrit" et "document" aux particularités des échanges par Internet pourrait constituer un obstacle au développement du commerce électronique et une discrimination entre ce dernier et le commerce traditionnel apparaît très nettement dans la recommandation précitée adoptée par le CEFACT le 15 mars 1999 où il est écrit: "*Being aware of the need to avoid disadvantage to electronic commerce and support efforts to achieve global parity in law between manual and electronic commerce*" (TRADE/CEFACT/1999/CRP.7).

26. Jusqu'à présent, cette idée semble avoir été peu développée dans le cadre de l'OMC, même si l'organisation suit la question du développement du commerce électronique. La discrimination que l'on peut discerner entre les deux formes de commerce ne tombe pas en effet à première vue sous le coup des deux grands principes juridiques posés par le GATT pour assurer la non-discrimination: la clause de la nation la plus favorisée (article Ier) et le principe du traitement national (article III). Elle les transcende en principe, mais elle pourrait dans certaines circonstances apparaître comme masquant une préférence nationale.

27. Plus vraisemblablement, la limitation aux modes de preuve se référant à un support de papier et l'exclusion consécutive des modes de preuve propres au commerce électronique pourraient apparaître soit comme une forme nouvelle d'obstacle non-tarifaire, soit comme une restriction à l'accès au marché.

II. ÉLÉMENTS DE RÉFLEXION SUR LES PISTES À EXPLORER

28. De l'analyse de la situation existante paraissent se dégager plusieurs pistes de réflexion qui pourraient orienter l'action à entreprendre, afin d'assurer l'extension des nouvelles définitions des termes "signature", "écrit" et "document" au cadre des relations juridiques défini par les textes internationaux répertoriés par les études précitées de la CEE/ONU de 1994 et 1999. Mais il semble, à l'issue de cet examen, que l'ambition de la CNUDCI pourrait ne pas se limiter à la retouche des textes existants, dans l'espoir que les textes internationaux futurs se conformeront aux définitions résultant de la loi type, mais plutôt chercher à établir de manière plus large un texte de référence international, pendant sur le plan international de la loi type, que tous les États seraient incités à appliquer. C'est donc vers un texte général plutôt que vers une série de révisions ponctuelles que l'on pourrait s'engager, tant pour des raisons de politique juridique que pour des raisons strictement techniques.

29. S'agissant ensuite du choix du type de texte à envisager, on pourrait s'interroger sur l'intérêt respectif de la voie conventionnelle et de la voie non conventionnelle (résolution, recommandation).

30. Se pose naturellement la question de la meilleure manière d'assurer l'extension géographique la plus large des définitions nouvelles des modes de preuve, compte tenu des réticences possibles, du manque d'information ou simplement de la négligence de certains États.

31. Cette dernière question doit être envisagée à la lumière de l'analyse que l'on peut faire des règles relatives aux modes électroniques de preuve. Du point de vue des opérateurs du commerce international, cette question est envisagée dans son aspect juridique privé traditionnel: les règles en matière de preuve ont une

importance essentielle en matière contractuelle et en matière de règlement des différends entre commerçants. C'est essentiellement dans cette optique que se sont jusqu'à présent situés les travaux de la CNUDCI, conformément à son mandat qui est de développer la sécurité juridique pour les opérateurs du commerce international. Sans remettre en cause cette approche traditionnelle qui demeure essentielle, il serait possible de prendre également en considération une vision plus macroéconomique, en se référant aux exigences qui découlent du droit de l'OMC. En effet, sous cet angle, ne pourrait-on considérer que les restrictions à l'utilisation des modes de preuve propres au commerce électronique constituent des obstacles évidents au développement de ce type de commerce?

1. Le caractère inadapté d'une révision particulière de chacun des textes internationaux

32. L'analyse des modes de révision des divers textes concernés par les notions d'"écrit", de "signature" et de "document" à laquelle il a été procédé précédemment montre à l'évidence que l'entreprise qui consisterait à s'engager dans la voie d'une révision au cas par cas serait particulièrement longue, laborieuse, avec des résultats incertains à la fois en ce qui concerne le contenu, car on ne peut garantir à coup sûr que les nouvelles définitions adoptées dans chaque cadre seraient nécessairement identiques, et en ce qui concerne l'effet *ratione personae* des révisions ainsi entreprises.

33. Rien n'interdit naturellement d'envisager que, dans le cadre de chaque convention ou de chaque organisme international concerné, des révisions soient entreprises pour intégrer progressivement de nouvelles définitions et les substituer aux anciennes, mais si l'on recherche une unification relativement rapide de la matière, la voie de la révision n'est sans doute pas la plus adaptée.

34. Dans ces conditions, il semble que l'objectif recherché serait triple: parvenir d'abord à une définition unique des termes concernés, qui constituerait désormais une sorte de référence obligée non seulement destinée à compléter les définitions traditionnelles, mais aussi à s'intégrer de manière quasi automatique dans les textes à venir, assurer ensuite l'insertion de cette définition dans les textes existants, quelle que soit la nature de ces textes (conventionnelle, droit dérivé, recommandations), et obtenir enfin que ces définitions s'appliquent au plus grand nombre d'États possible et en tout cas à tous ceux qui sont liés par l'un ou l'autre des textes internationaux recensés dans l'étude précitée du CEFACT.

2. La mise au point d'un instrument unique: les options possibles

35. La mise au point d'un texte unique contenant une définition uniformisée des termes de "signature", "écrit" et "document", qui permettrait d'assurer une révision globale de l'ensemble des textes internationaux recensés (sans pour autant exclure d'autres textes) et de donner aux modes de preuve propres au commerce électronique un statut égal à ceux admis dans le commerce traditionnel paraît donc souhaitable. Plusieurs options s'ouvrent à ce stade, qui présentent des avantages et des inconvénients divers.

a) *Texte conventionnel ou non conventionnel?*

36. La première option est classique: il s'agit de savoir s'il serait préférable de recourir à un instrument conventionnel tel qu'un accord interprétatif ou un accord complémentaire ou protocole ou, au contraire, à un instrument non conventionnel comme des lignes directrices (*guidelines*) ou une recommandation sur l'interprétation. Comme on le sait, l'avantage de la première formule est de permettre l'émergence d'un acte juridique normatif de portée obligatoire ayant donc une valeur égale à celle des textes conventionnels déjà existants. Son inconvénient réside dans le fait que l'accord n'a de valeur contraignante, selon les principes bien établis du droit international, que dans les relations entre les États qui y sont parties. Au contraire, à condition de choisir un cercle suffisamment large pour son élaboration (Assemblée générale des Nations Unies ou CNUDCI par exemple), un instrument non conventionnel, bien que seulement incitatif, a une portée plus large, puisqu'il s'adresse à la quasi-totalité des États membres de la communauté internationale.

b) *Convention nouvelle ou accord interprétatif?*

37. Si l'on souhaite s'orienter vers la voie conventionnelle, il convient de rappeler ici que la modification d'un traité international peut être réalisée par une autre procédure que celle de la révision classique, déjà envisagée plus haut, conformément aux dispositions du traité préexistant ou selon les règles de l'article 40 de la Convention de Vienne. Il a toujours été admis que des États pouvaient modifier un accord existant par un accord postérieur. Les effets d'un tel accord sont simples s'agissant de deux traités bilatéraux successifs ou encore dans l'hypothèse où toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur. La Convention de Vienne envisage en effet dans son article 59 l'hypothèse d'un accord postérieur contraire dans les termes suivants:

> "1. Un traité est considéré comme ayant pris fin lorsque toutes les parties à ce traité concluent ultérieurement un traité portant sur la même matière et:
>
> *a)* S'il ressort du traité postérieur ou s'il est par ailleurs établi que selon l'intention des parties la matière doit être régie par ce traité; ou
>
> *b)* Si les dispositions du traité postérieur sont incompatibles avec celles du traité antérieur à tel point qu'il est impossible d'appliquer les deux traités en même temps."

38. Dans le cas présent, il n'est évidemment pas question d'envisager un accord postérieur contraire, mais plutôt un simple accord modificatif qui ne concernerait que la définition des notions d'écrit, de signature, d'original et d'autres modes de preuve. La question de l'application de traités successifs portant sur la même matière est envisagée par la Convention de Vienne dans son article 30 (paragraphes 3 et 4) qui déclare que:

> "3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur.
>
> 4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur:
>
> *a)* Dans les relations entre les États parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3;
>
> *b)* Dans les relations entre un État partie aux deux traités et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques."

39. Ainsi, il est clairement possible d'envisager un accord unique qui porterait sur les définitions nouvelles des termes "signature", "écrit", "document" et qui viendrait en quelque sorte compléter les dispositions correspondantes de l'ensemble des conventions préexistantes. On peut envisager que cet accord

unique prévoie également qu'il entend lier les États parties dans l'application des textes de nature non conventionnelle concernant ces définitions.

40. Sans donner à cet instrument unique le caractère peut-être solennel d'une "révision" des textes antérieurs, on pourrait envisager la formule plus anodine d'un accord interprétatif, puisque, après tout, il s'agit, dans la plupart des cas, non pas d'aller à l'encontre de textes préexistants, mais, comme on l'a vu ci-dessus, dans certains cas, de préciser le sens de termes qui sont susceptibles d'une interprétation plus ou moins restrictive, dans d'autres de donner aux termes "signature", "écrit", "document" une signification que l'on n'avait clairement pas pu envisager à l'époque d'élaboration des instruments en cause. Il est constant que le juge international interprète les termes des conventions internationales à la lumière des évolutions qu'ont pu connaître ces notions compte tenu notamment de l'évolution technique[8]. Il s'agirait donc, par un accord international, de préciser l'interprétation "authentique", c'est-à-dire par les parties elles-mêmes, des dispositions des différents instruments qui les lient, quelle qu'en soit la nature juridique (traité international, droit dérivé, recommandation). Sous cette forme d'un simple accord interprétatif unique et commun à tous les textes internationaux, quelle que soit leur valeur juridique, l'objectif d'uniformisation pourrait, semble-t-il, être assez aisément atteint, sans que se pose de manière directe la question d'une véritable "modification" des textes existants, ce qui n'est d'ailleurs pas le but recherché, ni celle de la régularité de la procédure de révision. En outre, la qualification d'accord interprétatif serait de nature à parer à toute critique concernant le point de savoir si la procédure normale de révision des conventions aurait dû être suivie.

c) *Cadre d'élaboration d'un tel texte*

41. Dès lors que l'on s'orienterait vers un accord interprétatif plutôt que vers un véritable instrument de révision, le cadre de la CNUDCI paraît s'imposer aisément pour son élaboration, puisqu'il rentre précisément dans le mandat de celle-ci de "rechercher les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du commerce international"[9]. Une telle formule serait de nature à pouvoir éviter la question de la pertinence concurrente d'autres cercles (conférences des parties à des conventions préexistantes, organisations internationales, organisations non gouvernementales) dans lesquels ont été élaborés les différents textes recensés. Elle aurait en outre le mérite d'offrir une référence unique aux différents juges et arbitres. La procédure classique de l'adoption de l'accord par une conférence intergouvernementale ouverte à tous les États pourrait ensuite permettre la formalisation juridique de l'accord.

d) *Forme de l'accord interprétatif*

42. Du fait qu'un accord interprétatif est généralement considéré comme n'ayant pas pour objet de modifier le traité préexistant, mais simplement d'en préciser les termes afin d'éviter les difficultés de mise en œuvre par les particuliers ou par le juge, les États pourraient sans doute se satisfaire, sans trop de difficulté, de la formule de l'accord en forme simplifiée, qui est d'ailleurs très couramment pratiquée dans ce domaine. Le grand avantage de cette formule serait naturellement la simplicité et la rapidité de mise en application, puisque la simple signature des représentants des États serait suffisante. Elle pourrait intervenir dès l'achèvement de la mise au point de l'accord interprétatif et permettrait d'éviter les aléas et les lenteurs des procédures constitutionnelles internes accompagnant la ratification des traités, sans compter les effets de la carence fréquente des administrations nationales dans le suivi des procédures de ratification, due plus souvent à l'inertie qu'à une véritable opposition de fond.

43. Rien ne paraît s'opposer à cette solution. La signature est même le premier des modes d'expression du consentement à être cité par l'article 11 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui n'établit aucune hiérarchie ni aucune différenciation fondée sur ce critère entre les différents traités. La doctrine unanime considère qu'un accord en forme simplifiée n'est pas inférieur à un traité formel et qu'il n'existe pas de matière qui, par nature, pourrait être considérée au regard du droit international comme excluant le recours à l'accord en forme simplifiée[10]. L'exemple du GATT de 1947 en fournit une démonstration éclatante. En matière bilatérale, les accords interprétatifs en forme simplifiée sous forme d'échanges de lettres ou d'échanges de notes sont innombrables. S'ils sont moins courants dans les relations multilatérales, la formule ne paraît soulever aucun problème juridique sérieux, mais la forme de rédaction la plus adaptée serait sans doute celle de l'accord classique.

44. Si les États préfèrent habituellement s'en tenir à la procédure traditionnelle de conclusion des traités pour des instruments dont le contenu normatif est substantiel et touche à des matières qui, sur le plan constitutionnel interne, supposent un examen parlementaire parce qu'il en va du respect des compétences du parlement, on peut supposer que la situation est différente s'agissant d'un simple accord interprétatif qui n'a pas pour objet de modifier les obligations substantielles résultant des conventions internationales, mais simplement de préciser le sens de certains termes ou d'adapter des définitions à l'évolution des techniques.

45. Sur le plan du droit interne, sous réserve du respect des formes le plus souvent imposées pour la publication, le juge interne admet depuis longtemps en règle générale de considérer l'accord en forme simplifiée sur le même plan que l'accord en forme solennelle, et ce même dans des États dont la Constitution, comme la Constitution des États-Unis d'Amérique, ne prévoit pas expressément le pouvoir pour l'exécutif de signer de tels accords[11].

46. La formule de l'accord en forme simplifiée ne devrait donc normalement pas soulever de réticences particulières de la part des États s'agissant d'un accord interprétatif. Si, toutefois, des objections surgissaient de la part de certains d'entre eux en raison de particularités de leurs règles constitutionnelles internes, il serait parfaitement possible de prévoir un système mixte dans lequel les clauses finales de l'accord interprétatif entreraient en vigueur à

[8]Cf. par exemple, dans la jurisprudence récente de l'Organe d'Appel de l'OMC:

"L'expression "ressources naturelles épuisables" figurant à l'article XX *g* a, en fait, été façonnée il y a plus de 50 ans. Elle doit être analysée (…) à la lumière des préoccupations actuelles de la communauté des nations en matière de protection et de conservation de l'environnement. (…) Le contenu ou la référence de l'expression générique "ressources naturelles" employée dans l'article XX *g* ne sont pas "statiques" mais plutôt "par définition évolutifs". États-Unis. Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes. Rapport de l'Organe d'Appel, 12 octobre 1998, WT/DS 58/AB/R, par. 129 et 130.

[9]Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, section II, par. 8 (reproduite dans *l'Annuaire de la CNUDCI* 1968-1970, première partie, chap. II, sect. E).

[10]Cf. par exemple Daillier et Pellet, *Droit international public*, 6e édition, LGDJ, Paris 1999, n° 84; Combacau et Sur, *Droit international public*, 4e édition, Montchrestien, Paris 1999, p. 118; L. Wildhaber, *Executive agreements*, dans R. Bernhardt, éd., *Encyclopaedia of Public International Law*, volume II, 1995, p. 316.

[11]Voir, sur ce point, L. Wildhaber, op. cit. et la jurisprudence citée.

l'égard d'un État soit dès la signature, si l'État indique que sa signature a comme effet de l'engager, soit après notification au dépositaire du traité de l'accomplissement des formalités exigées par le droit interne de l'État concerné pour exprimer son consentement à être lié par l'accord. Le droit international public est en effet très souple à cet égard et des formules mixtes de ce genre ne sont pas exceptionnelles dans la pratique contemporaine.

3. Comment assurer l'universalisation du texte introduisant les définitions nouvelles?

47. Même si un accord interprétatif a un caractère moins solennel qu'un accord modificatif, et si, comme il a été suggéré plus haut, le recours à l'accord en forme simplifiée permettrait d'espérer d'emblée une large participation des États et une entrée en vigueur immédiate, il n'est pas douteux qu'il conserve une nature conventionnelle et que les principes de droit international relatifs au respect de la volonté des États, en particulier le principe de l'effet relatif des traités, s'appliquent en la matière. On ne peut donc exclure que certains États, pour des raisons diverses, ne signent pas d'emblée l'accord interprétatif ou considèrent que celui-ci appelle un examen complémentaire par les instances nationales. En ce cas, l'effet "omnibus" recherché par le recours à la formule de l'accord en forme simplifiée risque de ne pas être atteint. Or, il importe que le plus grand nombre d'États possible soit lié par l'accord interprétatif à la fois pour assurer le développement du commerce électronique sur un pied d'égalité avec le commerce traditionnel, mais également parce que, ainsi qu'on l'a vu, les cercles des États liés par les différents instruments à réviser sont extrêmement divers et que le but recherché est, par cet accord interprétatif unique, de toucher tous les instruments contenant les termes de "signature", "écrit", "document", quelle que soit la liste des États concernés par chacun de ces instruments.

a) *Intervention complémentaire de l'Assemblée générale de l'ONU*

48. Aussi apparaît-il souhaitable d'envisager d'essayer d'élargir la portée de l'accord interprétatif en s'appuyant sur l'effet universel des recommandations de l'Assemblée générale des Nations Unies. On pourrait envisager en effet qu'une résolution soit votée par l'Assemblée générale pour recommander à l'ensemble des membres de signer l'accord interprétatif. Le cas échéant, afin de rendre la résolution plus contraignante, on pourrait envisager un système classique de rapports afin d'obliger les États à indiquer les mesures prises par eux pour signer l'accord interprétatif. Il serait également possible d'envisager que la CNUCED apporte son soutien à la signature par les États en voie de développement de l'accord interprétatif par le vote d'une résolution parallèle.

b) *Coopération avec d'autres organisations internationales*

49. Si les travaux de la CNUDCI concernant les modes de preuve utilisables dans le commerce électronique ont déjà atteint un stade juridique concret avec l'adoption de la Loi type, d'autres organisations internationales se sont penchées sur les perspectives ouvertes par le commerce électronique dans la perspective de la libéralisation des échanges, en particulier l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), qui a adopté un plan d'action (lors de la conférence ministérielle qui s'est tenue à Ottawa en 1998 sur le thème "Un monde sans frontières: concrétiser le potentiel du commerce électronique mondial"), et l'OMC, qui (à la suite de la Déclaration ministérielle de 1998 sur le commerce électronique mondial) a lancé un programme de travail piloté conjointement par les Conseils du commerce des marchandises, de la propriété intellectuelle, du commerce des services, ainsi que par le Comité du commerce et du développement. Les travaux de ces deux organisations marquent le souhait de coopérer avec d'autres organisations internationales. On pourrait donc imaginer que l'OCDE et surtout l'OMC apportent leur concours pour encourager les États à signer l'accord interprétatif.

50. Le concours de l'OACI pour les instruments qui la concernent et de l'IATA devrait également être recherché.

4. L'articulation de la révision envisagée avec le droit de l'OMC

51. L'idée que l'inadaptation aux caractéristiques du commerce électronique des définitions des termes "signature", "écrit", "document" puisse constituer un obstacle au développement de ce type de commerce et le mettre en situation d'infériorité avec le commerce classique a été, comme on l'a vu plus haut, mise en avant dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies. Cependant, ainsi qu'on l'a indiqué plus haut, la contrariété de cette distorsion avec le droit de l'OMC n'est pas d'une évidence aveuglante. En effet, la préoccupation du droit de l'OMC est avant tout d'éviter les discriminations dans le traitement du commerce des différents États membres. En revanche, la distinction entre le commerce traditionnel et le commerce électronique n'entre pas dans le champ de ces discriminations. On chercherait en vain dans l'Accord général sur le commerce des services ou dans l'Accord sur les obstacles techniques au commerce des dispositions répondant à cette préoccupation. De même, on ne peut pas véritablement considérer que l'insuffisance des définitions relatives à la preuve constitue un ensemble de formalités administratives. Pourtant, il n'est pas douteux que les freins qui peuvent apparaître dans ce domaine constituent des obstacles au développement d'une certaine forme de commerce international. Aussi, il ne serait sans doute pas difficile de convaincre le Conseil général de l'OMC de prendre position sur ce point par une recommandation et d'encourager l'adoption de définitions des termes "signature", "écrit", "document" qui soient compatibles avec le développement du commerce électronique. Cet appui serait particulièrement utile compte tenu de la composition large de l'OMC et de son rôle pédagogique en matière de commerce international auprès des États membres en voie de développement.

III. CONCLUSIONS

52. En conclusion, il apparaît que la technique la plus efficiente pour parvenir à une actualisation des définitions contenues dans tous les textes divers recensés par l'étude menée par le CEFACT, dans des conditions de rapidité et de diffusion optimales, consisterait à conclure, à l'initiative de la CNUDCI, un accord interprétatif en forme simplifiée ayant vocation à préciser et compléter les définitions des termes "signature", "écrit", "document" dans tous les instruments internationaux existants ou à venir, quelle que soit leur nature juridique. L'efficacité de cet accord et sa diffusion la plus large pourraient être encouragées par une résolution de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, ainsi que par des recommandations émanant notamment de l'OCDE et du Conseil général de l'OMC.

14 décembre 2000

Geneviève BURDEAU
Professeur à l'université de Paris I-Panthéon Sorbonne
Associée de l'Institut de droit international
Secrétaire général de l'Académie de droit international de La Haye

F. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session: travaux futurs envisageables sur le commerce électronique: transfert de droits sur les biens corporels et autres droits: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.90) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Pages*
INTRODUCTION	1-5	301
I. TRANSFERT ET CRÉATION DE DROITS DANS UN ENVIRONNEMENT PAPIER	6-26	301
A. Observations générales	7	302
B. Transfert de droits sur des biens corporels et d'autres droits	8-18	302
1. Transfert par consentement	11-12	302
2. Transfert par enregistrement	13-14	302
3. Transfert par livraison	15-16	303
4. Transfert par livraison symbolique	17-18	303
C. Sûretés sur des biens corporels et sur des biens incorporels	19-26	303
1. Perfection par possession	22-23	304
2. Perfection par enregistrement	24-25	304
3. Autres méthodes	26	304
II. TRANSFERT OU CRÉATION DE DROITS PAR DES MOYENS DE COMMUNICATION ÉLECTRONIQUES	27-94	304
A. Obstacles juridiques généraux	27-37	304
1. Écrit, signature et original	28-30	305
2. Fonctions d'enregistrement: autorité, responsabilité et respect de la vie privée	31-32	305
3. Respect des conditions légales relatives à la livraison et à la livraison symbolique	33-34	305
4. Questions particulières concernant les documents formant titre et les titres négociables	35-37	305
B. Initiatives internationales concernant le transfert de droits par des moyens électroniques	38-94	306
1. Enregistrement électronique des transactions immobilières	39-44	306
2. Titres dématérialisés	45-60	307
3. Récépissés d'entrepôt électroniques	61-74	310
4. Équivalents électroniques des connaissements: le projet Bolero et d'autres initiatives	75-86	311
5. Tentatives d'élaboration d'un équivalent électronique des titres négociables: la loi uniforme des États-Unis sur les transactions électroniques	87-94	313
CONCLUSIONS	95-106	315

INTRODUCTION

1. C'est à la vingt-septième session de la CNUDCI, en 1994[1], qu'a été évoquée pour la première fois la possibilité d'entreprendre des travaux sur la négociabilité et la cessibilité des droits sur des marchandises dans un environnement électronique. La Commission a examiné cette question de nouveau à sa vingt-huitième session, en 1995, lorsqu'elle a adopté le texte des articles 1er et 3 à 11 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[2]. Elle a alors prié le secrétariat d'élaborer une étude générale sur la négociabilité et la cessibilité des documents de transport EDI, l'accent étant mis en particulier sur les documents de transport maritime EDI, compte tenu des avis exprimés et des suggestions faites lors de la vingt-neuvième session du Groupe de travail concernant la portée des travaux futurs et des questions qui pourraient être étudiées[3].

2. Conformément aux directives données par le Groupe de travail, le secrétariat a axé l'étude (A/CN.9/WG.IV/WP.69) qu'il a réalisée ultérieurement sur les connaissements transférables dans un environnement électronique. Se fondant sur cette étude, le Groupe de travail a examiné les questions pertinentes à sa trentième session et a approuvé le texte de projets de dispositions législatives types visant à reconnaître la transmission de messages de données comme équivalent fonctionnel des principaux actes entrepris au titre d'un contrat de transport de marchandises, tels que l'émission d'un reçu des marchandises, la communication d'instructions à un transporteur, la demande de livraison des marchandises, le transfert ou la négociation des droits sur les marchandises (pour le rapport sur les travaux de cette session, voir le document A/CN.9/421). La Commission a adopté ces projets de dispositions à sa vingt-neuvième session, en 1996, en tant qu'articles 16 et 17 du texte final de la Loi type.

3. La possibilité de travaux sur la négociabilité et la cessibilité de droits sur des marchandises dans un environnement électronique allant au-delà des dispositions pertinentes de la Loi type a été de nouveau évoquée aux trente-deuxième et trente-troisième sessions de la Commission, en 1999 et 2000. À la trente-deuxième session, il a été proposé qu'après achèvement des règles uniformes sur les signatures électroniques (comme était alors appelé le projet d'instrument) la Commission et le Groupe de travail envisagent d'entreprendre des travaux, notamment sur le "transfert électronique de droits sur des biens corporels" et le "transfert électronique de droits incorporels[4]". À la trente-troisième session, il a été proposé d'envisager la possibilité d'entreprendre des travaux sur la "dématérialisation des titres représentatifs, en particulier dans l'industrie des transports". Il a aussi été proposé d'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 titres dématérialisés. On a fait observer qu'il faudrait également suivre les travaux d'autres organisations internationales dans ces domaines[5].

4. À l'issue du débat, la Commission, à sa trente-troisième session, a accueilli favorablement la proposition tendant à entreprendre des études sur ce sujet parmi ceux alors proposés[6]. Bien qu'aucune décision sur l'ampleur des travaux envisageables n'ait pu être prise avant que le Groupe de travail sur le commerce électronique ait examiné la question, les membres de la Commission étaient généralement convenus que, lorsqu'il aurait terminé ses travaux 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 le commerce électronique, examiner une partie ou la totalité des sujets susmentionnés, ainsi que d'autres éventuellement, 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.

5. La présente note contient une étude préliminaire des questions juridiques liées à l'utilisation de moyens de communication électroniques pour le transfert ou la création de droits sur des biens corporels et d'autres droits. Une attention particulière y est accordée aux substituts électroniques des documents formant titre sur papier et à d'autres formes d'instruments dématérialisés qui représentent ou qui incorporent des droits sur des biens corporels ou des droits incorporels.

CHAPITRE PREMIER. TRANSFERT ET CRÉATION DE DROITS DANS UN ENVIRONNEMENT PAPIER

6. Conformément à l'approche adoptée pour l'élaboration de la Loi type, le Groupe de travail pourrait souhaiter envisager les questions liées au transfert et à la création de droits sur des biens corporels et d'autres droits en adoptant une démarche fonctionnelle. Pour déterminer si, et dans quelles conditions, il est possible d'utiliser des moyens de communication électroniques pour transférer et créer effectivement de tels droits, la présente section expose les principales méthodes de transfert des droits sur des biens corporels et d'autres droits dans un environnement papier. Elle traite uniquement du transfert volontaire de droits et non du transfert légal de droits de propriété ou autres droits (par exemple par succession ou confiscation). Les informations données portent essentiellement sur les principales méthodes utilisées pour créer et transférer des droits sur des biens corporels et d'autres droits, l'objet n'étant pas de passer en revue toutes les méthodes employées dans les divers systèmes juridiques.

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), par. 201.

[2] Ibid., *cinquantième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 307.

[3] Ibid., par. 309.

[4] Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 317.

[5] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 386.

[6] Ibid., par. 387.

A. *Observations générales*

7. Dans la présente note, l'expression "droits sur des biens corporels" désigne des droits réels ou des sûretés sur des biens meubles corporels, y compris en particulier des produits de base et des produits manufacturés, autres que l'argent avec lequel le prix (en cas de contrat de vente) doit être payé. L'expression "autres droits" renvoie à des biens incorporels (autres que des droits réels sur des biens corporels ou des droits de propriété intellectuelle), qui ont une valeur économique les rendant négociables dans le cadre d'une activité commerciale, en particulier les créances commerciales ou financières, les titres de placement et autres titres. La section B examine brièvement les méthodes de transfert de droits sur des biens corporels et d'autres droits. La section C traite des méthodes de constitution de sûretés sur des biens corporels ou incorporels.

B. *Transfert de droits sur des biens corporels et d'autres droits*

8. Le transfert de droits réels sur des biens corporels peut avoir divers objectifs en fonction de la nature de la transaction entre les parties. Le transfert de propriété est généralement la manière dont un débiteur exécute une obligation contractuelle, comme dans le cas de la livraison de marchandises au titre d'un contrat de vente. Toutefois, un transfert de propriété peut avoir d'autres fonctions, par exemple lorsque le créancier accepte le bien transféré pour remplacer l'exécution de l'obligation originale du débiteur. Il en va de même pour la cession d'autres droits, tels que des créances commerciales ou des titres de placement.

9. Aux fins de la présente section, on peut donc établir une distinction entre: *a)* l'acte de transfert d'un droit; et *b)* le contrat ou la transaction d'où découle l'obligation pour le débiteur de transférer ce droit. Dans chaque cas, il peut exister des conditions particulières, de forme comme de fond, concernant la validité et l'effet juridique. On s'intéressera uniquement ici aux méthodes générales de transfert ou de cession de droits et aux conditions à respecter pour en assurer la validité et l'efficacité juridiques, et non aux conditions de validité ou d'efficacité des divers contrats et transactions d'où découle le transfert ou la cession des droits.

10. Les méthodes de transfert de droits réels sur des biens corporels se fondent généralement sur deux notions juridiques, à savoir le principe du consentement[7] et le principe de la livraison[8]. Il en existe d'autres comme l'enregistrement et la livraison symbolique. Bien que ces dernières soient généralement considérées comme des variantes conceptuelles soit du principe de consentement, soit du principe de la livraison, elles sont présentées séparément ci-après pour plus de clarté.

1. Transfert par consentement

11. En vertu du principe du consentement, la propriété passe du transférant au bénéficiaire par le biais d'un contrat conclu entre eux impliquant ce transfert de propriété[9]. Dans les systèmes juridiques qui appliquent ce principe, il suffit, pour qu'il y ait transfert de propriété en vertu d'un contrat de vente valablement conclu, que les parties se soient accordées sur la vente des marchandises et qu'elles aient le statut d'acheteur et de vendeur. Toutefois, certains systèmes juridiques accordent une importance particulière à l'intention desdites parties[10]. Ils exigent une preuve claire de leur accord quant au transfert de propriété au bénéficiaire, accord qui peut être exprimé dans le contrat sous-jacent (tel qu'un contrat de vente), mais qui doit être considéré comme un élément séparé. L'accord peut même exister en l'absence d'un contrat de vente. Toutefois, dans plusieurs de ces systèmes juridiques, les transferts de propriété en général, ou dans le cas de certains biens, tout en étant valides et en produisant leurs effets entre le transférant et le bénéficiaire, peuvent ne pas être opposables à des tiers avant enregistrement (voir par. 13 et 14), ou avant livraison effective des biens au bénéficiaire (voir par. 15 et 16).

12. Dans de nombreux systèmes juridiques, le consentement des parties est suffisant, non seulement pour le transfert de biens corporels, mais aussi pour celui d'autres biens (incorporels). Toutefois, il existe souvent des règles particulières pour la cession de créances[11]. En effet, si une cession peut être valide et contraignante pour le cédant et le cessionnaire, elle n'a pas d'effet sur le débiteur, sauf si ce dernier en a eu connaissance. À cet égard, les systèmes juridiques diffèrent sur le point de savoir si la cession doit être notifiée au débiteur ou si tout autre acte a pour conséquence de lui faire prendre connaissance de la cession.

2. Transfert par enregistrement

13. Le principe de l'enregistrement, qui suppose l'accord des parties et l'enregistrement par un organisme légale-

[7]Le transfert par consentement est la méthode qui prévaut dans les systèmes juridiques de *common law* et, parmi les pays de droit romain, dans ceux qui ont été influencés par le droit français (pour une comparaison générale des méthodes de transfert des biens mobiliers, voir Rodolfo Sacco, "Le transfert de la propriété des choses mobilières déterminées par acte entre vifs", *Rapports généraux au dixième Congrès international de droit comparé*, Péteri et Lamm, éd. (Budapest, Akadémiai Kiadó, 1981), p. 247 à 268; voir également Ulrich Drobnig, "Transfer of Property", *Towards a European Civil Code*, Hartkamp *et al.,* éd., 2e édition (La Haye, Londres, Boston, Kluwer, 1998), p. 495 à 510; on peut également trouver des informations sur divers systèmes juridiques dans *Transfer of Ownership in International Trade,* Alexander von Ziegler *et al.,* éd., (Paris/New York, Kluwer, 1999).

[8]Le transfert par livraison est la norme dans les pays de droit romain qui appliquent la distinction propre à ce droit entre le titre (*titulus*) et le mode (*modus*) de transfert, comme la plupart des systèmes juridiques ibéro-américains ainsi que dans les pays influencés par le droit germanique ou dans les codes inspirés du code civil allemand.

[9]Par exemple, France (Code civil, art. 1138, 1583 et 938); Italie (Codice Civile, art. 1376), Japon (Code civil, art. 176).

[10]Cela est particulièrement le cas dans les pays de *common law* tels que l'Australie (Alexander von Ziegler, op. cit., p. 12), les provinces du Canada appliquant la *common law* (ibid., p. 83) et l'Angleterre (ibid., p. 135).

[11]Aspects juridiques du financement par cession de créance: Rapport du Secrétaire général (A/CN.9/397, par. 30 (*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, volume XXV, 1994 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.20), deuxième partie, chap. V, sect. A).

ment habilité à y procéder, est lui aussi fondé sur le consentement[12]. Le transfert est considéré comme accompli après inscription de la transaction au registre. L'enregistrement vise à assurer la sécurité juridique notamment lorsque la propriété ne peut être immédiatement déduite de la transmission matérielle de possession (par exemple dans le cas des biens immobiliers). Dans certains pays, le consentement des parties (qui doit être complété dans certains cas par la livraison effective des biens) peut être suffisant aux fins du transfert de propriété entre elles, mais un enregistrement peut être requis pour que le transfert produise ses effets à l'égard des tiers.

14. Un transfert par enregistrement est parfois nécessaire pour certains types de biens incorporels. Dans le cas d'actions ou d'autres valeurs mobilières émises par une société, par exemple, il peut être nécessaire d'entrer des informations appropriées dans les livres comptables, du moins pour que le transfert produise ses effets à l'égard de la société ou des tiers. Certains pays ont mis en place un système d'enregistrement d'informations sur les cessions de créances commerciales afin d'établir la preuve du droit sur ces dernières, de notifier la cession aux tiers intéressés ou de déterminer les priorités[13].

3. Transfert par livraison

15. Le principe de la livraison est également fondé sur le consentement auquel s'ajoute cependant la livraison matérielle de la chose au bénéficiaire[14]. Les États ont des conceptions différentes de la relation entre le consentement sous-jacent exprimé dans le contrat et un second consentement pour le transfert de la chose elle-même ("accord réel"), qui s'exprime par la livraison. Lorsque c'est le premier consentement qui constitue le fondement du transfert par livraison, la validité de ce transfert dépend de la validité du contrat lui-même[15]. En revanche, un "accord réel" indépendant de transférer n'est pas affecté par le contrat, la validité du transfert étant dans ce cas déterminée de manière indépendante (doctrine de l'abstraction)[16].

16. Le transfert par livraison est la norme pour le transfert effectif de certains types de biens incorporels. Les titres négociables, tels que les lettres de change et les billets à ordre, sont généralement négociés par tradition, volontaire ou involontaire, du titre par une personne autre que l'émetteur à une personne qui en devient ainsi le détenteur. Sauf en cas de négociation par un remettant, si un titre est payable à une personne déterminée, la négociation suppose sa tradition et son endossement par le transférant. Si un titre est payable au porteur, il peut être négocié par tradition uniquement. L'article 13 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux applique ce principe en disposant qu'un effet est transmis par endossement et remis par l'endosseur à l'endossataire; ou par simple remise si le dernier endossement est en blanc. On retrouve le même principe dans les articles 11 et 16 de l'annexe I de la Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre (Genève, 7 juin 1930)[17].

4. Transfert par livraison symbolique

17. Même dans les pays qui se fondent sur le principe de la livraison, la livraison matérielle de la chose n'est pas toujours nécessaire. Le transférant ou un de ses agents peut en conserver la possession, lorsque les parties conviennent d'une relation juridique dans laquelle la possession indirecte est transférée au bénéficiaire[18]. On peut également considérer que les droits réels sur la chose ont été transférés lorsque le bénéficiaire a reçu les moyens d'exercer un contrôle sur cette chose ou de le revendiquer. On citera à titre d'exemple la remise au bénéficiaire des clefs d'un entrepôt où les marchandises sont entreposées ou des documents (tel qu'un connaissement ou un récépissé d'entrepôt) nécessaires pour demander livraison des marchandises à un dépositaire qui les détient à l'ordre du détenteur.

18. Le transfert de propriété par livraison symbolique est normalement une exception à l'exigence générale de livraison matérielle de la chose. En conséquence, pour qu'il y ait transfert de propriété, aucun acte des parties ne peut remplacer la livraison non effectuée, sauf pour les actes symboliques auxquels la loi attribue la même fonction. En d'autres termes, les parties ne sont normalement pas libres de créer des modes de transfert autres que ceux qui sont prévus par la loi.

C. *Sûretés sur des biens corporels et sur des biens incorporels*

19. On trouvera dans la présente section une brève description des principales méthodes de constitution et de perfection des sûretés[19]. À cette fin, il est important d'établir une distinction entre les conditions de fond à remplir, le cas échéant, pour qu'une convention constitutive de sûreté soit contraignante entre les parties et les conditions à remplir pour que le créancier titulaire d'une sûreté puisse l'opposer à des tiers.

---

[12]Par exemple, en Allemagne (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), par. 873, sect. 1) pour les biens immobiliers.

[13]A/CN.9/397 (voir note 8), par. 30.

[14]Par exemple, Afrique du Sud (Alexander von Ziegler, op. cit. p. 330), Allemagne (BGB, § 929, sect. 1), Autriche (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), par. 426), Espagne (Código Civil, art. 609), Fédération de Russie (Code civil, art. 223, sect. 1), Grèce (Code civil, art. 1034), Pays-Bas (nouveau Code civil néerlandais, livre 3, art. 3:84, par. 1), Suisse (Code civil, art. 714, sect. 1).

[15]Pays-Bas.

[16]Allemagne.

[17]Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CXLIII, p. 258, n° 3313 (1933-1934).

[18]Par exemple, Autriche (ABGB, § 427), Allemagne (BGB, § 930).

[19]Les renseignements fournis dans cette section sont tirés des conclusions d'une étude antérieure du secrétariat sur les sûretés (A/CN.9/131, *Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, volume VIII, 1977 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.78.V.7), deuxième partie, chap. II, sect. A) et sur une note antérieure du secrétariat sur le livre 9 du Code de commerce uniforme des États-Unis d'Amérique (ibid., deuxième partie, chap. II, sect. B. Bien que certains détails donnés dans ces documents aient perdu de leur actualité, l'examen qu'a effectué le secrétariat pour établir la présente note permet de conclure que les principes et les notions de base qui y sont énoncés demeurent valables.

20. Sauf dans quelques pays qui n'imposent aucune condition de forme pour les sûretés ou tout au moins pour certaines d'entre elles, telles que les sûretés afférentes aux prix d'achat, les conventions constitutives de sûreté sont soumises le plus souvent à certaines conditions de forme et doivent être normalement rédigées par écrit[20]. Dans certains systèmes juridiques, la convention peut être orale si la partie titulaire de la sûreté est en possession du bien donné en garantie. Lorsque la convention de sûreté doit être écrite, la loi applicable peut prévoir des formalités supplémentaires qui ont essentiellement trait à la forme du contrat mais parfois aussi à ses clauses. Dans la plupart des cas, il n'existe pas de condition de forme unique pour les divers types de sûreté, et la loi prévoit différents niveaux de formalité, en fonction du montant de la créance assortie d'une sûreté ou de la nature du bien donné en garantie.

21. Dans la plupart des systèmes juridiques, un contrat formel, quoique nécessaire, n'est pas suffisant; il doit être complété par d'autres moyens de publicité. Si la partie titulaire d'une sûreté se contente de conclure une convention avec le débiteur, la sûreté n'est pas parfaite. Une sûreté non parfaite peut être complètement valable et opposable au débiteur, mais il se peut qu'elle ne produise pas ses effets à l'égard des tiers ou qu'elle soit subordonnée aux droits de certains d'entre eux, tels que le syndic de faillite ou les créanciers du débiteur. Les façons de rendre une sûreté parfaite dépendent généralement de la nature du bien donné en garantie et de la transaction sous-jacente.

1. Perfection par possession

22. Le transfert de possession était autrefois (et demeure dans certains systèmes juridiques) la principale méthode de perfection des sûretés sur des biens corporels. La partie titulaire de la sûreté a normalement possession à partir du moment où elle-même ou un tiers agissant pour son compte détient matériellement le bien donné en garantie. La perfection par possession remplit deux fonctions importantes. Premièrement, la possession par le créancier nanti vaut notification aux tiers du fait que le créancier a une sûreté sur les biens qui sont en sa possession. En second lieu, du fait que deux personnes ne peuvent posséder matériellement les mêmes biens en même temps, la perfection par possession permet d'éviter la création de sûretés conflictuelles sur les mêmes biens, ce qui garantit l'unicité de la sûreté du créancier.

23. La perfection par possession limite toutefois considérablement la capacité du débiteur d'échanger les biens grevés. C'est pourquoi, dans de nombreux systèmes juridiques, elle est de plus en plus souvent remplacée par d'autres méthodes et a perdu beaucoup de son importance commerciale. Cependant, même dans ces systèmes, le transfert de possession demeure essentiel pour la constitution d'une sûreté dans le cas des titres négociables, des connaissements, des récépissés d'entrepôts ou d'autres documents formant titre. Dans chaque cas, la possession d'un document papier crée une sûreté sur la créance, sur les droits ou sur les biens représentés par ce document.

2. Perfection par enregistrement

24. On peut également rendre une sûreté parfaite en l'enregistrant. De manière générale, une convention constitutive de sûreté qui remplit par ailleurs les conditions requises a pour effet de donner naissance à une relation juridique entre les parties contractantes, même avant l'enregistrement. Toutefois, cet enregistrement, lorsqu'il est nécessaire, est normalement une condition préalable à l'efficacité d'une sûreté à l'égard des tiers[21].

25. Une étude réalisée récemment par le secrétariat indique que "la plupart des nouvelles législations admettent, à un niveau quelconque, l'idée d'un enregistrement des sûretés sans dépossession en tant que mesure de publicité" (A/CN.9/475, par. 38). L'une des raisons de cette préférence est que l'enregistrement facilite les recherches des tiers. Il permet également d'éviter que le créancier n'ait des doutes quant au lieu d'enregistrement approprié et qu'un nouveau dossier ne doive être déposé en cas de changement de domicile du débiteur ou du lieu où sont situés les biens.

3. Autres méthodes

26. Les formalités autres qu'un contrat ou un enregistrement prennent généralement la forme d'un marquage des biens grevés ou de la publicité de la sûreté. L'inscription du nom du créancier nanti sur les biens grevés est prescrite pour certains biens dans certains pays soit en sus, soit en lieu et place de l'enregistrement; il est rare que ce soit l'unique méthode de publicité. Le marquage des biens grevés vise, à peu près de la même manière que l'enregistrement, à avertir les tiers de l'existence de sûretés; il peut également aider à empêcher que le débiteur ne dispose des biens sans y être autorisé. Dans certains pays, des systèmes privés de collecte et de publication d'informations sur les sûretés semblent, en fait, combiner l'enregistrement et la publicité. L'enregistrement des sûretés est en effet publié dans des revues professionnelles privées. La publicité des sûretés peut servir de base à des registres privés tenus par des organismes de crédit.

CHAPITRE II. TRANSFERT OU CRÉATION DE DROITS PAR DES MOYENS DE COMMUNICATION ÉLECTRONIQUES

A. *Obstacles juridiques généraux*

27. Des obstacles juridiques au transfert électronique de droits de propriété sur des biens corporels et de droits sur des biens incorporels ou à la constitution de sûretés sur l'un ou l'autre type de biens peuvent résulter de conditions de forme concernant la validité, l'efficacité ou la preuve des conventions visant à transférer ou à créer les droits en question. D'autres obstacles peuvent être liés aux difficultés d'établissement d'une équivalence fonctionnelle entre la méthode de transfert ou de création dans un environnement papier et dans un environnement électronique.

[20] A/CN.9/131 (*Annuaire de la CNUDCI*, 1977), p. 200.

[21] Ibid., p. 182.

1. Écrit, signature et original

28. Toutes les méthodes de transfert de droits de propriété ou de constitution de sûretés sur des biens corporels comme sur des biens incorporels présupposent tout au moins l'accord des parties. Cet accord peut être soumis à des conditions de forme particulières soit comme préalable à la validité du transfert en vertu du droit matériel, soit en application des règles de la preuve applicables. Les conditions de forme peuvent aller d'un écrit signé par les parties (le document pouvant, dans certains pays, être signé par apposition d'un cachet ou par un moyen mécanique aussi bien qu'à la main) à un acte authentique établi par un officier public, en passant par la présence d'un certain nombre de témoins ou l'authentification des signatures par un officier public. Dans certains systèmes juridiques, une formule de contrat réglementaire est requise.

29. Le remplacement des méthodes fondées sur le papier pour le transfert des droits sur des biens corporels, le transfert de biens incorporels ou la constitution de sûretés sur des biens corporels ou incorporels par des équivalents électroniques présuppose donc le règlement des problèmes juridiques suivants: satisfaction des exigences en matière d'écrit et de signature; valeur probante des communications électroniques; et détermination du lieu de la formation du contrat.

30. Parmi ces problèmes, ceux qui résultent de l'existence de conditions quant à l'écrit et à la signature et de la force probante des communications électroniques ont déjà été réglés dans les articles 5 et 10 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Les questions ayant trait à la formation du contrat dans un environnement électronique sont réglées dans les articles 11 à 15 de ladite loi et celles qui concernent l'utilisation de moyens électroniques d'identification pour satisfaire aux conditions concernant la signature ont été traitées dans son article 7 ainsi que dans le projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, qui devrait être adoptée par la Commission à sa trente-quatrième session en 2001.

2. Fonctions d'enregistrement: autorité, responsabilité et respect de la vie privée

31. Outre des problèmes généraux tels que ceux qui viennent d'être évoqués, la création d'équivalents électroniques des systèmes d'enregistrement sur papier soulève un certain nombre de problèmes particuliers. On citera notamment le respect des conditions légales en matière d'enregistrement, l'adéquation des méthodes de certification et d'authentification, la nécessité éventuelle d'une habilitation législative spécifique pour la gestion des systèmes d'enregistrement électronique, l'attribution des responsabilités en cas de messages erronés, d'interruption des communications ou de défaillances du système, l'incorporation des conditions générales et la protection de la vie privée.

32. Les obstacles juridiques pouvant découler des conditions légales en matière d'enregistrement peuvent être surmontés par des lois mettant en œuvre les principes énoncés aux articles 8 et 10 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui traite de l'incorporation des conditions dans son article 5 *bis*. En revanche, la Loi type n'aborde pas d'autres questions ayant spécifiquement trait au fonctionnement des systèmes d'enregistrement électronique.

3. Respect des conditions légales relatives à la livraison et à la livraison symbolique

33. Lorsque la loi exige la livraison matérielle des biens pour qu'il y ait transfert de propriété ou perfection des sûretés sur ces biens, un simple échange de messages électroniques entre les parties ne serait pas suffisant, même si l'intention des parties de transférer la propriété ou d'assurer la perfection de la sûreté était évidente. En conséquence, même dans les pays où la loi reconnaît la valeur juridique et l'efficacité des messages ou des enregistrements électroniques, ceux-ci ne peuvent suffire en eux-mêmes à transférer effectivement la propriété ou à rendre une sûreté parfaite sans une modification de la loi régissant le transfert de propriété ou la perfection des sûretés.

34. Les perspectives de développement des équivalents électroniques des actes de transfert ou de perfection pourraient être meilleures dans les pays qui, dans leur législation, ont éliminé, en partie tout au moins, l'obligation stricte de livraison matérielle, par exemple en attribuant à certains actes symboliques le même effet que la livraison matérielle de certains biens. Il en va ainsi lorsque la loi présume que le bénéficiaire ou le créancier titulaire d'une sûreté a la possession des biens transférés ou grevés en vertu d'un acte des parties qui donne au bénéficiaire les moyens de revendiquer le contrôle des biens. On peut concevoir que la loi attribue le même effet à l'inscription de la convention de transfert dans un registre administré par un tiers de confiance ou à une reconnaissance envoyée par la partie ayant la possession matérielle des biens et indiquant que ceux-ci sont détenus à ordre du bénéficiaire ou du créancier titulaire d'une sûreté.

4. Questions particulières concernant les documents formant titre et les titres négociables

35. Comme indiqué dans une étude antérieure du secrétariat[22], ce n'est pas parce que l'on résout les problèmes de l'écrit et de la signature dans un contexte électronique que l'on résout du même coup la question de la négociabilité, dont on a dit qu'elle constituait "peut-être l'aspect le plus difficile" de l'application de l'EDI dans les pratiques commerciales internationales[23]. Les droits sur des biens représentés par des documents formant titre sont normalement soumis à la possession matérielle d'un document papier original (connaissement, récépissé d'entrepôt ou autre document analogue). Selon les analyses du fondement juridique de la négociabilité des documents formant titre, des parties commerciales n'ont généralement à leur disposition aucun moyen légal de transférer valablement

[22] A/CN.9/WG.IV/WP.69 (*Annuaire de la CNUDCI*: 1996, deuxième partie, chap. II, sect. B.

[23] Voir Jeffrey B. Ritter et Judith Y. Gliniecki, "International Electronic Commerce and Administrative Law: The Need for Harmonized National Reforms", *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 6 (1993), p. 279.

des droits par un échange de messages électroniques de la même manière qu'elles peuvent le faire avec des documents sur papier[24]. Cette conclusion vaut aussi, pour l'essentiel, pour les droits représentés par des titres négociables. En outre, "le régime juridique des titres négociables ... est par essence fondé sur la technique de *l'original papier tangible*, pouvant être immédiatement vérifié visuellement. En l'état actuel de la législation, la négociabilité ne peut être séparée de la possession matérielle du titre original sur papier[25]".

36. On a donc dit que l'un des défis à relever pour intégrer dans le droit les documents formant titre transmis électroniquement était "de créer ces derniers de manière que leurs détenteurs qui invoquent leur acquisition en vertu d'un transfert régulier aient l'assurance qu'il existe bien un document formant titre, que celui-ci est formellement parfait, que la signature, ou un substitut quelconque, est authentique, que le titre est négociable et qu'il existe un moyen de prendre possession du document électronique équivalent en droit à sa possession matérielle[26]".

37. Pour avoir des équivalents électroniques des documents formant titre et des titres négociables, il faudrait donc mettre au point des systèmes grâce auxquels les transactions pourraient être effectivement réalisées à l'aide de moyens électroniques de communication. On pourrait concevoir par exemple un système de registres, dans lequel les transactions seraient enregistrées et gérées par une autorité centrale, ou par un procédé technique fondé sur la cryptographie, qui assurerait l'unicité du message de données envoyé. Dans le cas de transactions pour lesquelles on avait utilisé des documents transférables ou quasi négociables pour transférer des droits devant être exclusifs, il faudrait que le registre ou le procédé technique offre une garantie raisonnable quant à l'unicité et à l'authenticité des données transmises.

B. *Initiatives internationales concernant le transfert de droits par des moyens électroniques*

38. Les paragraphes qui suivent donnent un aperçu général des initiatives prises récemment pour assurer le transfert de droits de propriété et d'autres droits par des moyens électroniques. Ils en retiennent quelques-unes seulement, l'objectif n'étant pas de rendre compte de toutes les tentatives présentes ou passées de création de moyens électroniques de transfert des droits.

1. Enregistrement électronique des transactions immobilières

39. Un des principaux avantages des fichiers et des communications électroniques est la possibilité de réduire le stockage matériel des actes relatifs aux transactions, d'accélérer la conclusion de ces transactions et de faciliter la recherche des documents formant titre. Même si la présente note n'a pas pour objet les transactions immobilières, les informations données permettent de voir comment on peut utiliser des systèmes d'enregistrement électronique pour transférer des droits de propriété.

40. Au Canada, la loi portant réforme de l'enregistrement immobilier de 1990 (Ontario) a permis d'automatiser le régime de l'enregistrement foncier dans la province de l'Ontario. Le système s'inspire des bases de données antérieurement créées dans le cadre du système informatisé d'enregistrement foncier de la province de l'Ontario (POLARIS). POLARIS avait établi un régime d'enregistrement électronique sans papier et permis d'accéder à distance au système pour y obtenir, y inscrire ou y modifier des informations. Dans le nouveau système, les documents seront rédigés, approuvés, échangés et enregistrés électroniquement. L'accès à distance, entre autres services, est fourni par la société Teranet Land Information Services, Inc., partenariat avec le Ministère de la consommation et du commerce de l'Ontario et un consortium d'entreprises privées.

41. Tout utilisateur de système doit obtenir de Teranet une disquette personnalisée contenant son mot de passe chiffré. Les deux doivent être utilisés conjointement pour accéder au système. Chaque utilisateur doit être enregistré auprès de l'entité qui gère le registre central et doit être autorisé à accéder au système sous un numéro de compte attribuable à un cabinet juridique ou à un avocat indépendant. La sécurité est assurée par une piste de vérification de toutes les opérations et de la partie (identifiée par son mot de passe) qui les a effectuées. Le système offre essentiellement quatre niveaux d'accès:

a) *Créer/actualiser*. Cette fonction permet à un utilisateur d'afficher et de modifier avant enregistrement un document qui a été créé dans le système;

b) *Complet/approuvé*. Cette fonction permet à un utilisateur d'indiquer que le document est bon pour enregistrement. Si ce dernier contient des déclarations d'effets juridiques (telles que définies dans la réglementation en vigueur en application de la *loi portant réforme de l'enregistrement immobilier*), le signal *complet* ne sera accepté que d'un utilisateur qui a été identifié comme avocat autorisé à exercer en Ontario;

c) *Envoi/enregistrement*. Cette fonction permet à l'utilisateur d'indiquer que le document est envoyé pour enregistrement. La fonction *envoi/enregistrement* peut être activée par la personne qui a rempli le document ou l'activation peut être confiée à un intermédiaire ou à un autre utilisateur. Les signaux *complet* et *envoi* doivent s'afficher sur un document avant que celui-ci soit accepté par le système pour enregistrement;

d) *Recherche*. Cette fonction permet uniquement à l'utilisateur d'afficher le document.

42. Les opérations effectuées par le biais du système automatisé sont régies par un accord d'enregistrement des documents à la disposition des parties qui souhaitent le signer[27].

[24]Ibid.

[25]Voir K. Bernauw, "Current developments concerning the formal bill of lading—Belgium", *Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, Substitutes and EDI Systems*, A. N. Yannopoulos, éd. (La Haye, Kluwer Law International, 1995), p. 114.

[26]Donald B. Petersen, "Electronic data interchange as documents of title for fungible agricultural commodities", *Idaho Law Review*, vol. 31 (1995), p. 726.

[27]Barreau du Haut-Canada, *Practice Directives for Electronic Registration of Real Estate Title Documents*, consultables à l'adresse suivante: www.lsuc.on.ca/edrdraftdirectives_en.shtml

Il convient de noter que cet accord porte uniquement sur les droits et obligations des parties relatifs à l'acte d'enregistrement et non sur les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur au titre du contrat d'achat. Par conséquent, en vertu de la section 9 de l'accord d'enregistrement type, le contrat d'achat a préséance sur l'accord d'enregistrement en cas de conflit. Le contenu du document électronique dépend de la nature du transfert et est prescrit dans les sections 4 à 41 du règlement 19/99 de l'Ontario sur l'enregistrement électronique.

43. Une transaction foncière effectuée par le biais du système d'enregistrement électronique peut être décrite comme suit: le vendeur et l'acheteur du bien immobilier donnent à leurs avocats respectifs, qui doivent avoir ouvert un compte auprès du système[28], l'autorisation d'agir en leur nom en signant les documents types "Acknowledgement and Direction" disponibles dans le système. Le nécessaire étant fait, l'un des deux avocats est désigné comme responsable de l'enregistrement. Les fonds ainsi que les documents requis pour la clôture de l'opération sont envoyés aux parties qui les conserveront après le transfert. Dans l'intervalle, ils auront été déposés par les avocats sur un compte fiduciaire bloqué. À due réception desdits fonds et documents, l'avocat non désigné envoie les documents électroniques appropriés pour enregistrement. Lorsqu'il les reçoit et s'il les approuve, l'autre avocat les enregistre[29]. Tous les documents doivent être signés électroniquement par les avocats. Une fois l'enregistrement effectué, le système signale les éventuels problèmes de transfert. Par exemple, la recherche complémentaire indiquera qu'un document ou un instrument a été enregistré alors que l'acheteur n'a pas accepté le titre de propriété. L'avocat chargé de l'enregistrement avise alors l'avocat de l'autre partie qu'il ne peut procéder au transfert. Si aucun problème n'est décelé, l'avocat qui a enregistré les documents communique à l'avocat de l'autre partie les détails de l'enregistrement. Les deux libèrent ensuite les fonds et les documents du compte bloqué.

44. La Loi portant réforme de l'enregistrement immobilier confirme que, dans ce système, les documents électroniques translatifs de propriété n'ont pas à être sous forme écrite ou signés par les parties, mais produisent le même effet que ceux qui le sont[30]. Si un document est enregistré sous forme électronique et s'il en existe également une copie écrite qui ne soit pas une copie imprimée du document électronique, le document électronique prévaut sur le document écrit en cas de conflit[31].

2. *Titres dématérialisés*

45. L'usage de titres dématérialisés a essentiellement pour objectif de permettre la réalisation d'opérations sur titres par des moyens électroniques à l'aide d'un système de transfert de compte à compte n'impliquant aucun échange matériel de pièces telles que des titres d'action ou des actes de transfert. La dématérialisation est devenue une caractéristique essentielle des opérations sur valeurs mobilières dans des systèmes de règlement tels qu'Euroclear à Bruxelles, Cedel au Luxembourg, la Depository Trust Corporation aux États-Unis d'Amérique, CREST et le Central Gilts Office à Londres, SICOVAM en France, Monte Titoli en Italie et nombre de systèmes comparables dans d'autres pays, notamment en Allemagne, au Canada, au Danemark, aux Pays-Bas, en République de Corée et à Singapour.

46. Ces systèmes visent à réduire les formalités écrites, les dépenses et les risques associés aux documents matériels qui sont remplacés par des enregistrements électroniques. Outre les prestations dématérialisées de base susmentionnées, certains systèmes d'opérations sur titres offrent aussi des possibilités d'immobilisation, c'est-à-dire qu'ils conservent le titre sur papier dans une chambre forte et donnent au détenteur des droits dématérialisés sur le titre à raison de sa qualité de titulaire de compte.

47. Les titres dématérialisés comportent certains éléments essentiels sous forme d'informations stockées dans un fichier central tenu par un dépositaire. Ces informations incluent normalement le code d'identification du titre, le nom de l'émetteur, l'indication de la responsabilité de l'émetteur découlant du titre, les valeurs nominales et les dates. Le dépositaire peut également enregistrer d'autres informations, comme les droits et restrictions attachés aux titres, tels que les restrictions à la transférabilité, les interdictions de disposition, les droits des tiers, s'il en existe, y compris les privilèges, les droits de préemption, les options d'achat et les droits à dividendes et autres produits.

48. Malgré des différences entre pays, les principaux participants à un système de titres dématérialisés sont le dépositaire, l'émetteur, les intermédiaires et l'investisseur. Le dépositaire est un organisme qui a pour principale fonction de gérer un système électronique de comptes dans un registre central, dans lequel sont enregistrés les portefeuilles de titres dématérialisés (avec les droits et les restrictions y étant attachés) qui sont détenus à tout moment par les affiliés au nom des investisseurs. Les intermédiaires sont normalement des établissements financiers, des courtiers ou d'autres entités qui peuvent devenir affiliés du dépositaire et qui ont des comptes chez lui.

49. De manière générale, lorsqu'un émetteur de titres souhaite dématérialiser ces derniers, ou y est tenu, il donne au dépositaire son consentement pour que celui-ci les détienne dans son registre central et en soit comptable, lui-même demeurant comptable à l'égard des titulaires. L'émetteur fournit également au dépositaire toutes les informations pertinentes, à savoir notamment les éléments essentiels des titres dématérialisés et le nom de leurs bénéficiaires, et il satisfait également à toutes autres exigences préalables.

50. Le dépositaire peut, outre gérer le registre central et toute immobilisation de titres, se charger des opérations de compensation et de règlement lorsque cette fonction n'est pas assurée par un autre organisme. Par compensation, on entend le traitement des opérations d'échange et

[28]Enregistrement électronique (Règlement 19/99 de l'Ontario), sect. 2-2.

[29]Ibid., sect. 3.

[30]*Land Registration Reform Act* (1990), sect. 20.

[31]Ibid., sect. 21.

la détermination des titres et créances réciproques des investisseurs du fait de ces opérations. Par règlement, on entend le transfert de valeur entre les investisseurs pour finaliser la transaction. Si un organisme distinct se charge de la compensation et du règlement comme cela est le cas aux États-Unis d'Amérique, par exemple avec la "National Securities Clearing Corporation", le rôle du dépositaire se limite à la gestion du registre d'information central.

51. Dans toute opération sur titres, les investisseurs qui échangent des titres dématérialisés en passant par un intermédiaire le feront sur un marché des valeurs reconnu tel que la bourse. Les détails de ces opérations sur un jour donné seront normalement transmis au dépositaire automatiquement ou, sinon, par les intermédiaires. S'enclenchera ensuite le processus de compensation et de règlement et les intermédiaires commenceront alors à traiter directement avec le dépositaire.

52. Le processus de compensation et de règlement, qui est normalement basé sur le principe de la livraison contre paiement, doit avoir lieu un certain nombre de jours après le jour des transactions. Dans certains pays, le règlement peut être effectué le troisième jour, dans d'autres le cinquième jour après le jour des transactions ("jour de règlement"). De ce fait, le troisième ou le cinquième jour, les investisseurs qui achètent devront effectuer le paiement et les investisseurs qui vendent devront leur transférer les titres, le résultat final apparaissant dans le registre central.

53. Dans la période qui précède le jour de règlement, le dépositaire transmettra les rapports informatisés à tous les intermédiaires. Ces rapports constituent des documents légalement contraignants qui contiennent tous les ordres d'achat et de vente passés le jour des transactions et transmis par le marché financier et l'intermédiaire. L'objectif est de permettre aux affiliés du dépositaire de confirmer et d'apporter des corrections. Le dépositaire calcule alors le nombre net de titres échangés par les multiples intermédiaires et les montants nets dus par chacun d'entre eux, ou plus exactement le solde des titres et des paiements dus par et à chacun des intermédiaires pour le compte de leurs investisseurs respectifs. Ces informations sur le règlement net sont également transmises aux intermédiaires.

54. La transmission d'instructions et d'informations pendant le processus de compensation et de règlement se fait par le biais de divers réseaux de communication sécurisés tels que la Société mondiale des télécommunications financières inter-banques (SWIFT) ou la société Cedcom. Ces instructions peuvent être vérifiées à l'aide de règles de validation telles que le numéro international d'identification des valeurs mobilières (ISIN) pour en garantir l'exactitude. L'ISIN est un code qui identifie une émission spécifique de valeurs mobilières. L'organisation qui alloue ces numéros dans les différents pays est la National Numbering Agency (NNA), qui est généralement une bourse reconnue.

55. Le jour de règlement, le dépositaire fait en sorte que les comptes de chaque intermédiaire fassent apparaître le règlement net des titres en transférant ces derniers électroniquement des comptes des vendeurs nets à ceux des acheteurs nets. Les intermédiaires règlent également les obligations financières nettes de chaque investisseur en télégraphiant les fonds entre les banques de règlement désignées. Le transfert de titres dématérialisés est achevé lorsque les derniers titres contenant des informations sont inscrits dans le registre central du dépositaire, mais le transfert de propriété est reconnu à compter de la date de l'opération.

56. Dans une étude sur la question des règlements transfrontières sur titres, réalisée en 1995[32], la Banque des règlements internationaux indique qu'il existe des différences sensibles entre les pays en ce qui concerne le cadre juridique applicable à la propriété et au transfert de titres ainsi qu'à leur utilisation comme sûretés. Le cadre juridique des systèmes à plusieurs niveaux ressort de deux grandes catégories: l'une applique les normes conventionnelles aux dispositifs à gestion dématérialisée en présumant l'existence de titres matériels; l'autre établit un nouveau concept pour les titres dématérialisés émis uniquement sous forme électronique. Dans le premier cas, une fiction juridique adapte les titres dématérialisés à la théorie juridique fondée sur des supports papiers, la loi présumant que les titres existent sous une forme matérielle. Les droits de propriété et le transfert, ainsi que l'utilisation des titres dématérialisés comme sûretés sont alors formulés en termes de "possession" et "livraison" par le biais des mécanismes à immobilisation ou certificats globaux, dans lesquels les titres matériels sont supposés déposés et conservés sous une forme fongible (interchangeable). Un investisseur inscrit sur les livres de l'intermédiaire est considéré comme ayant la "possession matérielle" des titres correspondants et acquiert, par conséquent, un "droit de propriété" sur eux. L'enregistrement comptable est censé avoir le même effet que la livraison matérielle des titres.

57. Des concepts juridiques créés pour les titres entièrement dématérialisés peuvent correspondre à plusieurs approches. La fongibilité des titres uniquement inscrits en compte peut être explicitement reconnue, ce qui entraîne une nouvelle définition du droit de propriété de l'investisseur, qui peut être considéré comme copropriétaire de tous les titres de la catégorie qu'il a acquise et qui sont détenus par l'intermédiaire. Il conserve alors un droit de propriété spécifique sur les titres, mais ne peut le faire valoir que sur une base proportionnelle. En revanche, lorsque le modèle utilisé est différent, l'investisseur peut se trouver privé de son droit de propriété sur les titres et placé dans une relation débiteur/créancier avec l'intermédiaire. Dans ce cas, le dépôt de titres s'apparente à un dépôt bancaire assorti de caractéristiques spéciales. Les droits de l'investisseur peuvent être encore précisés davantage, les avoirs spécifiques détenus pour son compte servant de sûretés. Autre possibilité: il peut être classé dans une catégorie de créanciers privilégiés, ses droits étant généralement garantis par tous les titres détenus par l'intermédiaire pour sa clientèle.

58. Le développement des échanges de titres dématérialisés a suscité diverses questions concernant la nature de ces titres et la relation entre les parties concernées. Dans certains cas, le nouveau moyen de transactions a entraîné

[32]Règlements transfrontières sur titres (Banque des règlements internationaux, mars 1995), p. 54.

une redéfinition des notions juridiques traditionnellement appliquées aux transactions sur titres, y compris, parfois, au moyen de mesures législatives. Dans une étude, le Conseil national du crédit et du titre[33] a recensé les principales questions énoncées ci-dessous et, selon les cas, les réponses qui leur ont été données dans la pratique:

a) *Nature juridique des titres*. Les valeurs mobilières émises sous forme papier étaient traditionnellement considérées comme des meubles corporels qui incorporaient ou représentaient certains droits (par exemple le droit de créance à l'encontre d'une société émettrice ou le droit d'associé). Avec l'élimination du support papier, il est devenu nécessaire de les faire entrer dans la catégorie des biens incorporels;

b) *Nature des droits conférés par l'inscription en compte*. Lorsque les valeurs mobilières étaient considérées comme des biens tangibles, les droits de leur titulaire étaient généralement considérés comme des droits de propriété. Ce principe a été remis en question avec l'utilisation de titres dématérialisés qui, dans la plupart des cas, ne sont pas individualisés, ni même parfois individualisables;

c) *Effet de l'inscription en compte*. Du fait de l'interposition d'un intermédiaire entre l'émetteur et le titulaire des titres, s'est posée la question de savoir si l'inscription de l'émission ou du transfert des titres sur les comptes du dépositaire (inscription en compte) était uniquement un moyen de prouver l'existence des droits du titulaire ou si elle était la substance même de ces droits;

d) *Nature du contrat entre le dépositaire et l'investisseur*. Lorsque les valeurs mobilières étaient représentées par des documents sur papier, on considérait que la relation entre le titulaire et le dépositaire des certificats équivalait à une relation entre un déposant et un dépositaire. L'absence d'un instrument tangible susceptible d'être matériellement ou virtuellement possédé par l'une ou l'autre des parties a engendré des doutes quant à la nature du contrat entre le dépositaire et les investisseurs et à l'étendue des recours de ces derniers en cas de manquement du dépositaire.

59. Dans son étude déjà mentionnée[34], la Banque des règlements internationaux indique que les opérateurs ont fait d'énormes efforts pour simplifier le flux de titres entre pays grâce au développement des réseaux de conservateurs internationaux, des dépositaires internationaux de titres (DIT) et des liens entre les dépositaires nationaux de titres (DNT). Les règlements par voie d'écritures permettent aux systèmes de règlement, DNT et conservateurs d'offrir des services de règlement comparables sur un large éventail de marchés nationaux. Toutefois, les similitudes entre services de règlement masquent d'importantes divergences entre les cadres juridiques pouvant être appliqués aux mêmes titres dans différents pays. L'étude recense un certain nombre de problèmes juridiques importants liés aux règlements transfrontières sur titres[35], dont ceux qui ont un rapport direct avec la présente note résumés ci-dessous:

a) *Participation d'intermédiaires*. La plupart des opérations sur titres font intervenir plusieurs intermédiaires au niveau du règlement et de la conservation, qui s'interposent entre l'émetteur et le dernier investisseur. L'intervention de chacun de ces intermédiaires crée de nouvelles relations juridiques ainsi que des risques. Ils peuvent devenir insolvables ou être coupables de négligence ou de fraude. L'émetteur, en voulant s'acquitter de ses obligations, risque de se tromper de partie. L'investisseur risque, quant à lui, que la prestation de l'émetteur soit détournée au profit de l'un des créanciers des nombreux intermédiaires intervenant tout au long du processus;

b) *Pratiques comptables*. Les pratiques comptables et procédures de détention appliquées par le conservateur et les sous-conservateurs peuvent jouer un rôle très important dans la détermination du risque de pertes de l'investisseur. Pour protéger les intérêts de ce dernier, il est souvent essentiel de séparer les actifs de l'investisseur de ceux du dépositaire et d'autres investisseurs. Cette séparation peut être réalisée de différentes manières. Initialement, elle impliquait la séparation physique des certificats de titres dans les coffres du dépositaire. Toutefois, la prédominance de valeurs dématérialisées et de certificats globaux immobilisés a accru l'importance accordée aux écritures comptables pour identifier et dissocier les intérêts de la clientèle. Il existe un risque que les conservateurs et les sous-conservateurs, même s'ils opèrent les débits et les crédits appropriés sur les comptes de l'investisseur, n'aient pas suffisamment de titres pour couvrir en totalité les écritures effectuées. Ces insuffisances peuvent avoir plusieurs origines: carences dans le processus de règlement, manque de rigueur des contrôles comptables ou fraude intentionnelle. Si le conservateur est solvable, le risque de pertes découlant d'agissements directs de sa part peut être faible. En revanche, s'il est insolvable, ou si le problème est dû à une fraude ou à l'insolvabilité d'un sous-conservateur ou dépositaire, le risque de pertes de l'investisseur peut être considérable;

c) *Statut juridique des titres*. Les profondes disparités qui existent d'un pays à l'autre dans le traitement juridique des titres soulèvent d'importantes questions dans les transactions transfrontières. Ainsi, des titres dématérialisés émis dans un pays peuvent être traités dans le système à gestion dématérialisée d'un second, qui repose sur un dispositif à immobilisation et la fiction juridique de la possession. Dans ce cas, il peut être difficile de déterminer si les titres dématérialisés sont juridiquement reconnus comme titres dans le second pays. S'ils ne le sont pas, le cessionnaire des titres dématérialisés peut acquérir un droit juridique sensiblement différent de celui qu'il escomptait. La question du statut juridique d'un titre revêt une importance capitale à partir du moment où un intermédiaire devient insolvable. Les certificats de titres en dépôt, qui sont des instruments émis dans un pays pour attester le droit sur des titres détenus en dépôt dans un autre, posent d'autres problèmes. Ils sont négociés et réglés sur le marché national au lieu des titres étrangers qu'ils représentent. Toutefois, le statut juridique de ces "quasi-titres" n'est pas toujours bien défini. Par exemple, il est possible qu'ils n'autorisent pas l'investisseur à revendiquer un droit sur l'émetteur des titres initiaux, mais

[33]Conseil national du crédit et du titre, *Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres* (Paris, Banque de France, 1997), p. 122.

[34]Règlements transfrontières sur titres (Banque des règlements internationaux, mars 1995), p. 49.

[35]Ibid., p. 47 à 57.

symbolisent uniquement un droit sur l'intermédiaire ou prouvent une relation de débiteur/créancier entre l'intermédiaire et l'investisseur. En outre, il n'est pas précisé ce qu'il advient si les titres sous-jacents ont perdu toute validité ou si ces certificats représentent des montants supérieurs à la valeur de ces titres.

60. Outre les questions susmentionnées, l'étude de la Banque des règlements internationaux examine un certain nombre d'autres problèmes liés aux règlements transfrontières sur titres, notamment le risque systémique, les questions de conflit de lois, le caractère définitif de la livraison et du paiement et les problèmes relatifs à la faillite des participants au système. Bien que ces problèmes ne soient pas spécifiquement attribuables ou liés à l'utilisation des enregistrements ou des messages électroniques, ou n'en soient pas la cause spécifique, ils se trouvent aggravés par la complexité de la dématérialisation.

3. Récépissés d'entrepôt électroniques

61. Les récépissés d'entrepôt électroniques utilisés dans certains États des États-Unis sont un autre exemple récent de substituts électroniques d'instruments sur support papier. Les producteurs américains de matières premières agricoles stockent généralement leur récolte dans des entrepôts publics. Dans la plupart des cas, cet entreposage fait intervenir un courtier en grains qui négocient les mêmes matières premières entreposées dans le cours ordinaire de son activité.

62. Les entrepôts publics fonctionnent généralement sous licences, qui sont octroyées par le Département de l'agriculture des États-Unis en vertu du *United States Warehouse Act*, ou par un organisme public d'un État en vertu de la loi applicable dans ce dernier. En 1990, le Congrès des États-Unis a autorisé le Département de l'agriculture à créer un fichier central des récépissés d'entrepôt électroniques concernant le coton. L'enregistrement n'a pas été rendu obligatoire pour les entrepôts de coton sous licence fédérale, mais ceux qui avaient la technologie requise pouvaient utiliser le nouveau fichier. En 1992, l'autorisation a été étendue aux récépissés électroniques émis par les entrepôts sous licence d'État. Le système a commencé à fonctionner commercialement au début de la récolte de coton de 1995-1996.

63. Les récépissés d'entrepôt électroniques sont des enregistrements électroniques des informations devant figurer sur un récépissé sur support papier. Les données sont stockées sur le disque d'un système informatique sécurisé géré par un fournisseur agréé par le Département de l'agriculture des États-Unis par l'intermédiaire du Farm Agency Service et devant respecter des normes précises de fonctionnement. Les récépissés d'entrepôt électroniques ne peuvent être créés que par un fournisseur agréé. Les règles qui les régissent sont énoncées dans la partie 735 du chapitre VII du Recueil des règlements fédéraux.

64. Un entrepôt crée tout d'abord un fichier des récépissés qu'il transmet par téléphone au système informatique du fournisseur. Les enregistrements deviennent des récépissés légaux à partir du moment où ils sont stockés dans l'ordinateur. L'entrepôt en est le titulaire initial et peut donner pour instruction au fournisseur de les transférer à une autre partie. Le fournisseur envoie confirmation de ces opérations à l'ancien et au nouveau titulaire. Un récépissé d'entrepôt électronique peut, au cours de son existence, avoir de nombreux titulaires, mais il ne peut en avoir qu'un seul à la fois. Il cesse d'exister lorsqu'un titulaire-chargeur le retransfert à l'entrepôt qui l'a émis (et qui en devient de nouveau titulaire) accompagné des instructions concernant l'envoi des balles matérielles. Lorsque l'entrepôt procède à cet envoi, il ordonne à l'ordinateur du fournisseur d'annuler le récépissé électronique correspondant. Sur la base de ces instructions, le fournisseur appose la mention annulé sur l'enregistrement et le récépissé légal cesse alors d'exister.

65. Conformément au paragraphe 735.101 du Recueil des règlements fédéraux des États-Unis, un récépissé d'entrepôt électronique émis en vertu de ce recueil "crée les mêmes droits et les mêmes obligations concernant une balle de coton qu'un récépissé sur papier". En outre, à l'exception de l'exigence d'un support papier pour l'émission, toutes les autres conditions applicables aux récépissés d'entrepôt sur papier s'appliquent également à leurs équivalents électroniques.

66. Tout récépissé électronique est associé à une partie (le "titulaire") qui y a accès et dont l'identité doit être chaque fois indiquée, à titre d'information complémentaire. Un récépissé ne peut être associé qu'à un seul titulaire à la fois, qui a les mêmes droits et les mêmes privilèges que le titulaire d'un récépissé sur papier. Il est le seul à pouvoir transférer le récépissé à un nouveau titulaire, et ce en informant par ordinateur le fournisseur de l'identité de ce nouveau titulaire.

67. Les titulaires et les entreposeurs agréés peuvent autoriser tout autre utilisateur des services d'un fournisseur à agir en leur nom dans leurs activités avec ce fournisseur. Cette autorisation doit être donnée par écrit et être acceptée et conservée par le fournisseur.

68. Un récépissé d'entrepôt électronique ne peut être émis pour remplacer un récépissé papier que si le titulaire qui le détient y consent. Un récépissé électronique ne peut être émis pour une balle de coton si un autre récépissé, sous forme papier ou électronique, portant sur cette balle est encore en circulation. En effet, tous les récépissés émis par un entrepôt agréé doivent porter un numéro différent.

69. Les entreposeurs agréés ne peuvent annuler ou corriger des informations figurant sur les récépissés d'entrepôt électroniques que lorsqu'ils en sont titulaires. Avant d'émettre des récépissés, chacun d'entre eux doit requérir et recevoir du Farm Agency Service une série de numéros de récépissé consécutifs qu'il devra utiliser. S'il a conclu un contrat avec un fournisseur, tous les récépissés qu'il émet le seront initialement sous forme électronique.

70. Le paragraphe 735.102 du Recueil des règlements fédéraux énonce les conditions et normes qu'un fournisseur doit respecter pour être agréé, soit notamment avoir une valeur nette d'au moins 25 000 dollars des États-Unis et être couvert par deux polices d'assurance, une pour les

"erreurs et omissions" et l'autre pour les "fraudes et malhonnêteté", chacune garantissant une couverture minimale de 2 millions de dollars. Il doit par ailleurs passer avec la Farm Agency Service un accord qui doit contenir notamment des dispositions sur la période de conservation des enregistrements, la responsabilité du fournisseur et les normes de sécurité. Le Secrétaire à l'agriculture se réserve le droit de suspendre ou de résilier un tel accord à tout moment pour un motif suffisant.

71. Les fournisseurs sont tenus de remettre chaque année au Secrétaire à l'agriculture un état financier de qualité audit ainsi qu'un audit du traitement informatique des données. Ce dernier doit aboutir à une évaluation des opérations informatiques courantes, de la sécurité et de la capacité du système à reprendre le traitement après sinistre. Les fournisseurs doivent assurer l'intégrité du système. Les dispositifs de sécurité incluent normalement une série de codes d'identification et de mots de passe visant à garantir que seuls les titulaires autorisés ont accès à leurs récépissés. Les fournisseurs sont également tenus de conserver des copies de sécurité du système hors site et d'assurer la sécurité des enregistrements sur site et hors site pour parer à toute éventualité de défaillance du système principal.

72. Le nouveau système a également simplifié les échanges à la New York Cotton Exchange (NYCE). Avant l'introduction des récépissés d'entrepôt électroniques, les opérateurs de cette bourse réglaient leurs contrats futurs en remettant des récépissés sur papier. Ces derniers devaient être triés à la main et les données entrées manuellement dans les ordinateurs, puisque les documents n'étaient pas directement lisibles par une machine. Ils devaient donc être transportés physiquement jusqu'à la ville de New York pour être livrés aux différents opérateurs. La NYCE conservait des enregistrements indiquant la date à laquelle les récépissés étaient émis, si ces derniers étaient échangeables, et la date à laquelle ils étaient annulés. Dans le nouveau système, les négociants en coton n'ont plus à transporter physiquement les récépissés sur papier à la NYCE. Ils passent par un fournisseur qui livre des "récépissés certifiés" à la Commodity Clearing Corporation, le centre d'échange de la NYCE, qui les transmet ensuite à la partie appropriée. Pour l'aider à suivre la trace des récépissés, la NYCE reçoit directement du fournisseur des états récapitulatifs quotidiens et hebdomadaires.

73. Le système des récépissés électroniques faisant appel à des fournisseurs a été ajusté de façon à permettre aux négociants d'identifier les remises de récépissés comportant uniquement des "récépissés certifiés[36]". Ces derniers représentent les balles de coton déjà reconnus par l'un des services de commercialisation des produits agricoles du Département de l'agriculture des États-Unis comme satisfaisant aux critères très précis à respecter pour toute négociation à la NYCE. Seules de telles balles sont échangées à cette bourse et peuvent être utilisées pour liquider une position sur son marché à terme lorsque le contrat vient à échéance. Les récépissés certifiés peuvent être émis uniquement par des entrepôts agréés par la NYCE.

[36]J. T. Smith, "Electronic cotton receipts are making trading efficient", 10 janvier 1998 (adresse Internet: http://www.textnews. com/1998/biz/jt0110.html).

74. L'utilisation des récépissés d'entrepôts électroniques semble avoir été une expérience très positive. Depuis l'adoption du système, 45 % environ de la récolte de coton des États-Unis aurait fait objet de tels enregistrements. L'un des premiers fournisseurs, une société privée créée en 1994 par un groupe de leaders de la branche d'entreposage et de techniques marchandes de l'industrie cotonnière, en aurait traité plus de 5,7 millions — soit 30 % de la récolte — au cours des six premiers mois de son fonctionnement[37]. Suite au succès des récépissés d'entrepôt électroniques pour l'entreposage et le commerce du coton, on envisage d'étendre le système à d'autres produits agricoles, ce qu'autorisent déjà les lois d'au moins trois États[38].

4. Équivalents électroniques des connaissements: le projet Bolero et d'autres initiatives

75. Ces quelques dernières années, un certain nombre d'organisations internationales, intergouvernementales ou non gouvernementales, et divers groupes d'utilisateurs de techniques de communication électroniques ont à de nombreuses reprises tenté de reproduire les fonctions d'un connaissement traditionnel sur papier dans un environnement électronique. Les paragraphes qui suivent retracent plus particulièrement les progrès faits ces dernières années par le système Bolero[39].

76. Le projet pilote initial intitulé "Bill of Lading for Europe (Bolero)" avait été financé en partie par l'Union européenne dans le cadre de son programme Infosec (DGXIII) et en partie par des partenaires commerciaux. Il représente l'une des plus récentes tentatives de reproduire électroniquement les connaissements négociables en employant des mesures de sécurité électronique sophistiquées. Selon les auteurs du projet, "en traitant toute la documentation commerciale additionnelle, Bolero offre au milieu des transporteurs la possibilité de se passer totalement du support papier et de réaliser ainsi des économies tout en améliorant le service à la clientèle." Bolero est devenu opérationnel en septembre 1999.

77. Ses utilisateurs potentiels, y compris les exportateurs, les importateurs, les compagnies de transport, les transitaires et les banques, ont confié des fonctions centrales à deux personnes morales distinctes, à savoir Bolero Association et Bolero International Limited:

a) *Bolero Association*. Cette association se compose de tous les utilisateurs de Bolero et est essentiellement chargée d'assurer le développement du système, y compris des éléments de son infrastructure juridique. Elle favorise également l'élaboration de normes fonctionnelles communes et l'interopérabilité entre les utilisateurs, en coopération avec Bolero International. Pour garantir que tous les

[37]William Zarfoss, "Electronic cotton warehouse receipts increase efficiency", *Cotton Grower* (mai 1996).

[38]Géorgie, *State Warehouse Act*, titre 10, sect. 4 à 19; *Indiana, Grain Buyers and Warehouse Licensing & Bonding Law*, sect. 25; Caroline du Sud, *State Warehouse System Law and Regulations*, sect. 39, 22, 80.

[39]On trouvera ailleurs des informations sur des initiatives plus anciennes telles que l'expérience Sea Docs et les règles CMI pour les connaissements électroniques (voir A/CN.9/WG.IV, WP.69) (*Annuaire de la CNUDCI*: 1996), deuxième partie, chap. II, sect. B.

utilisateurs sont soumis aux mêmes règles, c'est en leur nom qu'elle fait contractuellement obligation à chaque nouveau participant, dont elle a préalablement déterminé l'admissibilité de se conformer aux règles du système, qu'elle est chargée de faire respecter;

b) *Bolero International*. La société Bolero International s'occupe des principaux éléments technologiques du système tels que la messagerie, le centre des transactions sur les connaissements électroniques, les outils pour l'administration du système et les utilisateurs et autres fonctions analogues. Elle se charge en très grande partie d'attirer de nouveaux utilisateurs et de les informer. Toutes les opérations effectuées dans le système passent par un portail commun qu'elle gère en veillant à ce que tous les participants soient soumis aux règles communes et à ce que toutes les transactions satisfassent à des conditions minimales convenues concernant la sécurité et l'interopérabilité.

78. Le système Bolero est fondé sur des normes internationales, telles que la norme de télécommunications X.400, la norme d'annuaire X.500 et les règles de messagerie EDIFACT, ainsi que sur les règles du Comité maritime international (CMI) concernant les connaissements électroniques. Il est basé sur un système de stockage et d'acheminement des messages, les utilisateurs communiquant entre eux par l'intermédiaire d'un registre central à l'aide de messages EDI types. C'est un système fermé dans la mesure où seuls les abonnés ont le droit de l'utiliser.

79. Les utilisateurs sont tenus d'accepter les dispositions du *Bolero Rulebook*, règlement complété par un "mode d'emploi" ("*Operating Procedures*") offrant une description détaillée du fonctionnement du système et donnant quelques règles techniques spécifiques visant à garantir une concordance parfaite entre les infrastructures technologique et juridique sans lacunes ni incohérences. Les contrats de service (*Operational Service Contracts*) portent sur les services que fournit Bolero International, ainsi que sur la sécurité du système, la diffusion et la conservation d'informations et les autres droits et obligations du même type que suppose un service d'information central. Un contrat de service régit les droits et obligations de la Bolero Association, de ses membres et des participants[40].

80. Un des éléments clefs du système Bolero est le registre des connaissements (*Bolero Bills of Lading [BBLs]*), qui stockera des données pour le compte des utilisateurs. Un connaissement Bolero est conçu de manière à reproduire les principales fonctions commerciales d'un connaissement papier à l'aide d'une messagerie électronique efficace et rapide dans une base de données centrale gérée par un tiers de confiance. Un connaissement Bolero se compose de deux éléments, entièrement électroniques:

a) *Le connaissement Bolero*. Il s'agit d'un document sous forme électronique analogue à un connaissement classique émis par un chargeur à l'intention d'un transporteur. Il peut être clausé ou net, comporter par exemple les mentions "*receipt on board*" ou "*for shipment*" conformément aux pratiques maritimes courantes. Il peut inclure les conditions générales du transporteur par référence;

b) *L'inscription dans le registre des titres*. Le registre des titres est un registre des titulaires des droits que confère le connaissement Bolero et non des titulaires d'un titre de propriété sur le chargement. En conséquence, il contient une inscription pour chaque envoi, qui est actualisée lorsque des messages sécurisés contenant des instructions sont reçus des titulaires de droits sur les envois. Outre qu'il fournit un mécanisme d'échange d'informations sous forme de données électroniques, le registre comprend le contenu détaillé des connaissements Bolero et vise à permettre de transférer les droits sur les marchandises en transit. Il constitue un mécanisme de stockage passif des données électroniques et seul le titulaire des droits peut transférer ces derniers à un autre utilisateur. Il authentifie l'identité de l'expéditeur des données et du titulaire des droits et fournit une structure sécurisée empêchant toute altération des données. Il effectue des opérations impliquant un connaissement Bolero une fois que celui-ci a été créé. Le connaissement Bolero peut être transféré par changement des rôles des utilisateurs dans le registre. Les utilisateurs rendent également le connaissement ou l'échange contre un document papier par le biais d'inscriptions portées sur le registre.

81. Les relations juridiques entre toutes les parties concernées sont énoncées dans le *Bolero Rulebook*[41], qui traite notamment de la validité des transactions électroniques et de l'effet juridique d'un connaissement Bolero. Le *Bolero Rulebook* établit des procédures de sécurité afin de garantir que les droits ont été créés, authentifiés et transférés uniquement par le titulaire autorisé. Par exemple, la section 2.2.1 impose à tous les utilisateurs du système de signer numériquement leurs messages en recourant à des clefs privées dûment certifiées pour permettre leur utilisation dans le système. En acceptant les conditions du *Rulebook*, les utilisateurs acceptent également la valeur probante des données et messages électroniques et ne peuvent contester les messages qu'ils envoient. Le *Rulebook* permet d'incorporer, directement ou par référence, les dispositions des contrats sous-jacents, en particulier celles du contrat de transport et des lettres de crédit, de manière à lier les parties qui ont des obligations et à offrir des avantages à celles qui doivent bénéficier de droits.

82. Un connaissement Bolero vise à reproduire dans un environnement électronique les fonctions d'un connaissement matériel, à savoir attester l'existence d'un contrat de transport et la réception des marchandises, et constituer un document représentatif du droit à la possession des marchandises. Il vise également à offrir un moyen de transférer le contrat de transport. Le transfert des droits du chargeur sur les marchandises s'effectue par attournement, c'est-à-dire par transfert par le déposant de ses droits sur le bien déposé. En tant que déposant, le chargeur est considéré comme ayant "la possession de droit" des marchandises. Pour ce transfert, le possesseur de droit attourne ses droits sur les marchandises en dépôt à un successeur. La section 3.4.1-1 du *Rulebook* prévoit que le transfert de la possession de droit des marchandises, après création d'un connaissement Bolero transférable, est effectué par désignation d'un nouveau titulaire (qui est soit un nouveau

[40]Les documents mentionnés sont accessibles en ligne aux adresses suivantes: http://www.bolero.net/enrol/dow_docs.php3 et http://www.boleroassociation.org/dow_docs.htm.

[41]http://www.boleroassociation.org/downloads/Rulebook1.pdf.

"titulaire d'un connaissement à ordre" ("*holder-to-order*"), un "titulaire gagiste", un "titulaire porteur", soit un "titulaire destinataire"). La désignation d'un nouveau titulaire devient effective, comme prévu à la section 3.4.1-2, par reconnaissance, de la part du transporteur, qu'à partir de ce moment il détient les marchandises indiquées sur le connaissement Bolero à l'ordre de ce nouveau titulaire. Le transfert du contrat de transport prouvé par un connaissement Bolero doit être normalement effectué par novation. Chaque transporteur, dans le système Bolero, prend la société Bolero International comme agent et cette dernière conclut de nouveau chaque contrat de transport au nom du transporteur avec chaque nouveau cessionnaire.

83. Ainsi, une vente de marchandises financée par crédit documentaire et effectuée en passant par le système Bolero peut se présenter comme suit: lorsqu'il reçoit les marchandises du vendeur, le transporteur crée un connaissement Bolero et désigne le vendeur comme "chargeur et titulaire" de ce connaissement et l'importateur comme "partie bénéficiaire" ("*to order party*"). Le vendeur envoie un message au registre désignant la banque qui confirme le crédit documentaire comme titulaire gagiste du connaissement et envoie les documents requis par le biais d'un message Bolero signé numériquement. La banque confirmatrice examine le connaissement, le juge conforme, crédite le compte du vendeur et désigne la banque qui a émis le crédit documentaire comme nouveau titulaire gagiste. La banque émettrice vérifie une nouvelle fois les documents dont elle a besoin et débite le compte de l'importateur. Elle renonce ensuite à son gage et, par message au registre, désigne l'importateur comme titulaire du connaissement Bolero. L'importateur est déjà la "partie bénéficiaire" du connaissement et désormais peut, puisqu'il en est également le titulaire, le transférer. Bolero International avise l'importateur, au nom du transporteur, que ce dernier détient les marchandises à son ordre. L'importateur vend les marchandises en transit. En conséquence, il désigne l'acheteur comme "titulaire du connaissement à ordre" (c'est-à-dire à la fois comme titulaire et comme "partie bénéficiaire"). Bolero International avise également, toujours au nom du transporteur, le titulaire du connaissement à ordre que le transporteur détient les marchandises à son ordre. Les marchandises arrivent au port de destination et le vendeur remet le connaissement. À partir de ce moment, plus aucune transaction passant par le système Bolero n'est possible pour ce connaissement. Bolero International en notifie la remise au transporteur et la confirme à l'acheteur. Le représentant de l'acheteur se présente au port muni de la preuve de sa qualité requise par le transporteur ou les autorités portuaires. Le transporteur livre alors les marchandises au représentant de l'acheteur.

84. La responsabilité de la société Bolero International est soumise aux restrictions et conditions énoncées dans le contrat de service (*Operational Service Contract*), conclu entre chaque utilisateur et la société. La responsabilité pour erreur d'acheminement ou perte de messages, retard dans les envois, altération, identification incorrecte, création erronée, manquement à l'obligation de confidentialité ou autres erreurs concernant les messages traités par Bolero International est généralement limitée à 100 000 dollars des États-Unis par utilisateur et par cas. La même limite s'applique aux erreurs et défaillances du service pour ce qui est des certificats qu'émet la société. Toutefois, si tous les certificats émis par la Bolero International perdent leur fiabilité ou ne peuvent plus être utilisés comme indiqué dans les formulaires et si, par suite directe, l'utilisateur subit une perte, la société s'engage à verser à ce dernier des dommages-intérêts plafonnés à 1 million de dollars des États-Unis. Le montant maximal remboursable par année civile est de 10 millions de dollars des États-Unis, quel que soit le nombre de réclamations ou le nombre des ayants droit pendant une année civile.

85. Le *Bolero Rulebook* est régi par le droit anglais, avec soumission non exclusive à la compétence des tribunaux anglais. Toutefois, lorsque des différends portent uniquement sur une contravention aux règles du *Rulebook* ou sur leur inobservation, la compétence des tribunaux anglais est exclusive. La faisabilité juridique du système Bolero a fait l'objet, a-t-on déclaré, d'une étude approfondie à laquelle auraient participé nombre des principales places commerçantes du monde[42].

86. Des systèmes autres que Bolero sont actuellement élaborés pour fournir des équivalents électroniques des documents sur papier dans les transactions commerciales internationales. L'un d'entre eux, le Trade and Settlement EDI (TEDI) System, est administré par un consortium de projet composé de sociétés transnationales industrielles, financières et commerciales japonaises effectuant des opérations commerciales internationales. Selon les informations dont dispose le secrétariat, TEDI est un système basé sur le Web, qui permet aux participants de communiquer et d'échanger des messages de données relatifs à des transactions commerciales par Internet. Comme le système Bolero, TEDI prévoit l'intervention de tiers prestataires de services qui gèrent les enregistrements des messages de données transmis par le système, et il gère lui-même les enregistrements relatifs à la situation des envois de marchandises sur lesquels portent ces messages. Les messages échangés entre participants doivent avoir les mêmes fonctions que les connaissements sur papier. Pour garantir sécurité et fiabilité, ils sont associés aux participants par le biais de certificats à clef publique émis par des autorités de certification reconnues.

5. Tentatives d'élaboration d'un équivalent électronique des titres négociables: la loi uniforme des États-Unis sur les transactions électroniques

87. L'*Uniform Electronic Transactions Act* de 1999 (UETA) (Loi uniforme sur les opérations électroniques) a été rédigée et approuvée par la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, qui en a recommandé l'application dans tous les États. Elle comporte une disposition sur les équivalents électroniques des titres négociables.

[42]Des exemplaires du rapport d'étude sont accessibles à l'adresse suivante: http://www.bolero.net/downloads/legfeas.pdf.

88. La raison d'être de cette disposition est expliquée dans le commentaire officiel sur l'UETA, à savoir:

"Les titres et documents négociables sur papier sont uniques en ce sens qu'un support tangible — à savoir un morceau de papier — incorpore des droits et obligations qui sont intangibles. Étant donné l'extrême difficulté que présente la création d'un support électronique unique incorporant les attributs spécifiques d'un document ou d'un titre négociable sur papier, on ne saurait se contenter de modifier les règles qui régissent ces derniers pour permettre de leur substituer un enregistrement électronique. Il n'en demeure pas moins souhaitable d'établir des règles permettant aux parties à des opérations commerciales de profiter de certains des avantages qu'offre la négociabilité dans un environnement électronique, d'où l'inclusion de la section sur les enregistrements transférables."

89. La section 16 de l'UETA, qui porte sur les enregistrements transférables, établit les critères devant régir l'équivalence juridique entre les enregistrements électroniques et les effets ou enregistrements (*notes or records*) définis aux livres 3 et 7 respectivement du Code de commerce uniforme. Le critère essentiel retenu pour cette équivalence est que la nature de l'enregistrement électronique soit telle qu'une personne puisse en avoir le "contrôle". En vertu de la section 16, ce "contrôle se substitue à la "possession" d'un effet de commerce analogue sur papier. Plus précisément, il sert de substitut à la livraison, à l'endossement et à la possession d'un billet à ordre ou d'un document formant titre négociables. Conformément à l'alinéa *b* de la section 16, le contrôle est possible aussi longtemps qu'"un système employé pour prouver le transfert de droits sur l'enregistrement transférable établit de façon fiable [que la personne revendiquant le contrôle] est la personne en faveur de laquelle l'enregistrement transférable a été émis ou transféré". L'essentiel, comme il est indiqué dans le commentaire officiel, est de démontrer qu'un système établit de façon fiable l'identité de *la* personne habilitée à recevoir le paiement, que ce soit à l'aide d'un registre tenu par un tiers ou de moyens de protection technologiques.

90. On considère qu'une personne a le contrôle d'un enregistrement transférable "si un système employé pour prouver le transfert de droits sur un enregistrement transférable établit de façon fiable que cette personne est celle en faveur de laquelle l'enregistrement transférable a été émis ou transféré". Cette condition est assortie des précisions suivantes:

"*c)* Un système satisfait à la sous-section *b* et une personne est réputée avoir le contrôle d'un enregistrement transférable, si ledit enregistrement est créé, stocké et cédé de telle manière que:

1) il existe une seule copie faisant foi de l'enregistrement transférable, laquelle est unique, identifiable, et, sauf disposition contraire des paragraphes 4, 5 et 6, inaltérable;

2) la copie faisant foi identifie la personne revendiquant le contrôle de l'enregistrement: *a)* comme étant celle en faveur de laquelle l'enregistrement transférable a été émis; *b)* s'il est indiqué que l'enregistrement transférable a été transféré, comme la personne en faveur de laquelle le transfert le plus récent a été effectué;

3) la copie faisant foi est communiquée à la personne revendiquant le contrôle ou à son conservateur désigné et conservé par ce dernier;

4) des copies ou des révisions apportant des ajouts ou des modifications à l'identité du cessionnaire indiqué sur la copie faisant foi ne peuvent être faites qu'avec le consentement de la personne revendiquant le contrôle;

5) chaque copie de la copie faisant foi et toute copie d'une copie est facilement identifiable comme copie ne faisant pas foi; et

6) toute révision de la copie faisant foi peut être facilement identifiée comme autorisée ou non autorisée."

91. Une personne ayant le contrôle d'un enregistrement transférable acquiert le statut de titulaire de l'enregistrement aux fins de la section 1-201-20 du Code de commerce uniforme des États-Unis et a les mêmes droits et les mêmes moyens de défense que le titulaire d'un document ou d'un écrit équivalent en vertu de ce code, y compris les droits et moyens de défense d'un titulaire légitime, d'un titulaire auquel un document formant titre négociable a été dûment cédé, ou d'un acheteur, respectivement. La livraison, la possession et l'endossement ne sont pas requis pour obtenir ou exercer l'un quelconque des droits prévus dans cette section.

92. La définition d'un enregistrement transférable comporte deux restrictions importantes. Premièrement, seul l'équivalent d'un billet à ordre ou d'un document peut être créé comme enregistrement transférable. Par conséquent, la section 16 de l'UETA n'a aucune incidence sur les systèmes associés aux mécanismes de paiement plus larges concernant, par exemple, les chèques. Le commentaire officiel explique ainsi cette restriction: "Les répercussions sur le système d'encaissement des chèques d'une autorisation des "chèques électroniques" ont des ramifications trop vastes pour que la présente loi puisse les traiter. En conséquence, elle exclut de son champ d'application les transactions régies par les livres 3 et 4 du Code de commerce uniforme". En second lieu, non seulement la section 16 est limitée aux enregistrements électroniques qui pourraient entrer dans la catégorie des billets à ordre ou des documents négociables s'ils étaient sous forme écrite, mais elle prévoit également que l'émetteur de l'enregistrement électronique doit expressément accepter que celui-ci soit considéré comme transférable. Une telle restriction a pour objectif de garantir que les enregistrements transférables ne peuvent être créés qu'au moment de leur émission par le débiteur. L'éventualité d'une conversion d'un effet sur papier en enregistrement électronique qui serait ensuite intentionnellement détruit et les conséquences d'un tel acte ne sont pas visées dans la section 16.

93. Selon le commentaire officiel, il serait possible de satisfaire aux conditions de contrôle en recourant à un système de registre tenu par un tiers de confiance, mais "la section 16 autoriserait également le recours à un procédé technique répondant à de telles normes rigoureuses".

94. Toujours selon le commentaire officiel, la section 16 "offre un cadre juridique pour la création, la transférabilité et la force exécutoire des équivalents électroniques des effets et documents à l'égard de l'émetteur/débiteur". La sécurité que créé cette section encourage l'industrie à mettre au point les systèmes et procédés qui permettent l'utilisation de tels documents électroniques mais qui exigent d'importantes dépenses en temps et en ressources. Aucun système ne semble répondre pleinement aujourd'hui aux normes très strictes établies par la section 16 de l'UETA. Une évaluation de ce texte a abouti aux conclusions suivantes:

> "Il ne sera pas facile de satisfaire à ces normes, et il faudra pour cela un ensemble de systèmes et de pratiques soigneusement conçus et supervisés. L'intégrité des données en sera l'élément clef. Les tribunaux qui statueront sur le contrôle d'un enregistrement transférable s'appuieront sans doute essentiellement sur les protections systémiques — par exemple la division du travail, la complexité des systèmes de sauvegarde, le journal d'activité, la sécurité des copies stockées hors site pour vérifier le contenu — qui rendent difficile toute altération non détectable sur l'enregistrement[43]."

CONCLUSIONS

95. Comme on l'a vu plus haut, la création d'équivalents électroniques des méthodes traditionnelles, de transfert ou de création de droits sur des biens corporels ou incorporels, fondées principalement sur le papier, peut se heurter à d'importants obstacles lorsque la législation exige la livraison matérielle des biens ou des documents sur papier pour qu'il y ait transfert de priorité ou perfection des sûretés sur ces biens ou sur les droits représentés par les documents (voir par. 33 à 37). Le problème particulier que présente le commerce électronique est de savoir comment offrir une garantie d'unicité (ou de singularité) équivalente à la possession d'un document formant titre ou d'un instrument négociable.

96. Il convient de noter que ce n'est pas la première fois que le Groupe de travail étudie ces questions. En effet, le sujet avait été examiné de façon approfondie lors de l'élaboration de la Loi type sur le commerce électronique[44]. Dans une note antérieure du secrétariat présentant une proposition du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord[45], il était indiqué que la technologie moderne permettait de transmettre de manière satisfaisante des informations sous forme électronique à une série de parties. On pouvait donc concevoir que le même procédé pouvait être utilisé par l'une quelconque des parties pour faire savoir qu'elle renonçait à son titre en faveur d'une autre personne, ce qui revenait à un endossement de l'instrument. En revanche, si une personne doit recevoir un avantage exclusif, par exemple un titre possessoire, par un message électronique particulier, elle devra être assurée qu'aucun message identique n'a pu être envoyé à une autre personne par une partie précédente de la série, ce qui donnerait à d'autres personnes la possibilité de revendiquer le titre. Si, en fait, il ne peut y avoir deux messages électroniques entièrement identiques, tant que l'on peut techniquement reproduire exactement un message sans possibilité de détection et l'envoyer à quelqu'un d'autre, il ne peut y avoir de garantie de singularité.

97. On reconnaissait dans cette note que des techniques telles que celles qui combinaient l'horodatage et d'autres procédés de sécurité avaient presque fourni une solution technique au problème de la singularité. Mais, en attendant qu'une solution entièrement satisfaisante soit trouvée, les équivalents électroniques de la négociabilité fondée sur le papier devaient reposer sur des systèmes "d'enregistrement central", dans lesquels une entité centrale gérait le transfert du titre d'une partie à la suivante[46].

98. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'opportunité d'élaborer des règles harmonisées pour favoriser le développement de systèmes de registres électroniques qui, faute de solution technique garantissant la singularité des messages de données, caractérisent toutes les initiatives récentes prises pour faire progresser le transfert des droits de propriété et d'autres droits par des moyens électroniques (voir par. 39 à 94). De tels systèmes peuvent se diviser en trois grandes catégories, comme il était indiqué dans une note du secrétariat communiquant une proposition des États-Unis d'Amérique sur les travaux futurs envisageables[47]:

a) *Registres officiels*. Un organisme d'État enregistre les transferts sous forme d'enregistrements publics et peut les authentifier ou les certifier, comme c'est le cas au Canada pour l'enregistrement électronique des biens immobiliers. Pour des raisons d'ordre public, l'État n'est généralement pas responsable en cas d'erreurs et les frais sont à la charge des utilisateurs, qui paient des droits;

b) *Registres centraux*. De tels registres sont créés lorsqu'un groupe commercial effectue ses opérations par le biais d'un réseau privé (tel que SWIFT), qui n'est accessible qu'à ses membres. Ce type de registre, qui a été utilisé pour les divers systèmes de règlement de titres, a été jugé nécessaire lorsque la sécurité et la rapidité sont essentielles. L'accès limité permet une vérification rapide des parties, ce qui va dans le sens de la rapidité et de la sécurité. L'accès aux enregistrements effectifs des transactions est en général limité aux utilisateurs, mais des comptes rendus des opérations peuvent être rendus publics sous forme abrégée (comme dans le cas des opérations portant sur des titres). Les règles du réseau régissent normalement les responsabilités et les coûts. En fonction du pays, elles peuvent être contractuelles ou avoir un caractère réglementaire du fait de leur approbation officielle par le législateur;

c) *Registres privés*. Fondés sur des réseaux ouverts ou semi-ouverts, où l'émetteur du document, son agent (comme dans les systèmes de récépissés d'entrepôt électro-

[43]R. David Whitaker, "Rules under the Uniform Electronic Transactions Act for an Electronic Equivalent to a Negotiable Promissory Note", *The Business Lawyer*, vol. 55 (novembre 1999), p. 449.

[44]Voir, en particulier, le document A/CN.9/421 (*Annuaire de la CNUDCI*: 1996), deuxième partie, chap. II, sect. A.

[45]A/CN.9/WG.IV/WP.66 (*Annuaire de la CNUDCI*: 1995), deuxième partie, chap. II, sect. D, nº 3, Annexe II, par. 8.

[46]Ibid., par. 10.

[47]A/CN.9/WG.IV/WP.67 (*Annuaire de la CNUDCI*: 1995), deuxième partie, chap. II, sect. D, nº 3, Annexe.

niques aux États-Unis) ou un tiers de confiance (comme dans le système Bolero) administre le transfert ou la négociation. Les enregistrements sont privés et les frais peuvent être à la charge de chaque utilisateur. Les règles en matière de responsabilité suivent la pratique actuelle des opérations sur papier, en ce sens que l'administrateur est tenu de livrer à la partie voulue, sauf s'il en est dispensé du fait d'une erreur d'une autre partie, auquel cas la législation locale peut s'appliquer. De tels systèmes peuvent être fondés exclusivement ou essentiellement sur des arrangements contractuels (comme dans le système Bolero) ou découler d'une loi d'habilitation (comme dans les systèmes de récépissés d'entrepôt électroniques aux États-Unis).

99. L'expérience internationale a montré que ces catégories de registre sont complémentaires plutôt que mutuellement exclusives. En fait, différents types d'opérations peuvent exiger différents systèmes de registre. Le Groupe de travail voudra donc peut-être se concentrer sur les domaines les plus susceptibles de tirer avantage d'un cadre législatif internationalement harmonisé, plutôt que sur le type de système de registre utilisé.

100. Un des domaines possibles pourrait être celui des registres, généraux ou spécialisés, pour le transfert des droits de propriété ou des sûretés dans les transactions internationales. À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être prendre note d'autres projets entrepris par la Commission et d'autres organisations, notamment le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international qui envisage, dans son annexe, la création d'un système d'enregistrement des données relatives aux cessions visées par cet instrument. Le projet de convention devrait être adopté par la Commission à sa trente-quatrième session en 2001. Le secrétariat a par ailleurs entrepris une étude des problèmes juridiques qui se posent dans le domaine du droit des sûretés, y compris les sûretés sur les titres de placement, ainsi que des solutions possibles, aux fins d'examen par la Commission à sa trente-quatrième session en 2001. Conformément à une proposition faite à la trente-troisième session de la Commission, en 2000, cette étude pourrait aborder les questions liées à la création d'un registre international des sûretés[48]. Le Groupe de travail voudra peut-être tenir également compte d'une autre initiative, à savoir le projet de convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles qu'élabore actuellement l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) ("le projet de convention d'Unidroit") et d'autres organisations[49]. Le projet de convention d'Unidroit et les protocoles traitent, dans un secteur industriel particulier, des mesures en cas d'inexécution par le débiteur de ses obligations et introduit un régime de priorité fondé sur des registres internationaux portant sur des matériels d'équipement particuliers. Le Groupe de travail voudra peut-être attendre les résultats de ces projets en cours pour mieux évaluer la nécessité d'élaborer des règles spécifiques concernant les registres électroniques qui pourraient couvrir les transactions sécurisées.

101. Un autre domaine d'action possible serait les systèmes de registre concernant les opérations sur les titres. L'analyse des questions juridiques que soulèvent les opérations transfrontières sur des titres dématérialisés (voir par. 58 et 59) indique que l'établissement d'un cadre législatif harmonisé au niveau international pourrait faciliter le fonctionnement des registres centraux. Toutefois, la plupart des problèmes juridiques recensés à ce jour à propos des titres dématérialisés ne proviennent pas principalement de l'utilisation de messages électroniques. Ils sont plus étroitement liés au conflit de lois ou aux règles juridiques de fond concernant, par exemple, la nature juridique des titres dématérialisés ou les droits et obligations des diverses catégories d'intermédiaires. À cet égard, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les questions suivantes:

a) *Questions relatives au conflit de lois*. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye de droit international privé, qui s'est réunie à La Haye du 8 au 12 mai 2000, a recommandé, notamment, que la question des "conflits de loi en matière de sûretés sur des titres détenus par des intermédiaires" soit inscrite en priorité à l'ordre du jour des travaux futurs de la Conférence[50]. Suite à cette recommandation, le Secrétaire général de la Conférence de La Haye a convoqué un groupe d'experts du 15 au 19 janvier 2001 afin d'examiner la possibilité de préparer et d'adopter, dans le cadre d'une "procédure accélérée", un nouvel instrument traitant en particulier la question du droit applicable aux questions relatives au droit patrimonial afférent à une opération de constitution de sûreté dans le cadre d'un système de détention indirecte[51].

b) *Questions de droit matériel*. Suite à une demande de la Commission[52], le secrétariat a entrepris une étude sur les problèmes juridiques qui se posent dans le domaine du droit des sûretés, y compris des sûretés sur les titres de placement, et sur les solutions possibles aux fins d'examen par la Commission à sa trente-quatrième session en 2001.

[48]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 462.

[49]Un résumé des travaux menés par Unidroit à ce jour, et les versions les plus récentes en anglais et en français du projet de Convention et de ses protocoles sont accessibles à l'adresse suivante: http://www.unidroit.org/english/internationalinterests/main.htm.

[50]Voir les *Conclusions de la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence (réunion de mai 2000)* établies par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye, document préliminaire n° 10 de juin 2000, à l'intention de la dix-neuvième session, p. 24 à 27; ces conclusions se trouvent sur le site de la Conférence de La Haye (http://www.hcch.net) sous la rubrique intitulée *Travaux en cours*. Voir également l'annexe VI des conclusions, qui reproduit le document de travail n° 1 présentant la proposition conjointe des experts de l'Australie, des États-Unis et du Royaume-Uni tendant à ce que la Conférence de La Haye élabore "une convention multilatérale concise clarifiant les règles de conflit de loi", régissant "les aspects de droit réel des sûretés portant sur des titres détenus par des intermédiaires" (p. 2 de l'annexe VI).

[51]Conférence de La Haye de droit international privé, *Rapport sur la loi applicable aux actes de disposition de titres détenus dans le cadre d'un système de détention indirecte,* établi par Christophe Bernasconi (Document préliminaire n° 1 de novembre 2000 à l'intention du Groupe de travail de janvier 2001), p. 61 (consultable à l'adresse suivante: http://www.hcch.net/e/workprog/securities.html).

[52]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 463.

Les questions portant plus spécialement sur l'utilisation des moyens de communication électroniques (telles que les conditions de la reconnaissance transfrontière des enregistrements; les normes de fiabilité des teneurs de registres et des prestataires de services de certification; et la responsabilité) sont inséparables des préoccupations de politique générale concernant des questions telles que la réglementation des marchés des capitaux, les règlements interbancaires et la politique monétaire. Le Groupe de travail voudra donc peut-être déterminer s'il est possible d'englober un éventail aussi large de sujets dans le mandat que lui a donné la Commission.

102. Un troisième domaine dans lequel des travaux pourraient être entrepris concerne les systèmes de registre visant à administrer le transfert et l'enregistrement de documents formant titre tels que les récépissés d'entrepôt et les connaissements. L'étude de la pratique internationale a fait ressortir une préférence pour l'utilisation de registres privés dans ces cas. On peut concevoir l'élaboration de systèmes analogues pour des instruments négociables, comme cela est envisagé dans la section 16 de la loi uniforme sur les transactions électroniques des États-Unis. Le transfert de droits ou la création de sûretés sur des biens corporels exige souvent le transfert de la possession matérielle ou symbolique de ces biens (voir par. 15 à 18, 22 et 23). L'établissement de documents représentant les biens a considérablement facilité la circulation de ces derniers dans le commerce international. Cela a été rendu juridiquement possible parce que le législateur a reconnu la fonction de substituts de la livraison matérielle des documents de transport et d'entrepôt. On peut parvenir à la même conclusion concernant la fonction de l'endossement de titres négociables tels que les lettres de change ou les billets à ordre. Les systèmes permettant de transférer un titre de propriété sur des biens et des créances par le biais de messages électroniques sans création ni circulation de documents sur papier pourraient considérablement réduire le coût global de transactions commerciales. Les solutions pratiques peuvent passer dans une large mesure par des arrangements contractuels qui lient les utilisateurs de tous systèmes de ce genre. Toutefois, les règles volontaires sur lesquelles certains systèmes peuvent être basés "ne sont pas applicables lorsqu'elles sont contraires à la législation d'un État"[53] et ne sont pas nécessairement exécutoires à l'égard de tiers ou contraignantes pour ces derniers.

103. Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être examiner dans quelle mesure il serait possible de favoriser les systèmes volontaires dans lesquels les parties à des transactions commerciales conviennent de recourir aux services d'un tiers de confiance pour gérer le processus de transfert ou de négociation concernant des biens corporels et d'autres droits en élaborant des dispositions législatives internationalement harmonisées.

104. Les articles 16 et 17 de la Loi type sur le commerce électronique constituent un premier pas vers un régime internationalement harmonisé pour les équivalents électroniques des documents formant titre sur papier. L'article 16 identifie les principaux actes relatifs au transport de marchandises pouvant être effectués par transmission de messages électroniques. Le paragraphe 3 de l'article 17 énonce les conditions essentielles de l'utilisation de messages électroniques comme substituts de documents sur papier concernant la dévolution de droits ou l'acquisition d'obligations en vertu d'un contrat de transport de marchandises. Conformément au principe de neutralité quant aux techniques utilisées, le paragraphe 3 n'exige pas l'utilisation d'une méthode ou d'un système particulier pour le transfert de droits par le biais de messages électroniques "à condition qu'une méthode fiable soit utilisée pour rendre unique le message ou les messages en question".

105. Comme il est indiqué dans les notes relatives à la troisième partie de la Loi uniforme sur le commerce électronique, adoptée en 1999 par la Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada[54], "il n'est pas facile de créer un document électronique unique". Cette difficulté, à laquelle s'ajoute l'expérience relativement limitée que l'on a des solutions techniques mises au point à ce jour, peut expliquer pourquoi, à l'exception du Canada et de la Colombie, la plupart des pays qui ont jusqu'à maintenant appliqué la Loi type sur le commerce électronique ont choisi de ne pas adopter de dispositions fondées sur les articles 16 et 17. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il est souhaitable d'élaborer un ensemble de règles plus détaillées pour l'application des principes généraux énoncés dans ces dispositions. Il voudra aussi peut-être se concentrer, tout au moins au début, sur les questions relatives au fonctionnement des systèmes de registres électroniques qui, en l'absence de solutions techniques garantissant la singularité des messages de données, caractérisent toutes les initiatives récentes en matière de transfert de droits de propriété et d'autres droits par des moyens électroniques (voir par. 39 à 94).

106. À cet égard, le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le secrétariat, en coopération avec le Comité maritime international (CMI), mène actuellement une large enquête sur les questions juridiques liées aux lacunes que comportent les lois nationales et les conventions internationales en vigueur dans le domaine du transport international de marchandises par mer (on trouvera un résumé de ce travail dans le document A/CN.9/476). Ces questions ont trait notamment au fonctionnement des connaissements et des lettres de transport maritime, à la relation entre ces documents de transport et les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur des marchandises et à la position juridique des entités fournissant un financement à une partie au contrat de transport. Le secrétariat présentera un rapport sur les progrès de ce projet depuis la trente-troisième session de la Commission à la prochaine session de cette dernière (Vienne, 25 juin-13 juillet 2001). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les éléments communs et complémentaires qui peuvent exister entre son mandat et ce projet en cours.

[53] A/CN.9/WG.IV/WP.67 (*Annuaire de la CNUDCI*: 1995), deuxième partie, chap. II, sect. D, n° 3, annexe.

[54] http://www.law.ualberta.ca/alri/ulc/current/euecafa.htm#3.

G. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session: aspects juridiques du commerce électronique: travaux futurs envisageables dans le domaine des contrats électroniques: analyse de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises: note du secrétariat

(A/CN.9/WG.IV/WP.91) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Pages*
INTRODUCTION	1-7	318
I. DOMAINE D'APPLICATION INTERNATIONAL ET PERSONNEL DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES VENTES	8-19	320
A. Internationalité de l'opération de vente	8-13	320
B. Parties à l'opération de vente	14-16	321
C. Critères d'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les ventes	17-19	321
II. DOMAINE D'APPLICATION MATÉRIEL	20-30	321
A. Marchandises	20-25	321
B. Contrat de vente	26-29	322
C. Vente aux consommateurs	30	323
III. FORME	31-38	323
A. Questions générales	31-35	323
B. Définition de "l'écrit" en vertu de l'article 13	36-38	324
IV. QUESTIONS DE FOND	39-55	324
A. Formation des contrats: questions d'ordre général	40-44	324
B. Formation des contrats: offre et acceptation	45-53	325
C. Efficacité des communications effectuées conformément à la troisième partie de la Convention des Nations Unies sur les ventes	54-55	326
CONCLUSION	56-57	326

INTRODUCTION

1. À sa trente-troisième session, tenue en 2000, 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 d'entreprendre des travaux. Le premier concernait les contrats électroniques du point de vue 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" ou "la Convention") 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 portant sur des services ou des "marchandises virtuelles", 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).

2. 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 rendre moins nette 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 domaine de l'Internet.

3. 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 favoriser 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 titres dématérialisés. On a fait observer qu'il faudrait également suivre les travaux d'autres organisations internationales dans ces domaines.

4. 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.

5. 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 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 la fonction de coordination était assurée pour éviter des chevauchements et garantir une harmonie dans la rédaction de ces divers projets. Le commerce électronique était généralement considéré comme l'un des domaines dans lequel 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[1].

6. La présente note vise à fournir au Groupe de travail des informations préliminaires sur des questions relatives aux contrats électroniques. Elle examine, sans prétendre du tout trancher la question, si les contrats électroniques exigent l'élaboration de nouvelles règles juridiques ou si celles qui sont appliquées aux contrats traditionnels peuvent répondre aux besoins des nouvelles techniques de communication (soit sous leur forme actuelle, soit avec certaines adaptations à déterminer). À cette fin, elle revient sur certaines des règles énoncées dans la Convention des Nations Unies sur les ventes, qui, de l'avis de très nombreux universitaires et praticiens, non seulement traite de l'une des principales formes de contrat commercial mais établit également des règles relevant du droit général des contrats (s'agissant, par exemple, de questions comme la formation des contrats ou les dommages-intérêts).

7. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se fonder, pour ses délibérations, sur l'analyse de la Convention des Nations Unies sur les ventes qui est présentée ici, sans perdre de vue qu'il faudra peut-être entreprendre des études plus approfondies sur les règles en vigueur ou à l'état de projet et sur d'autres instruments destinés spécifiquement à harmoniser certains aspects du droit régissant les opérations du commerce électronique. À titre d'exemple, on pourrait examiner l'*Uniform Computer Information Transactions Act* (UCITA) (la loi uniforme sur les transactions concernant les données informatiques), qui a été élaborée aux États-Unis d'Amérique où l'on a en effet estimé que l'approche adoptée dans le Code de commerce uniforme (UCC) pour les opérations de "vente de marchandises" ne permettait pas de prendre en compte les modalités de vente des services et des produits informatiques tels que les logiciels. Il conviendra peut-être de se pencher également sur d'autres initiatives visant à établir des règles uniformes pour le commerce électronique, telles que le projet de règles uniformes et de lignes directrices pour le commerce et le règlement électroniques (URETS) et le modèle de contrat de vente électronique (deux instruments actuellement mis au point par la CCI).

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 384 à 388.

I. DOMAINE D'APPLICATION INTERNATIONAL ET PERSONNEL DE LA CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES VENTES

A. Internationalité de l'opération de vente

8. Comme l'indique son article premier, la Convention des Nations Unies sur les ventes s'applique seulement aux contrats conclus entre des parties ayant leur établissement dans différents pays. Aux termes du paragraphe 2 du même article, il n'est "pas tenu compte" de cette "internationalité" "lorsque [celle-ci] ne ressort ni du contrat, ni de transactions antérieures entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat". Étant donné que le commerce électronique tend à rendre moins nette la distinction entre opérations nationales et internationales, il devient nécessaire d'examiner plus attentivement les dispositions susmentionnées.

9. Lorsque les parties à un contrat conclu sous forme électronique indiquent clairement où se situe leur établissement pertinent, il faut tenir compte de ce dernier pour déterminer le caractère international de l'opération de vente. En l'espèce, un contrat conclu électroniquement ne diffère guère d'un contrat conclu par des moyens plus traditionnels. La même remarque vaut pour les cas où une partie a plus d'un établissement (question traitée à l'article 10 de la Convention). En effet, selon plusieurs théoriciens du droit, le fait qu'une partie indique quel établissement doit être pris en considération pour une opération donnée est un critère important, voire essentiel, pour déterminer le caractère international d'un contrat visé par la Convention lorsque cette partie a plusieurs établissements. Une indication claire de l'établissement à prendre en considération évite également toute difficulté quant à savoir si les parties ont été suffisamment informées du caractère international de l'opération, comme l'exige le paragraphe 2 de l'article premier pour que la Convention s'applique.

10. Si les parties n'ont pas indiqué clairement l'établissement pertinent avant ou au moment de la conclusion du contrat, se pose la question de savoir si l'on peut déduire le lieu de l'établissement pertinent de certaines circonstances. À cet égard, il conviendra peut-être de tenir compte de l'adresse à partir de laquelle les messages électroniques sont envoyés. Lorsqu'une partie utilise une adresse comportant un nom de domaine qui renvoie à un pays déterminé (par exemple une adresse se terminant par ".at" pour l'Autriche, ".nz" pour la Nouvelle Zélande, etc.), on peut en inférer que l'établissement doit être situé dans ce pays. En conséquence, un contrat de vente conclu entre une partie qui utilise une adresse électronique désignant un pays donné et une autre partie qui se sert d'une adresse électronique renvoyant à un pays différent devrait être considéré comme international. La reconnaissance de la valeur juridique d'une adresse électronique rattachée à un pays par un nom de domaine aurait l'avantage de rendre les parties nécessairement conscientes du fait que le contrat ne peut pas être de caractère national. De ce fait, l'application de la Convention des Nations Unies sur les ventes ne pourrait être exclue au motif que les parties ignoraient le caractère international de leur opération, cas de figure qui est envisagé au paragraphe 2 de l'article premier.

11. La solution exposée ci-dessus consiste à situer l'établissement d'une partie (lorsqu'il n'a pas été indiqué par ailleurs ou ne peut être déterminé de toute autre manière) dans le pays désigné par l'adresse électronique. Elle ne permettrait pas de résoudre le cas où l'adresse ne fait apparaître aucun lien avec un pays particulier, par exemple lorsqu'elle comporte un nom de domaine générique tel que .com ou .net. On pourrait arguer qu'alors l'internationalité du contrat devrait toujours être présumée, ce qui se justifierait par le fait que la partie utilise une adresse sans lien avec un pays déterminé probablement parce qu'elle ne souhaite pas être rattachée à un pays ou veut être universellement accessible. Cette approche pourrait être combinée avec le paragraphe 2 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les ventes, à condition que l'on puisse présumer que toute personne concluant un contrat électronique avec une partie qui utilise ce type d'adresse ne pouvait ignorer le caractère "international" de ce contrat. Si cette solution est sans doute conforme aux dispositions de la Convention, il faudra néanmoins élaborer des règles complémentaires pour établir de telles présomptions.

12. On pourrait, afin de déterminer l'internationalité au sens de la Convention d'une opération de vente réalisée électroniquement, recourir à une autre méthode qui se fonderait sur une définition de l'"établissement" pour les cas où le contrat est conclu sous forme électronique. Une telle définition ne devrait évidemment pas modifier l'interprétation courante de cette notion, qui a été donnée par la doctrine à défaut de définition dans la Convention. Elle devrait également tenir compte du fait que l'établissement de chaque partie doit être aisément déterminable. À cette fin, tout devrait être fait pour éviter de créer une situation dans laquelle une partie serait considérée comme ayant son établissement dans un pays lorsqu'elle conclurait un contrat par des moyens électroniques et dans un autre pays lorsque le contrat serait conclu par des moyens plus traditionnels.

13. Cette méthode aurait l'avantage de rendre toutes les règles (relatives à l'internationalité, aux établissements multiples (article 10) et à la connaissance par les parties du caractère international de l'opération) qui sont applicables aux opérations de vente faisant appel à des moyens traditionnels également applicables aux opérations de vente réalisées électroniquement. Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il conviendrait d'étudier plus avant la teneur éventuelle d'une définition de la notion d'"établissement" aux fins des opérations de commerce électronique. À cet égard, on pourrait se demander comment des notions couramment employées dans la doctrine en rapport avec l'établissement dans le commerce traditionnel, telles que "stabilité" ou "caractère autonome", pourraient être transposées dans le cyberespace. Le Groupe de travail voudra peut-être conserver l'approche de l'équivalence fonctionnelle adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, mais il faudra peut-être aussi suivre un raisonnement juridique plus novateur sur ce point.

B. Parties à l'opération de vente

14. Si le caractère international de l'opération et, partant, l'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les ventes dépendent du lieu où les "parties" ont leur établissement, le concept de "partie" n'est pas pour autant défini dans la Convention. Se pose donc la question de savoir qui est partie à un contrat, non seulement pour les contrats électroniques, mais également pour des contrats conclus par des moyens plus traditionnels, par exemple lorsqu'un vendeur fait appel à un intermédiaire.

15. La Convention n'abordant pas la question de la représentation[2], on doit se référer à la loi nationale applicable pour déterminer qui est considéré comme "partie" à un contrat. Il reviendra donc à la loi nationale applicable de déterminer, par exemple, si le mandant ou son mandataire est partie à un contrat donné. La même solution (applicabilité de la loi nationale pour la question de la représentation) devrait s'appliquer aux agents électroniques.

16. En examinant si la solution présentée ci-dessus est appropriée, on ne devrait pas perdre de vue que la question de l'agent électronique a été débattue au sein du Groupe de travail de la CNUDCI lors de l'élaboration de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. À cette occasion, il avait été généralement considéré qu'un ordinateur ne devait pas devenir un sujet de droits ni d'obligations (voir *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, par. 35). La personne (physique ou morale) au nom de laquelle est programmé un ordinateur, par exemple pour émettre des commandes, devrait être responsable, en dernier ressort, de tout message généré par la machine. Il avait également été estimé que les parties devaient toutefois, sous réserve du principe mentionné ci-dessus, pouvoir créer librement un système de communication automatisé. À cet égard, il est intéressant de noter qu'un tel système ne serait pas incompatible avec la Convention, qui autorise expressément les parties à créer leurs propres règles (article 6). Le Groupe de travail souhaitera peut-être étudier la possibilité d'examiner plus en détail les conséquences de l'utilisation d'un système de communication entièrement automatisé dans le cadre de la formation des contrats.

C. Critères d'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les ventes

17. Pour que la Convention soit applicable à un contrat de vente internationale, non seulement les parties doivent avoir leur établissement dans différents pays, mais ces pays doivent également être des États contractants à la Convention à un moment donné (article 100) ou, lorsque la condition d'applicabilité énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier n'est pas remplie, les règles de droit international privé du for doivent mener à l'application de la loi d'un État contractant, comme le prévoit l'alinéa *b* de ce même paragraphe.

18. En ce qui concerne le premier critère d'applicabilité, il est indifférent que le contrat soit conclu sous forme électronique ou de toute autre manière, car la condition requise est que les pays où les parties ont leur établissement soient des États contractants. En effet, une fois déterminé le lieu de l'établissement, il devrait être aisé d'établir si le pays où est situé l'établissement était un État contractant au moment de la conclusion du contrat. Ce point vient également confirmer l'importance d'une définition pragmatique de la notion d'"établissement" dans un environnement électronique.

19. Pour ce qui est du second critère d'applicabilité, le recours à des moyens électroniques (par opposition à des moyens de communication plus traditionnels) pour la conclusion d'un contrat de vente internationale devient important lorsque les règles de droit international privé du for renvoient au lieu de conclusion du contrat en tant que facteur de rattachement. Dans ce cas, la détermination du lieu de la conclusion du contrat peut poser problème, notamment en l'absence de règles précises sur la question. Lorsque, toutefois, les règles de droit international privé du for se réfèrent à des facteurs de rattachement autres que le lieu de conclusion du contrat, comme le font, par exemple, la Convention interaméricaine de 1994 sur la loi applicable aux contrats internationaux et la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, l'utilisation de moyens électroniques ne devrait pas entraîner de difficultés différentes de celles qui découlent du recours à des moyens plus traditionnels. Dans ce domaine, il ne semble donc pas que les contrats conclus sous forme électronique doivent être traités différemment des contrats conclus de toute autre manière. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager la possibilité d'examiner plus en détail la notion de "lieu de conclusion" du contrat parallèlement à celle d'"établissement".

II. DOMAINE D'APPLICATION MATÉRIEL

A. Marchandises

20. La Convention des Nations Unies sur les ventes s'applique uniquement aux contrats de vente internationale de "marchandises", sans comporter toutefois de définition de ce dernier terme, ce qui ne signifie pas pour autant que la notion de "marchandises" dans cette Convention doive être interprétée par référence aux notions nationales. Comme pour la plupart des autres notions qu'elle contient (voir article 7), celle de "marchandises" doit être interprétée de façon "autonome", c'est-à-dire sans référence à un système juridique national particulier, afin de garantir l'uniformité.

[2]Voir, par exemple, OGH, 20 mars 1997, Österreichische Juristenzeitung 829 (1997), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 189; AG Tessin, 12 février 1996, Schweizerische Zeitschrift für europäisches und internationales Recht 135 (1996); AG Alsfeld, 12 mai 1995, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 120 (1996); KG Berlin, 24 janvier 1994, Recht der internationalen Wirtschaft 683 (1994), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 80; LG Hamburg, 26 septembre 1990, Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts 400 (1991), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 5.

21. La Convention semble incorporer une interprétation assez conservatrice du terme "marchandises" dans la mesure où l'on considère à la fois dans la doctrine et dans la jurisprudence qu'il recouvre essentiellement les biens meubles corporels[3]. Ainsi, selon la plupart des commentateurs, des droits intangibles, tels qu'un droit de brevet, une marque de fabrique, des droits d'auteur, une part dans une société à responsabilité limitée[4], ainsi qu'un savoir-faire ne doivent pas être considérés comme des "marchandises". Il en va de même pour les biens immeubles.

22. Il est manifeste que l'interprétation susmentionnée de la notion de "marchandises" est valide quel que soit le mode de conclusion — électronique ou autre — du contrat de vente. Il ne semble donc pas nécessaire de modifier cette notion telle qu'elle est actuellement interprétée pour la Convention afin de l'adapter aux besoins particuliers des contrats électroniques. Toutefois, il reste à savoir si la Convention vise (et, si ce n'est pas le cas, si elle devrait viser) ce que l'on définit parfois comme des "marchandises virtuelles" et qui pourraient entrer également dans la définition des "services". À cet égard, il pourrait être utile d'examiner la façon dont les logiciels sont traités par rapport à la Convention à la fois par les commentateurs et par les tribunaux. Bien qu'il ne s'agisse pas de biens corporels, selon de nombreux théoriciens du droit, leur vente peut entrer dans le domaine d'application matériel de cet instrument pour autant qu'ils ne soient pas fabriqués sur mesure, ou même dans le cas de logiciels standard, pour autant qu'ils ne soient pas considérablement modifiés pour être adaptés aux besoins particuliers d'un acheteur. Cette opinion s'appuie sur le fait que, dans ce genre de cas (qui ne diffèrent pas totalement de la vente de livres ou de disques), l'activité intellectuelle est incorporée dans les biens corporels. En dernière analyse, toutefois, cette opinion exclurait la vente de logiciels du domaine d'application matériel de la Convention chaque fois qu'ils ne sont pas incorporés dans un bien corporel, par exemple lorsqu'ils sont envoyés électroniquement.

23. L'opinion selon laquelle la vente de logiciels peut entrer dans le champ d'application de la Convention des Nations Unies sur les ventes a été récemment confirmée par plusieurs tribunaux. Dans un *obiter dictum,* une juridiction d'appel allemande a déclaré que la vente de logiciels standard pouvait être considérée comme une vente de marchandises, tout au moins lorsque le logiciel n'était pas fait sur mesure[5]. Un tribunal de première instance allemand est parvenu à la même conclusion dans une affaire antérieure[6].

24. Compte tenu de la jurisprudence susmentionnée, il apparaît utile, à des fins d'uniformité, de préciser si les logiciels doivent être considérés comme des "marchandises" au sens de la Convention. Si on élargit le domaine de cette dernière pour les y englober, il faudra examiner avec soin la portée de cet élargissement. À cet égard, il pourrait être nécessaire de prendre une décision de principe sur la question de savoir si la Convention devrait couvrir la vente de logiciels uniquement lorsque ceux-ci sont incorporés dans un bien corporel ou s'il vaudrait mieux qu'elle s'applique quelle que soit la manière dont ils sont vendus.

25. Même si l'on devait considérer un logiciel comme une "marchandise" au sens de la Convention, il faudrait probablement exclure de son champ d'application actuel la vente de "logiciels sur mesure", puisqu'aux termes du paragraphe 2 de l'article 3 la Convention "ne s'applique pas aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services". Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il est nécessaire d'étudier plus avant la possibilité d'établir des règles inspirées d'une version élargie du champ d'application de la Convention des Nations Unies sur les ventes, de manière à inclure la vente de logiciels ou d'autres produits dématérialisés dans le cyberespace et l'étendue éventuelle de l'élargissement requis.

B. Contrat de vente

26. La question de savoir si les "marchandises virtuelles" (qui peuvent aussi être considérées comme des services) devraient être incluses dans la notion de "marchandises" au sens de la Convention n'est pas la seule qui se pose lorsqu'il s'agit de décider si cet instrument doit viser les opérations portant sur ce type de marchandises. Une autre notion essentielle est celle de "contrat de vente".

27. Bien que la Convention ne définisse pas expressément le contrat de vente[7], on peut déduire des différents droits et obligations des parties ce qui doit constituer un "contrat de vente" entrant dans son champ d'application. Ainsi, le "contrat de vente" peut être (et a été) défini dans la jurisprudence comme un contrat en vertu duquel le vendeur doit livrer les marchandises, remettre tous documents y ayant trait et transférer la propriété sur les marchandises vendues, le vendeur étant quant à lui tenu de payer le prix des marchandises et d'en prendre livraison.

28. Étant donné ce que recouvre cette notion du "contrat de vente", on peut se demander si les opérations portant sur des "marchandises virtuelles" (ou des services) entrent effectivement dans cette définition. Selon certains commentateurs, la réponse est non, puisqu'elles se présentent sous forme de licences et non pas de ventes. La différence d'approche est ici considérable. Un contrat de vente, par exemple, libère le vendeur (c'est-à-dire "l'utilisateur") de toute restriction concernant l'utilisation du produit acheté et, ainsi, pose clairement les limites du contrôle que peut exercer le titulaire d'un brevet ou de droits d'auteur sur l'utilisation du produit qui incorpore le travail breveté ou qui est protégé par des droits d'auteur. Un accord de li-

[3]Voir Oberlandesgericht Köln, 26 août 1994, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Rapport 246 (1995), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 122.

[4]Voir Tribunal arbitral relevant de la Chambre hongroise de commerce et d'industrie, 20 décembre 1993, Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 161.

[5]Oberlandesgericht Köln, 26 août 1994, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Rapport 246 (1995), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 122.

[6]Voir également Oberlandesgericht Koblenz, 17 septembre 1993, Recht der internationalen Wirtschaft 934 (1993), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 281.

[7]Voir OGH, 10 novembre 1994, Österreichische Juristische Blätter 253 (1995), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 106.

cence, par contre, autorise le producteur ou le concepteur de la "marchandise virtuelle" (ou du service) à exercer un contrôle à toutes les étapes de la concession de licence (alors que la vente, comme on l'a vu, libérerait les utilisateurs de ces contrôles).

29. Il devient dès lors manifeste qu'il ne suffit pas de déterminer si la Convention des Nations Unies sur les ventes doit s'étendre à la "vente" de "marchandises virtuelles" (ou de services), question que l'on pourrait résoudre simplement en élargissant le champ d'application de cette Convention. En partant des diverses possibilités théoriques d'opérations sur le Web portant sur des logiciels (ou d'autres produits dématérialisés incorporant des droits de propriété intellectuelle), le Groupe de travail sera peut-être appelé à examiner, à titre préliminaire, au moins les trois questions suivantes: 1) Si ces opérations sont considérées comme des contrats de "vente de marchandises" (du fait éventuellement de l'établissement d'une règle fondée sur une version révisée de l'article 3 de la Convention), les règles de fond établies par la Convention sont-elles adaptées aux besoins pratiques de ces types de transactions? 2) Si le Groupe de travail souhaite recommander à la Commission d'établir des règles pour les opérations sur le Web impliquant directement la vente de services, ces règles peuvent-elles être dérivées de la Convention des Nations Unies sur les ventes? 3) S'il est fait recommandation à la Commission d'entreprendre des travaux concernant les opérations sur le Web impliquant un contrat de vente et d'autres contrats (par exemple l'octroi d'une licence) portant sur des marchandises et des services (et toute catégorie intermédiaire ou supplémentaire pouvant être créée), est-il possible de s'inspirer de la Convention pour concevoir un ensemble de règles couvrant un éventail aussi large? Le Groupe de travail souhaitera peut-être, lorsqu'il examinera ces questions, garder à l'esprit le débat en cours au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur la nature des marchandises, des marchandises virtuelles ou des services échangés dans le cyberespace.

C. Vente aux consommateurs

30. Selon son article 2 *a*, la Convention des Nations Unies sur les ventes ne régit pas les ventes "de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage". Pour ce qui est de cette exclusion, les moyens utilisés pour la conclusion d'un contrat (soit des moyens électroniques par opposition à des moyens plus traditionnels) ne semblent pas faire de différence. Dans tous les cas, l'acheteur est le seul à connaître l'objet de l'opération. Lorsqu'il informe le vendeur de cet objet, et que celui-ci est exclusivement personnel, familial ou domestique, la Convention ne s'applique pas. Toutefois, selon la doctrine, lorsque l'acheteur n'informe pas le vendeur de l'objet, l'applicabilité de la Convention dépend de la possibilité qu'a le vendeur de le reconnaître. Pour déterminer si cette possibilité existe, comme dans les cas où le contrat n'est pas formé électroniquement, il faut tenir compte d'éléments tels que le nombre d'objets achetés, leur nature, etc.

III. FORME

A. Questions générales

31. Bien que la Convention ne traite pas de manière générale des questions de validité, comme il est indiqué à l'article 4 *a*, elle traite expressément de la validité formelle des contrats de vente internationale de marchandises. De fait, l'article 11 dispose que "le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre condition de forme. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins". Cet article établit ainsi le principe selon lequel la formation et la constatation d'un contrat régi par la Convention ne sont soumis à aucune exigence de forme[8]. Un tel contrat peut donc être conclu oralement, par écrit[9] ou de toute autre manière. Partant, l'échange de messages électroniques devrait suffire à former un contrat en vertu de la Convention des Nations Unies sur les ventes, opinion à laquelle ont souscrit la plupart des théoriciens du droit.

32. Cependant, la liberté de forme d'un contrat de vente n'échappe pas aux effets des réserves que les États sont autorisés à formuler conformément à l'article 96. En vertu de cette disposition, "Tout État contractant dont la législation exige que les contrats de vente soient conclus ou constatés par écrit peut à tout moment déclarer, conformément à l'article 12, que toute disposition de l'article 11, de l'article 29 ou de la deuxième partie de la présente Convention autorisant une forme autre que la forme écrite pour la conclusion, la modification ou la résiliation amiable d'un contrat de vente, ou pour toute offre, acceptation ou autre manifestation d'intention ne s'applique pas dès lors que l'une des parties a son établissement dans cet État".

33. Certains auteurs interprètent cette disposition comme signifiant que lorsqu'une partie a son établissement dans un État qui a fait une déclaration en vertu de l'article 96 les tribunaux ne sont pas autorisés à passer outre les exigences de forme. Selon ces auteurs, les tribunaux doivent tenir compte des exigences de forme de l'État qui a fait la déclaration. Si cette opinion était acceptée, c'est donc le droit interne de l'État qui a fait une déclaration qui déterminerait si des contrats peuvent être formés ou constatés par des moyens électroniques. Et c'est uniquement si ce droit interne autorise une telle liberté de forme que la conclusion de contrats par des moyens électroniques deviendrait possible.

34. Selon d'autres auteurs, les effets d'une déclaration au titre de l'article 96 sont différents, à savoir que la réserve n'entraînerait pas automatiquement l'application des conditions de forme du droit interne de l'État qui a fait la déclaration. Ce serait en fait les règles de droit international privé de l'État du for qui devraient déterminer la loi applicable à la question de la forme. Ainsi, si ces règles mènent au droit d'un État contractant qui n'a pas fait de

[8]Voir OGH, 6 février 1996, Österreichische Zeitschrift für Rechtsvergleichung 248 (1996), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 176.

[9]Voir par exemple OLG München, 8 mars 1995, Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 134.

déclaration, le principe de l'absence de conditions de forme énoncé à l'article 11 serait applicable même si une partie a son établissement dans un État qui a formulé une réserve en vertu de l'article 96. Si les règles de conflit de lois devaient mener au droit d'un État qui a fait une déclaration, ce sont les règles de cet État sur les conditions de forme qui s'appliqueraient.

35. Si l'on suit ce raisonnement, il pourrait rester un certain nombre de cas dans lesquels, même si la Convention s'applique, les formes électroniques de communication n'auraient pas d'effets juridiques. La façon la plus efficace de résoudre ce problème serait de retirer les diverses déclarations faites en vertu de l'article 96, ce qui permettrait d'étendre le principe de l'absence de conditions de forme à tous les contrats de vente internationale de marchandises auxquels s'applique la Convention. Le Groupe de travail voudra peut-être explorer les moyens par lesquels les États contractants qui ont fait une déclaration en vertu de l'article 96 pourraient être encouragés à la retirer.

B. Définition de "l'écrit" en vertu de l'article 13

36. Alors que, en ce qui concerne les conditions de forme, l'article 11 traite de la manière dont un contrat est formé et de la forme sous laquelle un contrat de vente internationale de marchandises doit être constaté, l'article 13 donne une interprétation du terme "écrit". Aux termes de cet article, "aux fins de la présente Convention, le terme "écrit" doit s'entendre des communications adressées par télégramme ou par télex". Si les parties n'en conviennent pas autrement, un télex aussi bien qu'un télégramme satisfait à la condition de l'écrit. Selon de nombreux auteurs, l'article 13 devrait être appliqué par analogie aux communications par télécopie, dans la mesure où cette technique n'est qu'un développement du télex. Certains des auteurs qui partagent cet avis allèguent que les messages transférés par ordinateur ne satisfont pas à la condition de l'écrit, du fait essentiellement qu'aucune copie papier n'est reçue. D'autres auteurs déclarent à l'opposé que les formes électroniques de communication (telles que celles qui sont visées par la loi de la CNUDCI sur le commerce électronique) devraient aussi être considérées comme des "écrits" en vertu de la Convention des Nations Unies sur les ventes, arguant que celle-ci ne tranche pas expressément la question, même si elle la régit et qu'en vertu de son article 7 cette question doit donc être réglée selon ses principes généraux, à savoir celui de l'absence de condition de forme qui permet une interprétation extensive de l'article 13.

37. Même si le Groupe de travail adopte ce dernier point de vue, cela n'entraînera pas nécessairement une réponse uniforme à la question de savoir si, lorsque la Convention est applicable, les formes électroniques de communication satisfont toujours aux exigences de "l'écrit". Les points de vue demeurent divergents pour ce qui est des effets de l'article 13 dans les cas où un État a fait une déclaration en vertu de l'article 96 excluant l'application de l'article 11. Certains commentateurs estiment que, puisque aucune réserve ne peut être faite pour l'article 13, cet article garantit que, même lorsque c'est la loi d'un État qui a fait une déclaration qui s'applique, les conditions de forme de cet État sont satisfaites par un télex ou un télégramme, ainsi que par des formes électroniques de communication, tout au moins si l'on estime que l'article 13 vise également ce type de communication.

38. Selon un avis différent, l'article 13 a des effets plus limités. Il s'applique uniquement aux cas où la Convention se réfère elle-même à une exigence "d'écrit". Si l'on adopte ce point de vue, on ne peut être assuré que les formes électroniques de communication satisferont toujours à la condition de l'écrit. Si, par exemple, le droit interne d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'article 96 concernant l'article 11 est applicable, il reste à déterminer si, en vertu de ce droit interne, les formes électroniques de communication sont considérées comme des "écrits". Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la promotion de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique permettrait de traiter suffisamment la question de la définition de "l'écrit" dans le cadre de la Convention (voir *Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, par. 5).

IV. QUESTIONS DE FOND

39. Il convient d'établir une distinction entre la question de savoir si la Convention des Nations Unies sur les ventes s'applique aux contrats de vente internationale de marchandises conclus électroniquement et celle de savoir si les règles énoncées dans la Convention sont adaptées aux contrats électroniques. On analyse, dans les paragraphes suivants, certaines des principales dispositions de la Convention afin de déterminer si elles sont adaptées à un environnement électronique. Le Groupe de travail souhaitera peut-être, à partir de cette analyse, examiner si l'on peut s'inspirer des dispositions de la Convention, en particulier celles qui ressortissent au droit des contrats en général, pour élaborer des règles généralement applicables aux contrats électroniques.

A. Formation des contrats: questions d'ordre général

40. Les règles sur la formation des contrats énoncées dans la Convention, plus précisément les articles 14 à 24, figurent parmi celles qui traitent d'une question dépassant le cadre du droit de la vente et qui, de ce fait, pourraient servir de modèle pour l'élaboration de règles sur les contrats électroniques.

41. L'avantage des règles de la Convention est qu'elles ont fait la preuve de leur viabilité dans un environnement international, comme en témoigne, notamment, le fait qu'Unidroit s'en soit servi comme référence pour ses travaux d'unification, ayant abouti à l'élaboration des "Principes relatifs aux contrats du commerce international[10]". Toutefois, on peut se demander si, malgré leur succès qui s'explique par le fait qu'elles transcendent les différences

[10]Comparer les articles 2.1 et suivants des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international.

traditionnelles entre l'approche du droit romain et celle de la *common law*, les règles de la Convention relatives à l'offre et à l'acceptation traitent exhaustivement toutes les questions liées à la formation des contrats et, partant, peuvent servir à l'élaboration de règles générales sur les contrats électroniques.

42. Les règles énoncées dans la Convention visent principalement les cas où un contrat est formé par une offre et son acceptation. Il devient évident que ces cas ne recouvrent pas tous les modes de conclusion d'une convention si l'on tient compte de la complexité éventuelle des négociations qui peuvent comporter de nombreux échanges entre les parties et ne s'accordent pas nécessairement avec la conception traditionnelle de l'offre et de son acceptation. Selon une école de pensée, les conventions conclues sans offre ni acceptation clairement discernables n'entrent pas dans le champ d'application de la Convention et devraient, par conséquent, relever de la loi nationale applicable. Si l'on adopte ce point de vue, il pourrait être impossible de s'inspirer des règles de la Convention relatives à la formation des contrats de vente pour établir un corpus exhaustif de règles sur la formation des contrats électroniques.

43. Toutefois, de l'avis d'une majorité de commentateurs, la Convention régit même les accords conclus sans recours au schéma traditionnel "offre-acceptation". Le fait que ces accords ne soient pas expressément visés par la Convention ne signifie pas qu'ils sont exclus de son champ d'application, mais plutôt que les rédacteurs n'ont pas jugé nécessaire d'aborder spécifiquement cette question et d'avoir à résoudre les difficultés supplémentaires qu'ils auraient probablement rencontrées en essayant d'élaborer un libellé approprié pour ce type d'accords. De ce fait, comme toute autre matière régie par la Convention (mais non expressément tranchées par elle), la question de savoir s'il y a accord même sans offre et acceptation claires doit, conformément au paragraphe 1 de l'article 7, être réglée "selon les principes généraux dont elle s'inspire", par exemple le principe du consensualisme ainsi que le principe selon lequel le contrat existe à condition qu'il soit possible de discerner les éléments minimaux requis pour sa conclusion (par exemple les éléments définis à l'article 14 pour le contrat de vente).

44. Quelle que soit celle des deux approches ci-dessus qui sera adoptée concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes, il est évident que l'on devra tenir compte, lors de l'élaboration de règles sur les contrats électroniques, de l'absence de référence expresse, dans cet instrument, aux accords conclus autrement que par une offre et une acceptation claires.

B. Formation des contrats: offre et acceptation

45. L'article 14 de la Convention énonce les conditions de fond auxquelles une proposition doit satisfaire pour être considérée comme une offre: elle doit être adressée à une ou plusieurs personnes déterminées, être suffisamment précise (en ce sens qu'elle doit désigner les marchandises et, d'une manière ou d'une autre, fixer la quantité et le prix ou donner des indications permettant de les déterminer) et indiquer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation[11].

46. En ce qui concerne le critère de la précision, il semble que le moyen de communication utilisé n'ait pas d'importance. En d'autres termes, s'agissant de cette condition de fond, les moyens électroniques de communication ne posent pas plus de problèmes que d'autres formes de communication.

47. Ce raisonnement vaut, en principe, aussi pour l'exigence d'une volonté d'être lié, qui distingue une offre d'une invitation à l'offre. En règle générale, les publicités dans les journaux, à la radio et à la télévision, les catalogues, les brochures et les listes de prix, entre autres, sont considérés comme des invitations à soumettre des offres (selon certains auteurs, y compris dans les cas où ils sont destinés à un groupe déterminé de clients), car, en l'espèce, l'intention d'être lié est jugée inexistante. La même interprétation pourrait être étendue aux sites sur Internet par l'intermédiaire desquels un acheteur potentiel peut acquérir des marchandises: lorsqu'une société fait de la publicité pour ses produits sur Internet, elle devrait être considérée comme invitant simplement les personnes consultant son site à soumettre des offres.

48. Pour être considérée comme une offre, une proposition doit également être adressée à une ou plusieurs personnes déterminées. De ce fait, les listes de prix envoyées à un groupe indéterminé de personnes ne sont pas considérées comme des offres, même si elles sont adressées nominativement à chaque destinataire. La même règle générale peut s'appliquer en ce qui concerne les messages électroniques: grâce aux moyens électroniques de communication, il sera encore moins difficile d'envoyer des messages à un très grand nombre de personnes déterminées.

49. Le raisonnement présenté ci-dessus concernant l'offre et les conditions de fond auxquelles elle doit satisfaire est applicable *mutatis mutandis* à l'acceptation.

50. Conformément à la Convention, l'offre comme l'acceptation (du moins dans la plupart des cas) prennent effet au moment de leur "réception", telle que définie à l'article 24, qui dispose que "aux fins de la présente partie de la Convention, une offre, une déclaration d'acceptation [...] "parvient" à son destinataire lorsqu'elle lui est faite verbalement ou est délivrée par tout autre moyen au destinataire lui-même, à son établissement, à son adresse postale [...]".

51. Pour les moyens traditionnels de communication, tels que la parole ou le papier, la disposition précitée ne semble pas susciter de difficulté. Pour les moyens électro-

[11] Voir OGH, 10 novembre 1994, Österreichische Juristische Blätter 253 (1995), Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 106.

niques, par contre, se pose la question de savoir si l'article 24 peut s'appliquer sans problème. Il faut probablement y répondre par l'affirmative. Il s'agit seulement de définir ce qu'on entend par "réception" du message électronique. À cet égard, on peut se reporter à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui indique, au paragraphe 2 de l'article 15, à quel moment un message électronique doit être réputé reçu. On peut donc en conclure que la Convention des Nations Unies sur les ventes, en particulier son article 24, contient une règle pouvant servir de modèle général, y compris dans un environnement électronique. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner dans quelle mesure cette règle devrait être davantage précisée pour être utile dans la pratique de la passation de contrats électroniques.

52. On peut tenir le même raisonnement en ce qui concerne le principe de l'"expédition" qui (s'agissant de la formation des contrats) est applicable, par exemple, au titre du paragraphe 1 de l'article 16, selon lequel "une offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié une acceptation". Cette règle peut être appropriée même pour un environnement électronique, mais ne semble pas assez précise. Si le moment auquel une déclaration sur papier est expédiée ne semble pas susciter de doute, il est en revanche difficile de savoir quand un message électronique doit être considéré comme ayant été envoyé. À cet égard, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique est encore une fois utile, car la notion d'"expédition" y est définie au paragraphe 1 de l'article 15 comme suit: "l'expédition d'un message de données intervient lorsque celui-ci entre dans un système d'information ne dépendant pas de l'expéditeur ou de la personne ayant envoyé le message au nom de l'expéditeur".

53. Il semble toutefois qu'un problème puisse se poser si les messages électroniques sont comparés à des formes plus traditionnelles de communication, telles que les télégrammes, les lettres et les télex, car la Convention contient une disposition qui établit une distinction entre ces différentes formes. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 20 en effet, "le délai d'acceptation fixé par l'auteur de l'offre dans un télégramme ou une lettre commence à courir au moment où le télégramme est remis pour expédition ou à la date qui apparaît sur la lettre ou, à défaut, à la date qui apparaît sur l'enveloppe. Le délai d'acceptation que l'auteur de l'offre fixe par téléphone, par télex ou par d'autres moyens de communication instantanés commence à courir au moment où l'offre parvient au destinataire." En conséquence, pour savoir à partir de quel moment le délai d'acceptation commence à courir, il faudrait déterminer si le message électronique doit être assimilé à un moyen de communication instantané plutôt qu'à une lettre ou à un télégramme.

C. Efficacité des communications effectuées conformément à la troisième partie de la Convention des Nations Unies sur les ventes

54. Alors que la deuxième partie de la Convention se fonde sur le principe selon lequel les communications prennent effet au moment où elles sont reçues[12], la troisième partie s'appuie sur un principe différent. En disposant qu'"un retard ou une erreur dans la transmission de la communication ou le fait qu'elle n'est pas arrivée à destination ne prive pas cette partie au contrat du droit de s'en prévaloir", les rédacteurs de la Convention ont retenu, du moins selon la plupart des commentateurs, le principe de l'"expédition", car, en l'absence de convention contraire des parties ou de disposition contraire dans la Convention[13], le destinataire assume le risque de perte, de retard ou d'altération du message.

55. Comme pour le principe de la "réception", le problème consiste là encore à définir la notion d'"expédition" aux fins des contrats électroniques et non à savoir si la règle est adaptée à un environnement électronique. Pour le résoudre, il suffit probablement de suivre la suggestion faite plus haut, à savoir se référer à la définition énoncée au paragraphe 1 de l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (voir par. 52 ci-dessus).

CONCLUSION

56. Il semble que la Convention des Nations Unies sur les ventes soit d'une manière générale appropriée non seulement pour les contrats conclus par des moyens traditionnels, mais également pour les contrats conclus électroniquement. Les règles qui y sont énoncées offrent apparemment des solutions viables, y compris dans un environnement électronique. Certaines d'entre elles, notamment celles sur l'efficacité des communications, devront peut-être être adaptées à cet environnement.

57. Il faut établir une distinction entre le problème de l'applicabilité de la Convention aux contrats conclus électroniquement et la question de savoir si la Convention vise également la vente de "marchandises virtuelles". Comme cela a été indiqué précédemment, les opérations portant sur ce type de marchandises (ou services) peuvent sembler s'apparenter non pas à des ventes mais à des accords de licence. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si des règles inspirées de la Convention des Nations Unies sur les ventes devraient être élaborées pour ce type d'opération.

[12]Pour les exceptions, voir les articles 19-2 et 21-1.

[13]Voir, par exemple, les articles 47-2, 48-2 et 3.

H. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session: aspects juridiques du commerce électronique: proposition de la France: note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.93) [Original: anglais]

À la suite de la publication du document A/CN.9/WG.IV/WP.89, le secrétariat a reçu le texte d'une proposition de la délégation française. Ce texte est reproduit en annexe à la présente note tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

ANNEXE

LES OBSTACLES JURIDIQUES AU DÉVELOPPEMENT DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE DANS LES TEXTES INTERNATIONAUX RELATIFS AU COMMERCE INTERNATIONAL: MOYENS D'Y REMÉDIER

Note de la France

1. La délégation française se félicite de la très grande qualité du document A/CN.9/WG.IV/WP.89 et souhaite ajouter les observations suivantes sur le sujet qu'il aborde.

2. La prise en compte des équivalents électroniques est nécessaire, non seulement pour une série de traités internationaux en vigueur à ce jour, mais aussi pour d'autres instruments. Il s'agit de faire évoluer des instruments conventionnels déjà conclus, mais aussi de faire figurer les équivalents électroniques dans les nouveaux instruments conventionnels conclus dans le domaine du commerce international et de faire évoluer les instruments non conventionnels (modèles de lois uniformes, règles standard, règlements et recommandations d'organisations internationales).

3. Comme le souligne le document WP.89, la mise en œuvre des diverses procédures de révision d'instruments conventionnels ne constitue probablement pas une procédure satisfaisante: chaque révision serait conditionnée par la procédure spécifique prévue au traité; la procédure serait éventuellement longue. Ces révisions seraient finalement extrêmement aléatoires. L'efficacité du procédé serait d'autant plus hypothétique qu'au terme de la renégociation les révisions ne permettraient pas nécessairement de parvenir à une définition identique des termes d'"écrit", de "signature" et de "document".

4. Il convient toutefois de relever que l'objectif poursuivi n'est pas d'interpréter, ni de modifier ou de réviser des accords antérieurs; il est beaucoup plus vaste et consiste à permettre l'usage de moyens de communication autres que les documents sur support papier dans le commerce international.

5. La délégation française est donc de l'avis qu'il convient d'élaborer un texte qui soit le plus général possible et qui permettra d'éviter des révisions ponctuelles, instrument par instrument. De même, dans la mesure où les instruments déjà conclus ont souvent un caractère obligatoire (traités internationaux), il conviendrait de conclure à nouveau un instrument obligatoire. La conclusion d'un traité international s'impose donc. La conclusion d'un seul traité est recommandée comme une solution de bon sens, permettant d'éviter la prolifération de définitions concurrentes dans différents traités. Les définitions de la loi type de la CNUDCI pourraient constituer la base de la négociation.

6. Un nouvel accord admettant les équivalents électroniques de l'écrit, de la signature et du document dans le commerce international n'est pas incompatible avec les traités de commerce international antérieurs qui retiennent des supports classiques. Il n'existe pas de véritable contradiction entre le droit antérieur à la conclusion du nouvel accord et le nouvel accord introduisant les équivalents électroniques. Une clause du nouveau traité devrait l'indiquer de façon explicite. Le paragraphe 2 de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 mentionne en effet que lorsqu'un traité précise qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec un autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent.

7. La formule d'un accord interprétatif de traité préexistant ne correspondrait sans doute pas au but recherché. Il ne s'agit pas en effet de négocier un accord qui interpréterait, modifierait ou amenderait des traités préexistants, mais de conclure un nouvel accord admettant les équivalents électroniques. Il faudrait donc éviter de faire figurer dans le nouvel accord la liste des traités antérieurs. Ainsi, la volonté des États qui seront parties au nouvel accord sera prise en compte sans que la non-participation au nouvel accord d'autres États puisse être considérée comme l'expression d'un refus des équivalents électroniques.

8. La CNUDCI serait certainement le cadre approprié d'élaboration d'un tel document, des réflexions sur ces questions y ayant déjà été engagées. La procédure en forme simplifiée permettrait sans doute une entrée en vigueur rapide du nouvel accord, par simple signature. Il convient toutefois de permettre aux États de respecter leurs procédures internes et de ne pas exclure à ce stade la possibilité que d'autres procédures soient ouvertes (ratification, acceptation, approbation, adhésion). L'important est que le nouvel accord bénéficie de la sorte d'une plus large participation possible.

9. Lors de la signature de l'accord, l'adoption d'une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies incitant les États à y devenir parties soulignerait utilement l'importance de la reconnaissance des nouveaux moyens de communication par voie électronique pour favoriser le commerce international. D'autres organisations pourraient être sollicitées (recommandation du Conseil général de l'OMC, recommandation de l'OCDE, règlements de l'OACI)

10. La multiplication de ces textes de portée juridique plus ou moins contraignante et la conclusion d'un nouveau traité permettraient très probablement de susciter une pratique et une *opinio juris* aboutissant à la formation d'une nouvelle norme coutumière admettant les équivalents électroniques dans le contexte du commerce international.

I. Projet de Loi type sur les signatures électroniques: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales (A/CN.9/492 et Add.1 à 3) [Original: anglais]

A/CN.9/492

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	328
COMPILATION DES COMMENTAIRES	329
A. ÉTATS	329
Colombie	329
France	334
République tchèque	334
B. ORGANISATIONS NON GOUVERNEMENTALES	335
Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international	335

INTRODUCTION

1. À sa trentième session, en 1997, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a fait siennes les conclusions formulées par le Groupe de travail sur le commerce électronique, à l'issue de sa trente et unième session, sur la question de savoir s'il serait souhaitable et possible d'établir des règles uniformes concernant les signatures numériques et les autorités de certification, ainsi que, éventuellement, sur des questions connexes (voir A/CN.9/437, par. 156 et 157). Elle a chargé le Groupe de travail d'établir des règles uniformes concernant les questions juridiques posées par les signatures électroniques et les autorités de certification[1]. Le Groupe de travail s'est attaqué à cette tâche à sa trente-deuxième session (janvier 1998), en s'appuyant sur 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 celui-ci avait manifestement éprouvé, tout au long de ses trente et unième et trente-deuxième sessions, des difficultés à parvenir à une appréhension commune des nouveaux problèmes juridiques soulevés par l'utilisation croissante de signatures électroniques, numérisées ou autres. On s'accordait cependant généralement à estimer que les progrès accomplis jusque-là portaient à penser que le projet de règles uniformes concernant les signatures électroniques commençait à prendre forme et à paraître pouvoir fonctionner. La Commission a réaffirmé la décision qu'elle avait prise à sa trentième session en ce qui concerne la possibilité d'établir ces règles uniformes, et elle a constaté avec satisfaction que le Groupe de travail s'était fait une large réputation sur le plan international en tant qu'instance internationale particulièrement importante pour les échanges de vues concernant les problèmes juridiques liés au commerce électronique et pour l'élaboration de solutions à ces problèmes[2].

2. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux à ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (juillet 1998 et février 1999) en s'appuyant sur des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76, A/CN.9/WG.IV/WP.79 et A/CN.9/WG.IV/WP.80). À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ces deux sessions (A/CN.9/454 et A/CN.9/457). Elle s'est généralement accordée à penser que des progrès sensibles avaient été accomplis dans la compréhension des problèmes juridiques liés aux signatures électroniques, mais elle a aussi considéré 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. Après en avoir débattu, elle a réaffirmé ses décisions antérieures concernant la possibilité d'établir ces règles uniformes, et elle a déclaré qu'elle comptait bien sur le Groupe de travail pour avancer encore à ses sessions suivantes. Sans fixer de délai à celui-ci pour accomplir son mandat, elle l'a instamment prié de s'employer à terminer sans tarder l'élaboration des règles uniformes. Un appel a été lancé à toutes les délégations pour qu'elles s'engagent de nouveau à rechercher activement un consensus concernant l'objet et la teneur du projet de règles uniformes[3].

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

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

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

3. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux à ses trente-cinquième et trente-sixième sessions (septembre 1999 et février 2000) en s'appuyant sur des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.82 et A/CN.9/WG.IV/WP.84). À sa trente-troisième session (2000), 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). On a constaté que le Groupe de travail avait adopté à sa trente-sixième session le texte des articles 1er et 3 à 12 des règles uniformes. Certaines questions restaient à préciser, du fait que le Groupe de travail avait décidé d'écarter du projet de règles uniformes la notion de signature électronique renforcée. On a fait valoir que, selon les décisions que prendrait le Groupe de travail sur les articles 2 et 13, il pourrait falloir réviser le reste du projet, afin d'éviter d'aboutir à une situation dans laquelle la norme fixée par les règles uniformes s'appliquerait de la même manière aux signatures électroniques qui garantiraient un niveau de sécurité élevé et aux certificats de moindre valeur susceptibles d'être utilisés dans les communications électroniques n'étant pas destinées à avoir des conséquences juridiques importantes.

4. Après en avoir débattu, la Commission a remercié le Groupe de travail du mal qu'il s'était donné et des progrès qu'il avait accomplis dans l'élaboration du projet de règles uniformes concernant les signatures électroniques. Elle l'a engagé à achever ses travaux sur la question à sa trente-septième session et à examiner le projet de guide pour l'incorporation desdites règles dans le droit interne que le secrétariat devait établir[4].

5. À sa trente-septième session (septembre 2000), le Groupe de travail a examiné les questions liées aux signatures électroniques en s'appuyant sur une note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.84) et sur les projets d'articles qu'il avait adoptés à sa trente-sixième session (A/CN.9/467, annexe).

[4]Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 380 à 383.

6. Après avoir examiné les articles 2 et 12 (ce dernier portant le numéro 13 dans le document A/CN.9/WG.IV/WP.84) ainsi que les modifications à apporter en conséquence aux autres articles, le Groupe de travail a adopté la teneur des projets d'articles sous la forme du projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Le texte de celui-ci figure en annexe au rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-septième session (A/CN.9/483).

7. Le Groupe de travail a examiné le projet de guide pour l'incorporation des règles uniformes dans le droit interne que le secrétariat avait établi (A/CN.9/WG.IV/WP.86 et Add.1). Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée du projet de guide pour tenir compte des décisions prises par le Groupe de travail en fonction des différentes vues, suggestions et préoccupations formulées au cours de sa trente-septième session. Par manque de temps, le Groupe de travail n'a pas pu terminer son débat sur le guide. Il a été convenu qu'il devrait se réserver du temps à sa trente-huitième session pour achever d'examiner ce point de son ordre du jour. Il a été noté que le projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques ainsi que le projet de guide pour l'incorporation des règles uniformes dans le droit interne seraient présentés à la Commission pour examen et adoption à sa trente-quatrième session, qui devait se tenir à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001[5].

8. Dans le cadre des préparatifs de la trente-quatrième session de la Commission, le texte du projet de loi type approuvé par le Groupe de travail a été distribué à tous les gouvernements et aux organisations internationales intéressées pour qu'ils soumettent leurs commentaires. Les commentaires qui avaient été reçus au 15 mai 2001 de trois gouvernements et d'une organisation non gouvernementale sont reproduits ci-après tels qu'ils ont été communiqués au secrétariat.

[5]A/CN.9/483, par. 21 à 23.

COMPILATION DES COMMENTAIRES

A. États

Colombie

[Original: espagnol]

1. Commentaires généraux

Le Gouvernement colombien a suivi de près les travaux réalisés au sein de la CNUDCI. Il a non seulement participé à ces travaux, mais il a également adopté dans son ordre juridique interne les orientations sur lesquelles reposent les dispositions convenues par la Commission. La Loi 527 de 1999 en est un exemple clair, puisqu'elle incorpore la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996, en y apportant quelques modifications qui répondent à l'intention de l'État d'offrir une plus grande sécurité juridique pour les opérations effectuées à l'aide de messages de données.

Étant donné l'importance de l'instrument international adopté par la CNUDCI, les principes de la Loi type ont été repris dans la Loi 527 de 1999. Toutefois, la Commission de rédaction colombienne a ajouté une partie qui définit les conditions auxquelles les autorités de certification[6] doivent satisfaire pour mener leur activité, ainsi que les fonctions de l'organisme national compétent pour les autoriser à exercer et chargé d'assurer un contrôle et un suivi, afin de protéger les usagers et les consommateurs sur ce nouveau marché desservi par ce type d'entités.

[6]Dénommées, dans la loi colombienne, entités de certification (*entidades de certificación*).

Afin d'offrir une plus grande sécurité juridique aux usagers du commerce électronique, on a introduit l'obligation pour les personnes morales souhaitant fournir des services de certification de s'enregistrer[7] auprès d'un organisme étatique[8]. Cette obligation a été précisée dans le décret 1747 de 2000, par lequel le Gouvernement a fixé les conditions d'exercice de l'activité de certification. Ce processus s'est achevé avec l'adoption, la même année, de la résolution 26930 par la Direction de l'industrie et du commerce.

Par ailleurs, afin de suivre de près, au niveau national, les travaux de la CNUDCI, en particulier ceux du Groupe de travail sur le commerce électronique, on a créé un comité interinstitutionnel spécial chargé d'analyser les conséquences, pour la Colombie, du projet de Loi type sur les signatures électroniques élaboré par le Groupe de travail.

2. *Commentaires concernant le projet de Loi type sur les signatures électroniques*

Il convient de souligner l'excellente qualité de l'œuvre accomplie par le Groupe de travail et du document présenté aux délégations, dont on constate qu'il est le fruit d'un travail réfléchi et appliqué tenant compte de la complexité du sujet.

Cependant, on ne parvient pas à discerner, dans le projet de texte, l'objectif concret de la Loi type ni sa relation avec les travaux réalisés précédemment par le Groupe de travail, lesquels ont abouti à l'adoption de la Loi type sur le commerce électronique.

La Loi type de 1996 est une proposition générale sur le traitement juridique qu'il faut accorder aux messages de données et sur la sécurité juridique qui doit accompagner les relations commerciales nouées à l'aide de tels messages. Elle énonce les principes fondamentaux que les États pourraient appliquer pour se doter d'une réglementation sur le commerce électronique et contribuer à l'harmonisation juridique escomptée.

S'il est clair que le projet[9] traite une question spécifique importante pour l'identification et l'authentification des usagers, on ne saurait pour autant perdre de vue qu'il s'inscrit dans un contexte global dont il n'est pas facile de s'extraire. Dès lors, la première préoccupation du Gouvernement colombien a trait à l'objet de la Loi type et à sa cohérence avec les travaux antérieurs sur le commerce électronique réalisés au sein de la CNUDCI.

L'objectif du projet et sa relation avec la Loi type sur le commerce électronique ne sont pas suffisamment clairs. Il est évident pour la Colombie que les travaux de la CNUDCI doivent être suffisamment cohérents pour adresser un message clair aux États qui ont entrepris d'incorporer les textes de la Commission, de sorte qu'ils puissent distinguer les modalités de chacune des propositions et se rendre compte qu'elles sont non pas contradictoires mais complémentaires, et donc que toutes deux visent des objectifs communs, à savoir harmoniser et unifier le droit dans ce domaine, offrir une sécurité juridique et réduire l'incertitude engendrée par les relations commerciales électroniques.

À cet égard, on constate que le projet ne tient pas compte des principes généraux prévus dans la Loi type sur le commerce électronique, comme celui de l'équivalence fonctionnelle, auxquels il ne fait pas expressément référence. Dans certains cas, le projet inclut expressément les principes de la Loi type, notamment en ce qui concerne le champ d'application, l'interprétation, la dérogation conventionnelle et la définition des messages de données.

Les équivalents fonctionnels sont fondamentaux lorsqu'il s'agit de donner effet aux lois types sur le commerce électronique, car ils contribuent à la sécurité juridique qu'apportent les outils technologiques, qui permettront également d'établir un lien solide entre le document et la signature qui approuve celui-ci.

Le projet prévoit que la Loi type s'applique lorsque des "signatures électroniques" sont utilisées dans le contexte d'activités commerciales, alors que la Loi type sur le commerce électronique fait référence à des "messages de données" utilisés en rapport avec des activités commerciales. Dans le cas de la Colombie, la Loi 527 de 1999 a une portée plus large, puisqu'elle s'applique à toute information, de quelque nature qu'elle soit, prenant la forme de "messages de données", qu'ils soient utilisés dans le cadre d'activités commerciales ou non.

Nous partageons l'avis selon lequel la référence aux activités commerciales et la définition du mot "commercial" donnent au projet un champ d'application suffisamment large pour éviter toute restriction. Aussi proposons nous de laisser le texte tel qu'il a été approuvé, dans la mesure où les États peuvent en modifier la portée.

Apparemment, le projet viendrait en complément de la Loi type sur le commerce électronique de 1996, vu qu'il ne comporte pas de définitions comme celles d'"écrit" ou d'"original", qui sont fondamentales pour l'échange de messages de données sous forme numérique, conformément au principe de l'équivalence fonctionnelle, ni les autres présomptions du chapitre III relatif à la communication de messages de données.

Toutefois, le projet n'est pas clair sur ce point, car il est impossible d'inférer de sa lecture s'il s'agit de deux instruments complémentaires ou de deux instruments totalement indépendants, auquel cas les États pourraient opter pour l'un ou l'autre, ce qui entraînerait un dilemme pour les pays ayant choisi comme cadre de référence la Loi type sur le commerce électronique de 1996. Il faudrait inclure une recommandation pour ces pays ainsi qu'une recommandation plus spécifique, concernant les deux textes, pour les pays qui ne les ont pas adoptés ou qui sont sur le point de les adopter.

Il faudrait également préciser ce point dans le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type sur les signatures électroniques et insérer la recommandation dans la résolution de la Commission approuvant la Loi type et le Guide pour l'incorporation, afin de montrer clairement que la Loi type sur les signatures électroniques et la Loi type sur le commerce électronique doivent être adoptées de manière conjointe ou complémentaire.

[7]La loi 527 de 1999 parle d'autorisation pour l'exercice des activités de certification.

[8]La Direction de l'industrie et du commerce (Superintendencia de Industria y Comercio).

[9]Projet de loi type sur les signatures électroniques.

En outre, le projet ne définit pas les notions de "signature électronique considérée fiable" ou de "signature électronique ayant des effets juridiques" étayée par un prestataire de services de certification. Or, une telle définition permettrait de distinguer celles-ci de la "signature électronique", ce qui contribuerait à lever toute ambiguïté entre elles.

La signature doit être liée à un document et exprimer l'approbation par le signataire du contenu de ce document. À cet égard, l'article 6 relatif à la satisfaction de l'exigence de signature n'est pas très clair, son libellé pouvant être amélioré notamment en ce qui concerne les effets juridiques.

L'article 6 dispose qu'il est satisfait à l'exigence de signature dans le cas d'un message de données s'il est fait usage d'une technique de signature électronique dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet visé, ce qui permet aux parties de conclure une convention en la matière.

Il dispose en outre qu'une signature électronique est considérée fiable si les données afférentes à sa création sont liées exclusivement au signataire, si elles sont sous le contrôle exclusif de ce dernier, si toute modification apportée à la signature après le moment de la signature est décelable[10] et, enfin, dans le cas où l'exigence légale de signature a pour but de garantir l'intégrité de l'information à laquelle elle se rapporte, si toute modification apportée à cette information est décelable.

On devrait donc en déduire qu'une signature électronique considérée comme fiable est l'équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite.

D'autre part, il est fait mention d'une modification apportée après le moment de la signature, mais sans référence à une date précise, alors que ce serait un moyen de la déceler avec plus de certitude et d'en définir les effets juridiques. Il faudrait examiner cette question plus attentivement.

Par ailleurs, le projet prévoit l'existence d'une personne, d'un organe ou d'une autorité, de droit public ou privé, compétent pour déterminer quelle signature électronique est considérée comme fiable et quelle est la méthode appropriée, laquelle devra être conforme aux normes internationales reconnues.

Il est proposé, pour éviter tout conflit de compétences entre organismes étatiques, que la Commission désigne l'organe international compétent pour définir les normes internationales, sous réserve que ledit organe fasse des propositions et des recommandations aux États pour qu'ils déterminent, par les voies internes habituelles, les conditions d'adoption de ces normes sans préjudice, en tout état de cause, du principe de l'autonomie de la volonté applicable à tous les aspects du projet.

Il faut en effet tenir compte de la primauté du droit qu'ont les particuliers de fixer les modalités techniques régissant leurs relations et du fait que c'est le non-exercice de ce droit qui emporte l'application des normes internationales préalablement définies par un organe international et reprises par l'État, soit par l'intermédiaire d'un organe interne, soit par le développement des pratiques du commerce électronique.

On ne saurait commettre l'erreur de restreindre la liberté des particuliers de convenir d'une technique déterminée de signature électronique appropriée à leurs relations et encore moins d'exclure l'utilisation d'une telle technique par la définition d'une norme obligatoire. Les normes internationales permettront de guider les usagers du commerce électronique dans l'utilisation adéquate et sûre des technologies de l'information.

L'organe international qui sera désigné pour définir les normes internationales devra tenir compte du fait que ces dernières ne peuvent être contraires au principe de la neutralité technique.

La question des normes internationales devient particulièrement importante lorsqu'il s'agit d'harmoniser et d'appliquer uniformément les aspects juridiques du commerce international, car ce sont elles qui permettront aux États d'assurer techniquement un degré minimal de protection et, partant, de sécurité.

L'existence d'un organe chargé d'examiner et d'arrêter des normes internationales permettrait de réduire le fossé technologique qui sépare les différents pays et d'utiliser de manière homogène les outils du commerce électronique.

Le projet introduit expressément le principe de neutralité technique visant "l'égalité de traitement des techniques de signature". Il dispose notamment que, sauf convention contraire entre les parties, le même traitement doit être accordé aux techniques de signature de manière à ne pas exclure, restreindre ou priver d'effets juridiques une quelconque méthode de création de signature électronique satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 ou aux exigences de la loi applicable. De notre point de vue, ce principe est énoncé dans la Loi type sur le commerce électronique ainsi que dans la définition du terme "signature" à l'article 7 de la Loi 527 de 1999, de manière moins précise mais avec des conséquences juridiques similaires.

Cet aspect du projet présente une incohérence. L'article 3 établit, en se référant à l'article 5, la possibilité pour les parties d'accorder une valeur juridique à des méthodes de création de signature électronique. Toutefois, si l'on examine attentivement l'article 7, cette possibilité serait restreinte, car la question de savoir si la signature électronique utilisée satisfait aux exigences de l'article 6 serait tranchée par la personne, l'organe ou l'autorité, de droit public ou privé, indiqué par l'État adoptant comme compétent pour déterminer quelles signatures électroniques satisfont aux dispositions de l'article 6, en d'autres termes, à l'exigence de signature. Ainsi, on restreint la possibilité pour les parties de prévoir des exceptions ou de conclure une convention contraire.

Les pays de droit écrit, lorsqu'ils acceptent ce type de normes, devraient les adopter de manière impérative, faute de quoi elles n'auraient aucun effet concret, si ce n'est que leur non-respect entraînerait des sanctions. Or, pour la Colombie, cet aspect n'aurait aucun sens pratique du fait

[10]Ces conditions sont similaires à celles qui sont énoncées à l'article 28 de la loi 527 de 1999 relatif aux attributs juridiques de la signature numérique, lorsque celle-ci est assimilée à la signature manuscrite.

de la primauté de l'autonomie des parties dans l'ensemble de la loi. En d'autres termes, une convention entre les parties ne pourrait plus modifier ce qui aurait été préalablement établi par un organe compétent concernant la satisfaction d'une signature électronique aux exigences de l'article 6.

Il est donc proposé que l'entité chargée d'établir les normes internationales soit un organe international désigné par la Commission pour servir de point de référence aux États, lesquels détermineront les modalités d'adoption des normes proposées, et que le texte entre crochets "[*Toute personne, tout organe ou toute autorité, de droit public ou privé, indiqué par l'État adoptant comme compétent en la matière*]" soit supprimé.

Si, au contraire, la proposition de désigner un organe international pour la fixation de normes n'est pas acceptée, il importe alors de préserver le principe de l'autonomie de la volonté, en ajoutant à l'article proposé le membre de phrase suivant: "sans préjudice de toute convention des parties pour utiliser une méthode de création de signature électronique". L'article en question serait libellé comme suit: *"Toute personne, tout organe ou toute 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, sans préjudice de toute convention des parties pour utiliser une méthode de création de signature électronique."*

Le projet dispose que pour déterminer si les systèmes, procédures ou ressources humaines utilisés par un prestataire de services de certification sont fiables, il est tenu compte de facteurs tels que: *a)* les ressources humaines et financières, y compris l'existence d'avoirs; *b)* la qualité du matériel et des logiciels; *c)* les procédures de certification et la possibilité d'accès à l'information; *d)* la régularité et l'étendue des audits effectués par un organisme indépendant; *e)* l'existence d'une déclaration de l'État, d'un organisme d'accréditation ou du "prestataire de services de certification" concernant le respect ou l'existence de ces facteurs.

Ainsi, la déclaration concernant le respect ou l'existence des facteurs qui déterminent la fiabilité des systèmes, des procédures ou des ressources humaines utilisés est laissée à la discrétion du prestataire de services de certification. Il serait plus approprié, comme c'est le cas en Colombie, que cette déclaration soit faite par l'organisme indépendant effectuant l'audit, lequel serait un tiers neutre au même titre que l'État ou l'organisme d'accréditation, et non par le prestataire de services de certification. Cette disposition pouvant se prêter à de multiples interprétations, il est proposé de la supprimer.

L'alinéa f *de l'article 10 serait libellé comme suit:*

"f) *existence d'une déclaration de l'État, d'un organisme d'accréditation ou d'un organisme d'audit indépendant concernant le respect ou l'existence des critères énumérés ci-dessus*."

Par ailleurs, la notion de signature ayant des effets juridiques étant de nouveau mentionnée, il importerait de préciser à quel type de signature électronique il est fait référence — il pourrait s'agir de l'équivalent fonctionnel de la signature manuscrite, qui serait la signature électronique considérée comme fiable. Or, selon ce concept, il peut exister des signatures électroniques utilisées à des fins autres que la production d'effets juridiques, comme celles visées à l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique. Il faut approfondir davantage cette question compte tenu du fait que, dans d'autres législations, des concepts tels que ceux de signature électronique fiable, signature électronique avancée, signature électronique reposant sur un certificat ou, dans le cas de la Colombie, signature numérique, sont envisagés comme des équivalents fonctionnels de la signature manuscrite.

S'agissant des certificats numériques, le projet prévoit qu'un certificat émis ou une signature électronique créée ou utilisée à l'étranger a les mêmes effets juridiques dans l'État adoptant qu'un certificat émis ou une signature électronique créée ou utilisée sur le territoire de ce même État, à condition qu'ils offrent un "niveau de fiabilité substantiellement équivalent", qui est déterminé compte tenu des normes internationales reconnues et de tous autres facteurs pertinents. Ce principe de reconnaissance internationale admet également une convention entre les parties, à moins que celle-ci soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable.

À cet égard, se pose le problème de la définition du "niveau de fiabilité substantiellement équivalent", expression assez ambiguë et vaste, qui constitue une difficulté pour les pays de droit écrit, car il faut être certain des éléments constitutifs de cette définition pour l'appliquer et pour éviter les interprétations erronées.

Il ne fait aucun doute que le commerce électronique a une incidence sur le marché en raison non seulement des avantages qu'il offre pour faciliter les échanges, mais également de l'incertitude qu'il génère quant à la nécessité de garantir tant la sécurité que la fiabilité des opérations. D'où l'importance d'une surveillance et, au besoin, d'un contrôle d'organismes étatiques qui veilleraient au bon fonctionnement du système et à la protection des droits des usagers et des consommateurs.

3. Grandes lignes du guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type sur les signatures électroniques

Le Gouvernement colombien estime que le guide devrait, en premier lieu, reprendre les principes fondamentaux énoncés dans la Loi type sur le commerce électronique, à savoir l'internationalité de la loi, la neutralité technique, l'équivalence fonctionnelle, l'autonomie de la volonté et la souplesse, afin de préserver le lien avec les travaux concernant la Loi type sur le commerce électronique et de contribuer à l'harmonisation du droit.

Le Guide doit exposer l'objectif concret de la Loi type sur les signatures électroniques et indiquer combien il importe que les États tiennent compte des travaux menés par le Groupe de travail sur le commerce électronique depuis 1985, afin d'envisager la question dans son ensemble et d'incorporer cet instrument dans leur droit de façon harmonieuse.

Il faut que les États qui n'ont pas encore défini leur situation interne en ce qui concerne le commerce électro-

nique aient une vision globale et générale des travaux de la CNUDCI et ne pensent pas qu'il s'agit de travaux séparés.

Si le texte de la Loi type ne comporte aucune disposition concernant les normes internationales et l'organe chargé de les définir, il est néanmoins utile d'y faire référence dans le guide, afin que les États en tiennent compte lorsqu'ils définiront la fiabilité de leurs systèmes ainsi que les critères à prendre en considération pour accepter l'utilisation de telle ou telle technique.

De même, si la Loi type ne comporte aucune disposition relative à la surveillance et au contrôle, il importe de mentionner leur utilité dans l'environnement numérique, compte tenu non seulement des principes du commerce électronique, mais également de la bonne foi de ceux qui effectuent des opérations électroniques et de la protection des droits du consommateur.

La protection des droits du consommateur peut amener les États à se doter de moyens performants et pertinents permettant de développer le commerce électronique, car l'exercice d'un contrôle efficace, loin de freiner un tel développement, offre au contraire la sécurité à ceux qui recourent à des moyens électroniques pour établir des relations commerciales.

4. *Aspects juridiques du commerce électronique*

Tout au long des discussions menées au sein de la CNUDCI et du Groupe de travail sur le commerce électronique, on s'est attaché à mettre en place des mécanismes juridiques propres à éliminer l'incertitude liée aux opérations électroniques tout en assurant la validité et la force contraignante nécessaires à leur fiabilité.

Dans ce souci d'assurer la sécurité juridique, on a proposé la Loi type sur le commerce électronique et la Loi type sur les signatures électroniques, qui visent à l'harmonisation du droit dans le domaine du commerce électronique, compte tenu des inégalités techniques entre les différents États pour que ceux-ci intègrent dans leur législation certaines orientations générales propices à cette harmonisation.

Toutefois, de nombreuses questions restent à ce jour sans solution et, pour certains États, des propositions comme les lois types ne sont pas suffisantes pour les résoudre. C'est pourquoi un débat s'est ouvert sur la possibilité d'élaborer un instrument international contraignant sur le commerce électronique qui définirait, de manière uniforme, les modalités juridiques des opérations commerciales effectuées à l'aide de messages de données.

Il y a actuellement d'autres aspects juridiques qui exigeraient éventuellement l'élaboration d'un tel instrument, afin d'étoffer le principe de l'équivalence fonctionnelle et la définition des termes "signature", "écrit" et "original" et d'en élargir ainsi le champ d'application pour faire converger les différents systèmes juridiques.

À ce jour, il importe pour la Colombie de connaître l'avis des autres délégations à ce sujet et d'en examiner les implications.

5. *Travaux futurs possibles sur le commerce électronique*

La Colombie juge tout à fait pertinents les trois thèmes proposés pour les travaux futurs du Groupe de travail sur le commerce électronique. Elle considère également que ces thèmes revêtent la même importance et la même actualité dans la dynamique du commerce électronique.

Compte tenu de cette importance, il est proposé d'entreprendre des travaux à ce sujet, en coordination avec les groupes de travail et les organismes internationaux qui, à l'heure actuelle, examinent ces thèmes simultanément, afin de ne pas perdre de temps et d'éviter les doubles emplois. Cela se justifie d'autant plus qu'au terme du débat au sein de la Commission quant à l'instance appropriée pour discuter et analyser les thèmes pouvant être abordés par le Groupe de travail, il a été conclu que cette instance était sans aucun doute la CNUDCI.

Pour la Colombie, deux des thèmes proposés, les contrats électroniques et l'arbitrage en ligne, revêtent une importance particulière, ce qui ne signifie pas pour autant que le sujet de la dématérialisation des titres représentatifs ait moins d'intérêt.

S'agissant des contrats électroniques, domaine extrêmement incertain et dont le développement est encore précaire, on a déjà intégré les principes d'autonomie de la volonté et de bonne foi des parties dans l'environnement électronique, et il sera désormais nécessaire d'établir des liens plus étroits avec les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international.

Dans le cas de la Colombie, ce thème revêt encore plus d'importance, vu l'impulsion donnée aux entreprises colombiennes pour qu'elles utilisent le commerce électronique, en s'appuyant sur une législation souple et sûre, dans le cadre de laquelle elles concluraient couramment des contrats électroniques.

Pour ce qui est de l'arbitrage en ligne, il faut noter que ce thème est lié aux contrats électroniques. Depuis toujours, l'arbitrage a servi à faciliter le règlement des litiges entre parties à un contrat et permis de régler des questions de domicile, de législation et de compétence.

Ce thème demeure, sans aucun doute, étroitement lié à la pratique quotidienne des entreprises et à la détermination de leurs relations dans le cadre des contrats électroniques.

Toutefois, la Colombie estime qu'il importe d'entreprendre une étude spécifique sur la portée des activités de l'administration publique, celle-ci s'affirmant de plus en plus comme un acteur principal du commerce et son intervention étant fondamentale pour le développement de ce dernier.

En dépit des différentes théories économiques qui préconisent la non-intervention de l'État dans l'économie, il ne faut pas perdre de vue que l'État est un des acteurs qui contribuent le plus à l'interaction entre les entreprises, soit comme intermédiaire — formalités du commerce extérieur, contrôle des changes, contrôles douaniers — soit comme acquéreur et fournisseur de biens et de services.

De même, il convient de noter qu'il y a eu une évolution des activités exercées par les États. Ceux-ci ont besoin d'une infrastructure matérielle et technique et de processus de qualité, et il leur faut devenir plus productifs et plus compétitifs pour être suffisamment efficaces et assurer un service public dans les meilleures conditions.

C'est pourquoi la grande majorité des États ont officiellement entrepris de relever les défis de la nouvelle économie et de se préparer à la mise en place d'une infrastructure matérielle, technique et humaine adaptée pour répondre aux exigences des nouvelles relations commerciales.

Cette politique vise non seulement à assurer au pays un niveau technique comparable à celui d'autres pays, mais également à développer pratiquement des processus d'interaction avec les usagers dans un contexte de sécurité juridique.

Il importe pour cela de fixer des normes uniformes sur l'utilisation des messages de données et des signatures électroniques dans des actes ou contrats intéressant l'administration publique ou la fonction notariale, ainsi que dans des documents soumis à des formalités particulières aux fins de validité ou de preuve, de même que sur la manière dont ces actes et documents peuvent s'intégrer à un environnement numérique sans perdre leur essence.

De l'avis de la Colombie, il est clair que le Groupe de travail sur le commerce électronique de la CNUDCI, en se fondant sur les principes énoncés dans la Loi type sur le commerce électronique et dans le projet de loi type sur les signatures électroniques, peut guider efficacement les législateurs nationaux de pays de droit continental ou de pays dans lesquels la loi prévoit certaines formalités administratives et notariales associées à la signature ou l'authentification obligatoire par un tiers et où d'autres conditions, telles que l'identification des intervenants et/ou la présence personnelle des parties, sont exigées.

Ces équivalents fonctionnels peuvent être définis à partir de l'utilisation de dispositifs de sécurité comme la signature numérique et les certificats numériques qui garantissent la fiabilité, l'intégrité et la confidentialité des informations échangées entre les parties à chaque acte ou opération et le tiers intervenant pour vérifier l'identité des parties et le contenu de leurs déclarations.

La définition uniforme des principes d'équivalence fonctionnelle dans ces domaines permettrait à l'État d'opérer plus efficacement le passage à des systèmes d'information électroniques et assurerait un certain degré de sécurité juridique concernant les informations que les entreprises et les particuliers communiquent à l'État ou aux organismes gouvernementaux.

6. Conclusions

Le Gouvernement colombien, par l'intermédiaire du Comité interinstitutionnel composé de différents organismes publics et privés s'occupant de commerce électronique, suit de près l'examen des problèmes soulevés en la matière dans les diverses instances internationales et, plus particulièrement, au sein de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, considérée comme l'instance appropriée pour connaître des questions liées au commerce électronique.

En raison de l'intérêt que le commerce électronique suscite en Colombie, le Gouvernement entend poursuivre ses travaux sur le sujet. Dès lors, le présent document donne un premier aperçu de sa position, lequel devrait être complété et approfondi pour la réunion de la Commission.

France

[Original: français]

De façon générale, la France ne souhaite pas que le texte, issu de plusieurs années de négociations, soit remis en cause à l'occasion de la session de la CNUDCI.

Elle souhaite formuler les brèves suggestions qui suivent et qui ne sont pas susceptibles de remettre en cause l'équilibre du texte.

Article 9-1 d *iv*: la fin de la phrase fait référence à la responsabilité stipulée par le prestataire de services de certification, qui est déjà le sujet de la phrase principale; le sous-alinéa iv devrait donc se lire:

"toute restriction quant à l'étendue de *sa* responsabilité stipulée par *ses soins*"

Il conviendrait, au demeurant, de tenir compte de ce que la responsabilité est en outre stipulée par chacune des parties (prestataire de services de certification et signataire) et non pas uniquement par le prestataire. Par conséquent, la phrase suivante pourrait être ajoutée à la fin de l'article 8 relatif aux normes de conduite du signataire:

> *"Il fournit au prestataire de services de certification à l'intention de toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer, s'il y a lieu, à partir du certificat prévu à l'article 9 ou de toute autre manière, toute restriction relative à sa responsabilité."*

Article 11 b: il conviendrait de remplacer "si une signature électronique est étayée par" par "si une signature repose sur".

République tchèque

[Original: anglais]

Commentaires généraux

Nous attachons beaucoup d'intérêt à l'ensemble des travaux et activités de la CNUDCI visant à unifier les règles relatives au commerce électronique. Nous souhaiterions saisir l'occasion qui nous est donnée pour vous informer que la loi n° 227/2000 Coll. sur les signatures électroniques est entrée en vigueur le 1er octobre 2000 en République tchèque.

Commentaires sur des points particuliers

Article premier: le champ d'application de la loi tchèque nº 227/2000 Coll. est plus étendu que celui du projet de loi type de la CNUDCI tel que défini dans cet article. Il n'est pas limité aux activités commerciales. Toutefois, étant donné l'objet du projet de loi type, nous considérons que le champ d'application est suffisant et satisfaisant.

Article 7: nous approuvons le libellé proposé entre crochets. Conformément à la loi nº 227/2000 Coll. précitée, une autorité spéciale, à savoir l'Office pour la protection des données personnelles, est autorisée à accréditer les prestataires de services de certification qui remplissent les conditions requises. Cette accréditation concerne les signatures électroniques renforcées, qui doivent être utilisées à des fins particulières. Nous considérons cette mesure comme une forme de détermination prévue dans cette disposition de Loi type.

Conclusion

Le projet de loi type de la CNUDCI a été une source d'informations juridiques très précieuse pour les travaux récents (mais le sera également pour les travaux futurs) d'élaboration de lois tchèques sur ce sujet. À l'heure actuelle, la priorité absolue pour le pays est d'harmoniser son droit avec la législation de l'Union européenne.

B. Organisations non gouvernementales

Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international

[Original: anglais]

Il faudrait certainement plus de temps pour examiner attentivement le projet de loi type.

La responsabilité juridique dans certain cas de manquement n'est toujours pas définie avec précision dans le projet.

Il semble, toutefois, qu'une référence aux règles générales de responsabilité reste nécessaire dans le cas où aucun traitement particulier ne serait requis.

D'autre part, la limitation de la responsabilité des parties dans plusieurs articles pourrait donner lieu à certains problèmes et difficultés, car il semble que jusqu'ici les moyens techniques permettant de garantir les signatures ne soient pas encore au point, et tant qu'ils ne le sont pas l'application de ces dispositifs serait très risquée.

Cette imprécision se retrouve en de nombreux endroits du projet. En outre, il est fait référence à des normes et à des facteurs qui ne sont pas définis précisément s'agissant de déterminer si des certificats ou des signatures électroniques offrent un niveau de fiabilité substantiellement équivalent.

Il est également très important de noter que, du fait que nombre d'États arabes sont en train d'élaborer des lois sur le commerce et sur les signatures électroniques, une traduction exacte des documents et des dispositions serait des plus utiles. Lorsqu'on compare les textes arabes et anglais, on constate que la version arabe est loin d'être satisfaisante.

Une note détaillée, actuellement en préparation, sera envoyée sous peu au siège de la CNUDCI.

A/CN.9/492/Add.1

INTRODUCTION

1. Dans le cadre des préparatifs de la trente-quatrième session de la Commission, le texte du projet de Loi type sur les signatures électroniques tel qu'approuvé par le Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-cinquième session a été distribué à tous les gouvernements et aux organisations internationales intéressées pour qu'ils soumettent leurs commentaires. Le 15 juin 2001, le secrétariat a reçu une note du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, qui est reproduite ci-après telle qu'elle lui a été communiquée.

Le Royaume-Uni ne souhaite pas que le texte des articles fasse l'objet d'un nouveau débat général à la prochaine session de la CNUDCI. Il propose néanmoins d'y apporter une légère modification qui, il l'espère, permettra de mieux préciser l'un des objectifs du certificat.

À la dernière session du Groupe de travail sur le commerce électronique, il a été convenu d'améliorer le texte du projet de Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type, afin de préciser que, dans le cas d'une "signature numérique" obtenue par cryptographie à double clef et d'un certificat s'y rapportant, un objectif important de ce dernier est de certifier qu'il s'agit de la "clef publique" appartenant au signataire. Cette précision figure déjà au paragraphe 97 du projet de Guide (deuxième partie du document A/CN.9/493).

Afin que cela apparaisse clairement aussi dans la Loi type et que celle-ci soit en conformité avec le Guide, nous proposons d'apporter deux petites modifications rédactionnelles aux articles 2 et 9.

a) À l'article 2 relatif aux définitions, l'alinéa *b* devrait désormais être libellé comme suit:

Article 2 b

Le terme "certificat" désigne un message de données ou un autre enregistrement confirmant:

i) Dans le cas où une clef cryptographique privée et une clef cryptographique publique sont utilisées respectivement pour créer et vérifier une signature électronique, le lien entre le signataire et la clef cryptographique publique; et

ii) Dans tous les cas, le lien entre le signataire et les données afférentes à la création de signature.

b) À l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 9, il est proposé d'ajouter, après le sous-alinéa iii, un sous-alinéa iv libellé comme suit:

Article 9-1 c

iii) ...; et

iv) Dans tout cas relevant de sous-alinéa i de l'alinéa *b* de l'article 2, si la clef cryptographique publique est celle du signataire identifié dans le certificat;

A/CN.9/492/Add.2

INTRODUCTION

1. Dans le cadre des préparatifs de la trente-quatrième session de la Commission, le texte du projet de Loi type sur les signatures électroniques, tel qu'approuvé par le Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-cinquième session, a été distribué à tous les gouvernements et aux organisations internationales intéressées pour qu'ils soumettent leurs commentaires. Le 29 juin 2001, le secrétariat a reçu une note des États-Unis d'Amérique et une autre de la Chambre de commerce internationale. Ces deux notes, dans lesquelles étaient présentés des commentaires et des observations concernant le projet de Loi type sur les signatures électroniques, sont reproduites ci-après telles qu'elles ont été communiquées au secrétariat.

COMPILATION DES COMMENTAIRES

A. États

États-Unis d'Amérique

Nous estimons que, comme cela a été dit à la trente-huitième session du Groupe de travail, et compte tenu de la forte représentation des groupes du monde des affaires et de spécialistes du droit du commerce électronique, il faudra apporter un minimum de changements au projet de Loi type pour que celle-ci favorise le commerce sans avoir d'effets négatifs sur le commerce électronique.

D'autres changements et corrections techniques seront proposés selon que de besoin. Les changements les plus importants que nous jugeons nécessaires concernent les articles 8 à 11:

1) *Articles 8 à 11:* il faudrait prévoir une restriction générale selon laquelle les critères et les règles énoncés dans ces articles doivent être appliqués de façon raisonnable compte tenu des circonstances de la transaction considérée et de la nature des parties. Des obligations strictes ne sont pas appropriées si elles s'appliquent à un large éventail de transactions apparues dans le contexte du commerce électronique.

2) *Article 8-1* a*:* le membre de phrase "conformément aux pratiques commerciales établies" devrait être inséré après les mots "dispositions raisonnables".

3) *Article 8-1* b*:* afin d'écarter une prescription excessivement étendue que de nombreux commentateurs refusent parce qu'ils la considèrent inapplicable, cet alinéa devrait être reformulé comme suit:

"*b)* déploie, sans retard injustifié, des efforts raisonnables pour entamer les procédures éventuelles lui permettant d'aviser les parties se fiant à la signature électronique si:"

4) *Article 8-2:* déterminer des règles de responsabilité applicables à une seule partie est une façon exceptionnelle de procéder en droit commercial qui ne prend pas en compte de façon équilibrée les actes des autres parties et entravera inutilement l'utilisation des signatures électroniques à des fins commerciales. Il faudrait donc réviser ce paragraphe de la façon suivante pour l'aligner sur l'article 11: "Un signataire assume les conséquences juridiques de tout manquement ..."

5) *Articles 9 et 10:* ces articles portent sur une application technologique qui est utilisée à certaines fins commerciales, mais qui peut être inadaptée si elle est appliquée à un éventail plus large de fonctions dans le contexte du commerce électronique. En outre, les prescriptions énoncées ne peuvent pas être respectées dans le cas de la plupart des signatures électroniques et peu de services pourraient s'y conformer. Ces deux articles ne protègent pas de façon suffisante la liberté des prestataires de servi-

ces de limiter la portée des services qu'ils offrent et les risques de voir leur responsabilité inutilement engagée.

6) *Article 9-1* f*:* outre qu'il faudrait l'étoffer afin de donner aux prestataires de services la possibilité de déterminer dans quelle mesure on peut se fier à leurs services et de fixer les limites de ces services, cet alinéa ne devrait pas être lié à l'article 10, étant donné que les exigences de ce dernier dépassent de loin les ressources disponibles et les services proposés d'une manière générale dans ce secteur d'activité.

7) *Article 9-2:* comme le paragraphe 2 de l'article 8, ce paragraphe vise à déterminer la responsabilité d'une partie sans faire mention du rôle des autres parties, ce qui est inopportun en droit commercial.

Le paragraphe 2 de l'article 9 devrait être modifié comme suit:

"Sous réserve des limites éventuelles raisonnablement applicables en ce qui concerne la portée ou l'ampleur des services à fournir, ainsi que des limites de responsabilité stipulées par le prestataire de services de certification, celui-ci assume les conséquences juridiques de tout manquement aux dispositions du paragraphe 1."

8) *Article 10:* comme on l'a indiqué, les exigences énoncées vont bien au-delà des pratiques effectivement suivies dans le cas des services habituellement fournis à l'heure actuelle. Il faudrait donc modifier la première phrase en y ajoutant le membre de phrase suivant: "... facteurs suivants, dans la mesure où il en est généralement tenu compte dans la pratique commerciale pour le niveau de services fourni, et s'il en est tenu compte par la partie qui se fie à la signature ou au certificat:".

9) *Article 11:* l'article 11 devrait être modifié afin de faire en sorte que, conformément aux pratiques commerciales et transactionnelles, lorsqu'il y a lieu, les parties se fiant à une signature ou à un certificat assument, s'agissant de déterminer la fiabilité d'une signature, une responsabilité plus grande que ce que prévoit actuellement cet article.

B. Organisations non gouvernementales

Chambre de commerce internationale (CCI)

La délégation de la Chambre de commerce internationale (CCI) à la CNUDCI a mis sa connaissance du monde des affaires et ses compétences technologiques au service du Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique pour l'élaboration de son projet de règles uniformes sur les signatures électroniques et du guide complémentaire pour l'incorporation de ces règles.

La CCI appuie pleinement les travaux de la CNUDCI et estime qu'en sa qualité d'organisation mondiale du monde des affaires elle peut apporter une contribution à ces travaux grâce à la place privilégiée qu'elle occupe dans le secteur privé. Dans ce but, elle souhaite aborder trois questions concernant les versions actuelles de la Loi type et du Guide pour son incorporation qui seront examinées pendant la série de discussions en cours à la CNUDCI.

Les observations de la CCI sont présentées ci-après par ordre d'importance.

1. Guide pour l'incorporation de la Loi type, paragraphes 69, 135 et 159

La CCI désire avant tout que les paragraphes 135 et 159 de la version actuelle du Guide pour l'incorporation de la Loi type soient amendés pour tenir compte des modifications apportées au paragraphe 69 de cette même version le 13 mars 2001 lors de la session du Groupe de travail sur le commerce électronique à New York. À cette session, la CCI ainsi que la délégation espagnole ont demandé que ces paragraphes soient amendés afin de limiter le risque qu'il ne soit pas dûment tenu compte des processus de normalisation volontaires menés par les entreprises. La CCI suggère que ce concept soit incorporé dans les paragraphes 135 et 159 soit directement, soit au moyen d'un renvoi au paragraphe 69.

2. Article 5 de la Loi type

Des sociétés membres de la CCI du monde entier se sont déclarées très préoccupées par le fait que l'article 5 de la Loi type pourrait, s'il n'était pas modifié, avoir un effet négatif important sur l'utilisation des signatures électroniques et le commerce électronique. Par conséquent, la CCI demande instamment que cet article soit modifié en ayant recours à l'une ou l'autre des options ci-après (indiquées par ordre de préférence):

Option 1

Supprimer la clause finale de l'article 5 ("à moins que cette convention soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable");

Option 2

Remplacer les mots "de la loi applicable" par les mots "des principes d'ordre public obligatoires".

La CCI estime que les modifications proposées ci-dessus sont nécessaires pour les raisons suivantes:

- *Risque de confusion.* De nombreux juges nationaux n'auront peut-être pas accès au Guide lorsqu'ils appliqueront les dispositions de la Loi type telles qu'elles sont incorporées dans le droit national et pourraient interpréter l'expression "loi applicable" comme signifiant que n'importe quelle loi, décision faisant jurisprudence ou autre disposition juridique, même si elle n'a pas beaucoup de poids, devrait l'emporter sur l'autonomie des parties (voir ci-après). L'expression "loi applicable" pourrait donc être prise dans un sens trop large.
- *Clarification.* Le Guide pour l'incorporation de la Loi type (voir par. 110) indique clairement que l'autonomie des parties ne devrait être limitée que par "des règles obligatoires, par exemple [...] des règles adoptées pour des raisons d'ordre public", expression qui, dans la plupart des

systèmes juridiques, serait interprétée de façon relativement étroite comme désignant des règles répondant à un intérêt public ou gouvernemental impérieux. Toutefois, en vertu de l'article 5, la "loi applicable", expression que l'on peut interpréter comme désignant pratiquement n'importe quel type de disposition juridique, peut l'emporter sur l'autonomie des parties. Supprimer cette expression ne modifierait rien quant au fond, mais ne ferait que concrétiser l'intention du Groupe de travail.

• *Élimination d'une disposition inutile.* Il est inutile de limiter l'autonomie des parties étant donné que dans la plupart des systèmes juridiques les règles obligatoires d'ordre public l'emporteraient sur l'autonomie des parties dans tous les cas (que ces règles soient ou non mentionnées dans le texte).

• *Effets néfastes potentiels pour le commerce.* À l'heure actuelle, de nombreuses utilisations des signatures électroniques ne sont possibles que s'il est pleinement donné effet aux relations contractuelles entre les parties. Donner aux législateurs et aux tribunaux nationaux l'impression erronée que la CNUDCI a l'intention de limiter plus qu'il n'est absolument nécessaire l'autonomie des parties pourrait être très préjudiciable au commerce électronique.

3. Articles 8 à 11 de la Loi type

La CCI estime que les articles 8 à 11 de la Loi type ont une portée trop grande, sont difficiles à appliquer et ne tiennent pas compte des réalités commerciales. La CCI attend avec intérêt de pouvoir continuer à examiner l'impact de ces dispositions en tenant compte de ces réalités.

A/CN.9/492/Add.3

INTRODUCTION

1. Dans le cadre des préparatifs de la trente-quatrième session de la Commission, le texte du projet de Loi type sur les signatures électroniques tel qu'approuvé par le Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-cinquième session a été distribué à tous les gouvernements et aux organisations internationales intéressées pour qu'ils soumettent leurs commentaires. Le 3 juillet 2001, le secrétariat a reçu une note de la délégation grecque. Cette note, dans laquelle étaient présentés des commentaires et des propositions concernant le projet de Loi type, est reproduite ci-après telle qu'elle a été communiquée au secrétariat.

COMPILATION DES COMMENTAIRES

A. États

Grèce

1. Article 2 d

Le "signataire" est une personne qui agit soit pour son propre compte, soit pour le compte d'une "personne qu'il représente". Apparemment, le signataire est une personne physique, mais il peut représenter une personne physique ou morale. Il serait donc peut-être opportun d'ajouter, après le mot "personne" (à la troisième ligne), les mots: "physique ou morale".

2. Article 2 e

On peut se demander quels "autres services liés aux signatures électroniques" le "prestataire de services de certification" peut fournir dans la pratique, à part délivrer des certificats.

3. Article 3

La "loi applicable" (deux derniers mots de l'article) sera déterminée par l'application de la règle de droit international privé appropriée du tribunal saisi. La question est de savoir s'il faudrait ajouter après les mots "loi applicable" les mots "conformément à la règle de droit international privé appropriée".

4. Article 4-1

a) Ce qui importe peut-être le plus "pour l'interprétation de la présente Loi" est son caractère (ou sa nature) international ainsi que son objet. Si tel est bien le cas, il faudrait remplacer les mots "de son origine internationale" (aux première et deuxième lignes) par les mots "de son origine et de son caractère internationaux, de son objet".

b) "Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle" peuvent être tranchées non seulement "selon les principes généraux dont elle s'inspire", mais aussi "en appliquant des règles par analogie". La question est de savoir s'il est opportun d'ajouter ces (six) mots.

5. Article 5

"Loi applicable" (deux derniers mots): l'observation concernant l'article 3 (voir par. 3 ci-dessus) vaut également pour cet article.

6. Article 6-3 a

Il est suggéré d'ajouter le mot "*only*" après le mot "*linked*" dans la version anglaise du projet (deuxième ligne), afin d'insister sur ce point.

7. Article 6-3 b

Pour la même raison, on pourrait ajouter avant le mot "*control*" (première ligne), le mot "*exclusive*" dans la version anglaise du projet.

8. Article 7-2

Ce paragraphe semble énoncer une évidence. Faut-il le conserver ou serait-il préférable de le supprimer?

9. Article 8-2

Certes, le signataire est responsable de tout "manquement aux exigences...", mais ce manquement doit être dû au fait qu'il n'a "pas exercé une diligence raisonnable" pour satisfaire à ces exigences... Peut-être un ajout serait-il nécessaire pour "qualifier le "manquement".

10. Article 9-1 f

On pourrait peut-être ajouter les mots "des moyens", de préférence entre les mots "des systèmes" et "des procédures".

11. Article 9-2

L'observation concernant le mot "manquement" faite à propos du paragraphe 2 de l'article 8 (voir par. 9 ci-dessus) vaut également pour le paragraphe 2 de l'article 9.

12. Article 10

a) L'observation concernant l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9 (voir par. 10 ci-dessus) vaut également pour cet article (deuxième ligne).

b) Si l'énumération des "facteurs" faite dans cet article n'est pas exhaustive mais indicative, le mot "indicatifs" pourrait être inséré entre les mots "facteurs" et "suivants" (à la quatrième ligne). Dans ce cas, l'alinéa *g* de l'article 10 devrait être supprimé car il serait superflu.

13. Article 10 e

Pourquoi seulement un "organisme" (c'est-à-dire une personne morale)? Le recours à une personne physique (indépendante) est-il autorisé ou interdit?

14. Article 11 b

L'intention qui sous-tend cette disposition est-elle d'établir, entre autres, une "présomption" (légale) de manquement? Peut-être serait-il utile, voire nécessaire, d'apporter des clarifications qui pourraient même être de nature rédactionnelle.

J. Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques: note du secrétariat

(A/CN.9/493) [Original: anglais]

1. En application des décisions prises par la Commission à ses vingt-neuvième (1996)[1] et trentième (1997)[2] sessions, le Groupe de travail sur le commerce électronique a consacré ses trente et unième à trente-septième sessions à l'élaboration du projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (appelé -ci après "la Loi type", "le projet de Loi type" ou "la nouvelle Loi type"). Les rapports sur les travaux de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/437, 446, 454, 457, 465, 467 et 483. Lors de l'élaboration de la Loi type, le Groupe de travail a noté qu'il serait utile de fournir, dans un commentaire, des informations complémentaires sur le texte. Une proposition tendant à ajouter à la Loi type un guide qui aiderait les États à incorporer cet instrument dans le droit interne et à l'appliquer, suivant ainsi la démarche adoptée pour la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, a été généralement appuyée. Le guide, qui pourrait être établi en grande partie à partir des travaux préparatoires de la Loi type, pourrait aussi être utile à d'autres utilisateurs du texte.

2. À sa trente-septième session, tenue à Vienne en septembre 2000, le Groupe de travail a achevé l'élaboration des projets d'articles de la Loi type et a examiné le texte du projet de guide pour son incorporation dans le droit interne en se fondant sur une note du secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.86 et Add. 1). Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée du projet de guide tenant compte des décisions prises par le Groupe de travail et fondée sur les divers points de vue, suggestions et préoccupations exprimés à la trente septième session. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pu terminer ses délibérations sur ce texte (A/CN.9/483, par. 23 et 145 à 152). Il a été convenu de réserver un certain temps lors de sa trente-huitième session à la finalisation de ce travail. Il a été noté que le projet de Loi type ainsi que le projet de guide seraient présentés à la Commission pour examen et adoption à sa trente-quatrième session, qui se tiendra à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

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

3. À sa trente-huitième session, tenue à New York en mars 2001, le Groupe de travail a examiné le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques en se fondant sur un projet révisé établi par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.88). Les délibérations et les décisions du Groupe de travail concernant le projet de guide sont présentées dans le rapport sur les travaux de cette session (A/CN.9/484). Il a été demandé au secrétariat d'établir une version révisée du guide en se fondant sur ces délibérations et ces décisions (A/CN.9/484, par. 19). Le projet de guide révisé établi par le secrétariat est reproduit dans l'annexe à la présente note.

ANNEXE

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES ET GUIDE POUR SON INCORPORATION (2001)

TABLE DES MATIÈRES

Résolution de l'Assemblée générale

Première partie

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES (2001)

		Pages
Article premier.	Champ d'application	343
Article 2.	Définitions	343
Article 3.	Égalité de traitement des techniques de signature	343
Article 4.	Interprétation	343
Article 5.	Dérogation conventionnelle	343
Article 6.	Satisfaction de l'exigence de signature	343
Article 7.	Satisfaction des dispositions de l'article 6	343
Article 8.	Normes de conduite du signataire	344
Article 9.	Normes de conduite du prestataire de services de certification	344
Article 10.	Fiabilité	344
Article 11.	Normes de conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat	344
Article 12.	Reconnaissance des certificats et signatures électroniques étrangers	344

Deuxième partie

GUIDE POUR L'INCORPORATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES (2001)

	Paragraphes	*Pages*
Objet du présent Guide	1-2	345
Chapitre premier. ***Présentation générale de la Loi type***	3-86	345
I. OBJET ET ORIGINE DE LA LOI TYPE	3-25	345
A. Objet	3-5	345
B. Origine	6-11	346
C. Historique	12-25	346
II. LA LOI TYPE COMME OUTIL D'HARMONISATION DES LOIS	26-28	348
III. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES	29-62	349
A. Fonctions de la signature	29-30	349
B. Signatures numériques et autres signatures électroniques	31-62	349
1. Signatures électroniques faisant appel à des techniques autres que la cryptographie à clef publique	33-34	349

		Paragraphes	*Pages*
	2. Signatures numériques fondées sur la cryptographie à clef publique	35-62	349
	a) Notions et terminologie techniques	36-44	350
	i) Cryptographie	36-37	350
	ii) Clefs publiques et privées	38-39	350
	iii) Fonction de hachage	40	350
	iv) Signature numérique	41-42	350
	v) Vérification de la signature numérique	43-44	351
	b) Infrastructure à clef publique (ICP) et prestataires de services de certification	45-61	351
	i) Infrastructure à clef publique (ICP)	50-52	351
	ii) Prestataires de services de certification	53-61	352
	c) Résumé du processus de signature numérique	62	353
IV.	PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DE LA LOI TYPE	63-82	353
	A. Nature législative de la Loi type	63-64	353
	B. Relations avec la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique	65-68	354
	1. La nouvelle Loi type comme instrument juridique distinct	65	354
	2. Pleine conformité de la nouvelle Loi type avec la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique	66-67	354
	3. Relations avec l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique	68	354
	C. Règles "cadres" devant être complétées par des règlements techniques et par contrat	69-70	354
	D. Certitude supplémentaire quant aux effets juridiques des signatures électroniques	71-76	354
	E. Règles fondamentales de conduite applicables aux parties concernées	77-81	355
	F. Un cadre neutre quant aux techniques employées	82	356
	G. Non-discrimination des signatures électroniques étrangères	83	356
V.	ASSISTANCE DU SECRÉTARIAT DE LA CNUDCI	84-86	356
	A. Aide à l'élaboration d'une législation	84-85	356
	B. Renseignements sur l'interprétation des textes législatifs fondés sur la Loi type	86	356
Chapitre II.	***Observations article par article***	87-160	356
	Titre	87	356
	Article premier. Champ d'application	88-92	356
	Article 2. Définitions	93-106	357
	Article 3. Égalité de traitement des techniques de signature	107	359
	Article 4. Interprétation	108-110	360
	Article 5. Dérogation conventionnelle	111-114	360
	Article 6. Satisfaction de l'exigence de signature	115-131	361
	Article 7. Satisfaction des dispositions de l'article 6	132-136	363
	Article 8. Normes de conduite du signataire	137-141	364
	Article 9. Normes de conduite du prestataire de services de certification	142-146	365
	Article 10. Fiabilité	147	366
	Article 11. Normes de conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat	148-151	366
	Article 12. Reconnaissance des certificats et signatures électroniques étrangers	152-160	367

PREMIÈRE PARTIE

LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES (2001)

(Texte approuvé par le Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique à sa trente-septième session, tenue à Vienne du 18 au 29 septembre 2000)

Article premier. *Champ d'application*

La présente Loi s'applique lorsque des signatures électroniques sont utilisées dans le contexte* d'activités commerciales**. Elle ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur.

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

"La présente Loi s'applique 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 2. *Définitions*

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue;

b) Le terme "certificat" désigne un message de données ou un autre enregistrement confirmant le lien entre un signataire et des données afférentes à la création de signature;

c) 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;

d) Le terme "signataire" désigne une personne qui détient des données afférentes à la création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui de la personne qu'elle représente;

e) Le terme "prestataire de services de certification" désigne une personne qui émet des certificats et peut fournir d'autres services liés aux signatures électroniques;

f) Le terme "partie se fiant à la signature ou au certificat" désigne une personne qui peut agir sur la base d'un certificat ou d'une signature électronique.

Article 3. *Égalité de traitement des techniques de signature*

Aucune disposition de la présente Loi, 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 signature électronique satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 ou autrement satisfaisant aux exigences de la loi applicable.

Article 4. *Interprétation*

1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire.

Article 5. *Dérogation conventionnelle*

Il est possible de déroger aux dispositions de la présente Loi ou d'en modifier les effets par convention, à moins que cette convention soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable.

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 données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire;

b) les données afférentes à la création de signature étaient, 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 cette information après le moment de la signature est décelable.

4. Le paragraphe 3 ne restreint pas la possibilité pour toute personne:

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 toute 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'a d'incidence sur le fonctionnement des règles du droit international privé.

Article 8. *Normes de conduite du signataire*

1. Lorsque des données afférentes à la création de signature peuvent être utilisées pour créer une signature ayant des effets juridiques, chaque signataire:

a) prend des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de ses données afférentes à la création de signature;

b) avise, sans retard injustifié, toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique si:

i) il sait que les données afférentes à la création de signature ont été compromises; ou

ii) il estime, au regard des circonstances connues de lui, qu'il y a un risque important que les données afférentes à la création de signature aient été compromises;

c) prend, lorsqu'un certificat est utilisé pour étayer la signature électronique, des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations essentielles qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou devant figurer dans le certificat sont exactes et complètes.

2. Un signataire est responsable de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1.

Article 9. *Normes de conduite du prestataire de services de certification*

1. Lorsqu'un prestataire de services de certification fournit des services visant à étayer une signature électronique qui peut être utilisée pour produire des effets juridiques en tant que signature, ce prestataire:

a) agit en conformité avec les déclarations qu'il fait concernant ses politiques et pratiques;

b) prend des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations essentielles qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou figurant dans le certificat sont exactes et complètes;

c) fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer à partir de ce certificat:

i) l'identité du prestataire de services de certification;

ii) si le signataire identifié dans le certificat avait, au moment de l'émission de ce dernier, le contrôle des données afférentes à la création de signature;

iii) si les données afférentes à la création de signature étaient valides au moment ou avant le moment de l'émission du certificat;

d) fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer, s'il y a lieu, à partir de ce certificat ou de toute autre manière:

i) la méthode utilisée pour identifier le signataire;

ii) toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles les données afférentes à la création de signature ou le certificat peuvent être utilisés;

iii) si les données afférentes à la création de signature sont valides et n'ont pas été compromises;

iv) toute restriction quant à l'étendue de la responsabilité stipulée par le prestataire de services de certification;

v) s'il existe des moyens pour le signataire d'adresser une notification conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8;

vi) la disponibilité d'un service de révocation en temps utile;

e) lorsque des services sont fournis au titre du sous-alinéa v de l'alinéa *d*, donne au signataire le moyen d'adresser une notification conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8 et, lorsque des services sont fournis au titre du sous-alinéa vi de l'alinéa *d*, offre un service de révocation en temps utile;

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 de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1.

Article 10. *Fiabilité*

Aux fins de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9, pour déterminer si, ou dans quelle mesure, tous systèmes, procédures et ressources humaines utilisés par le prestataire de services de certification sont fiables, il peut être 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'accréditation ou du prestataire de services de certification concernant le respect ou l'existence des critères énumérés ci-dessus; ou

g) tout autre facteur pertinent.

Article 11. *Normes de conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat*

Une partie se fiant à une signature ou à un 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 étayée par un certificat, de prendre des mesures raisonnables pour:

i) vérifier que le certificat est valide ou qu'il n'a pas été suspendu ou révoqué; et

ii) tenir compte de toute restriction dont le certificat ferait l'objet.

Article 12. *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:

a) du lieu dans lequel le certificat est émis ou la signature électronique créée ou utilisée; ou

b) du lieu dans lequel l'émetteur ou le signataire a son établissement.

2. Un certificat émis en dehors de *[l'État adoptant]* a les mêmes effets juridiques dans *[l'État adoptant]* qu'un certificat émis dans *[l'État adoptant]* à condition qu'il offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent.

3. Une signature électronique créée ou utilisée en dehors de *[l'État adoptant]* a les mêmes effets juridiques dans *[l'État adoptant]* qu'une signature électronique créée ou utilisée dans *[l'État adoptant]* à condition qu'elle offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent.

4. Pour déterminer si des certificats ou des signatures électroniques offrent un niveau de fiabilité substantiellement équivalent aux fins des paragraphes 2 ou 3, il est tenu compte des normes internationales reconnues et de tous autres facteurs pertinents.

5. Lorsque, nonobstant les paragraphes 2, 3 et 4, les parties conviennent, s'agissant de leurs relations, d'utiliser certains types de signatures électroniques ou certificats, cette convention est jugée suffisante aux fins de la reconnaissance internationale, à moins qu'elle soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable.

DEUXIÈME PARTIE

GUIDE POUR L'INCORPORATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES (2001)

Objet du présent Guide

1. Lorsqu'elle a élaboré et adopté la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (également dénommée dans la présente publication "la Loi type" ou "la nouvelle Loi type"), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) était consciente du fait que, pour les États qui modernisent leur législation, cette loi serait un outil plus efficace si l'on donnait aux gouvernements et aux parlements des informations générales et des explications pour les aider à l'utiliser. Elle a aussi tenu compte du fait que la Loi type serait probablement utilisée par des pays peu familiarisés avec le type de techniques de communication qui y sont traitées. Le présent Guide, qui a été établi en grande partie sur la base des travaux préparatoires, se veut par ailleurs un instrument utile pour d'autres utilisateurs du texte, tels que juges, arbitres, praticiens et universitaires. Ces informations pourraient aussi aider les États à examiner les dispositions qu'il conviendrait, le cas échéant, de modifier pour tenir compte de conditions qui leur sont propres. Durant l'élaboration de la Loi type, il a été présumé que l'instrument serait accompagné d'un tel guide. Il a été décidé, par exemple, de ne pas régler un certain nombre de points dans le texte de la Loi type, mais de s'y référer dans le Guide afin d'aider les États à appliquer la Loi type le moment venu. Les informations présentées dans le présent Guide visent à expliquer pourquoi les dispositions de la Loi type ont été retenues à titre d'éléments minimaux essentiels d'une législation destinée à atteindre les objectifs de la Loi type.

2. Le présent Guide a été élaboré par le secrétariat conformément à la demande faite par la CNUDCI à la clôture de sa trente-quatrième session, en 2001. Il est fondé sur les délibérations et décisions de la Commission à cette session, à laquelle la Loi type a été adoptée, ainsi que sur les considérations du Groupe de travail sur le commerce électronique, qui a mené les travaux préparatoires.

Chapitre premier. Présentation générale de la Loi type

I. OBJET ET ORIGINE DE LA LOI TYPE

A. *Objet*

3. Le recours accru à des techniques d'authentification électroniques au lieu de signatures manuscrites et d'autres méthodes traditionnelles d'authentification a conduit à penser qu'il serait utile d'avoir un cadre juridique spécifique afin de réduire l'incertitude quant à l'effet juridique pouvant résulter de l'utilisation de telles techniques modernes (qui peuvent être désignées d'une façon générale par le terme "signatures électroniques"). Le risque que divers pays adoptent des approches législatives divergentes à l'égard des signatures électroniques demande des dispositions législatives uniformes, afin d'établir les règles de base de ce qui est intrinsèquement un phénomène international dans lequel l'harmonie juridique ainsi que l'interopérabilité technique constituent un objectif souhaitable.

4. Partant des principes fondamentaux sur lesquels repose l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (dont le titre est toujours cité en entier dans la présente publication pour éviter toute confusion) pour ce qui est de la réalisation de la fonction de signature dans un environnement électronique, la nouvelle Loi type vise à aider les États à mettre en place un cadre législatif moderne, harmonisé et équitable permettant de traiter de façon plus efficace les questions des signatures électroniques. Supplément modeste mais important de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la nouvelle Loi type propose des normes concrètes par rapport auxquelles la fiabilité technique des signatures électroniques peut être mesurée. Elle établit en outre un lien entre cette fiabilité technique et l'efficacité juridique que l'on peut attendre d'une signature électronique particulière. Elle ajoute un élément important à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique en adoptant une approche qui permet de déterminer à l'avance (ou d'évaluer avant utilisation effective) l'efficacité juridique d'une technique de signature électronique donnée. Elle vise donc à faire mieux comprendre les signatures électroniques et à donner confiance dans l'utilisation de certaines techniques de signature électronique dans des opérations ayant une valeur juridique. En outre, en définissant avec la souplesse requise un ensemble de règles de conduite fondamentale pour les diverses parties pouvant être amenées à utiliser ou avoir affaire à des signatures électroniques (à savoir signataires, parties se fiant à la signature et tiers prestataires de services), la Loi type peut aider au développement de pratiques commerciales plus harmonieuses dans le cyberespace.

5. Les objectifs de la Loi type, qui consistent notamment à permettre ou à faciliter le recours aux signatures électroniques et à accorder le même traitement aux utilisateurs de documents sur papier et aux utilisateurs d'informations sous forme électronique, contribuent de manière décisive à favoriser l'économie et l'efficacité du commerce international. En incorporant dans sa législation nationale les procédures prescrites dans la Loi type (ainsi que les dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique) pour les cas où les parties décident d'utiliser des moyens de communication électroniques, un État adopterait une approche techniquement neutre. Cette approche techniquement neutre, qui est également suivie dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, vise à couvrir en principe toutes les situations de fait dans lesquelles une information est créée, conservée ou communiquée, indépendamment du support utilisé pour cette information (voir le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce

électronique, par. 24). Les mots "une approche techniquement neutre", tels qu'ils sont utilisés dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, expriment le principe de la non-discrimination entre l'information sur support papier et l'information communiquée ou stockée sous forme électronique. La nouvelle Loi type reflète également le principe selon lequel aucune discrimination ne devrait être faite entre les diverses techniques susceptibles d'être utilisées pour communiquer ou stocker électroniquement l'information, un principe souvent appelé "neutralité technologique" (A/CN.9/484, par. 23).

B. *Origine*

6. La Loi type constitue une nouvelle étape dans une série d'instruments internationaux adoptés par la CNUDCI, qui ou bien portent spécifiquement sur les besoins du commerce électronique ou bien ont été élaborés compte tenu des besoins des moyens modernes de communication. Dans la première catégorie figurent le Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds (1987), la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992) et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996 et 1998). La deuxième catégorie comprend toutes les conventions internationales et autres instruments législatifs adoptés par la CNUDCI depuis 1978, qui promeuvent tous un formalisme réduit et contiennent des définitions de "l'écrit" destinées à englober les communications dématérialisées.

7. L'instrument le mieux connu de la CNUDCI dans le domaine du commerce électronique est sa Loi type sur le commerce électronique. Son élaboration, au début des années 90, a pour origine le recours accru à des moyens modernes de communication tels que le courrier électronique et l'échange de données informatisées (EDI) pour la conduite des opérations commerciales internationales. On s'est rendu compte que de nouvelles techniques s'étaient répandues rapidement et continueraient de se développer à mesure que des supports techniques tels que les autoroutes de l'information et l'Internet devenaient plus largement accessibles. Toutefois, la communication d'informations ayant une valeur juridique sous forme de messages sans support papier était entravée par des obstacles juridiques à l'utilisation de tels messages ou par l'incertitude quant à leur effet ou leur validité juridique. Afin de faciliter le recours accru aux moyens modernes de communication, la CNUDCI a élaboré la Loi type sur le commerce électronique, dont l'objectif est d'offrir aux législateurs nationaux un ensemble de règles internationalement acceptables sur la manière de surmonter un certain nombre de ces obstacles et de créer un environnement juridique plus sûr pour ce que l'on appelle aujourd'hui le "commerce électronique".

8. La décision de la CNUDCI d'élaborer une législation type sur le commerce électronique découle du fait que, dans un certain nombre de pays, la législation régissant la communication et l'archivage d'informations était inadaptée ou dépassée, car elle n'envisageait pas le recours au commerce électronique. Dans certains cas, la législation impose encore directement ou indirectement des restrictions à l'utilisation des moyens modernes de communication, par exemple en prescrivant l'emploi de documents "écrits", "signés" ou "originaux". Pour les notions de documents "écrits", "signés" et "originaux", la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique a adopté une approche fondée sur l'"équivalent fonctionnel". Cette approche repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier et vise à déterminer comment ces objectifs et fonctions peuvent être assurés au moyen des techniques du commerce électronique (voir le Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, par. 15 à 18).

9. Lorsque la Loi type sur le commerce électronique était en cours d'élaboration, quelques pays avaient adopté des dispositions particulières pour traiter certains aspects du commerce électronique, mais il n'y avait pas de législation traitant ce commerce dans son ensemble. Cela pouvait être source d'incertitude quant à la nature juridique et à la validité d'informations présentées sous une forme autre que celle de documents traditionnels sur papier. En outre, des lois et des pratiques saines étaient nécessaires dans tous les pays où l'utilisation de l'EDI et de la messagerie électronique se généralisait, mais ce besoin se faisait aussi sentir dans de nombreux pays pour des techniques de communication telles que la télécopie et le télex. Dans l'alinéa *b* de son article 2, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique définit l'EDI comme étant "le transfert électronique d'une information d'ordinateur à ordinateur mettant en œuvre une norme convenue pour structurer l'information".

10. La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique aidait aussi à pallier les inconvénients tenant au fait qu'une législation nationale inappropriée entravait le commerce international, dont une proportion importante est liée à l'utilisation des techniques modernes de communication. Les disparités entre les régimes juridiques nationaux régissant l'utilisation de ces techniques de communication et les incertitudes qu'elles entraînent peuvent encore contribuer dans une large mesure à limiter les possibilités qu'ont les entreprises d'accéder aux marchés internationaux.

11. En outre, au niveau international, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique peut servir, dans certains cas, d'outil pour interpréter les conventions internationales et autres instruments internationaux existants qui créent des obstacles juridiques au recours au commerce électronique, par exemple en prescrivant la forme écrite pour certains documents ou certaines clauses contractuelles. Entre les États Parties à de tels instruments internationaux, l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique comme règle d'interprétation pourrait être le moyen de reconnaître le commerce électronique et d'éviter de devoir négocier un protocole à l'instrument international concerné.

C. *Historique*

12. Après avoir adopté la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la Commission a, à sa vingt-neuvième session (1996), décidé d'inscrire à son ordre du jour la question des signatures numériques et des autorités de certification. Le Groupe de travail sur le commerce électronique a été prié d'examiner l'opportunité et la faisabilité de l'élaboration de règles uniformes sur ces sujets. Il a été convenu que ces règles devraient être consacrées à des questions telles que le fondement juridique des opérations de certification, y compris les nouvelles techniques d'authentification et de certification numériques; l'applicabilité de la certification; la répartition des risques et des responsabilités entre utilisateurs, fournisseurs et tiers dans le contexte de l'utilisation de techniques de certification; les questions spécifiques à la certification sous l'angle de l'utilisation de registres; et l'incorporation par référence[3].

13. 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. Il a rappelé que, dans le cadre des

[3]Ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 223 et 224.

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 prestataires de services et contrats électroniques (A/CN.9/437, par. 156 et 157). 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.

14. S'agissant du champ d'application et de la forme exacts des règles uniformes, la Commission a généralement convenu qu'aucune décision ne pouvait être prise à un stade aussi précoce. Elle a estimé qu'il était justifié que le Groupe de travail axe son attention sur les questions relatives aux signatures numériques, étant donné le rôle apparemment prédominant joué par la cryptographie à clef publique dans la nouvelle pratique du commerce électronique, mais les règles uniformes à élaborer devraient être compatibles avec l'approche techniquement neutre adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Ainsi, les règles uniformes ne devraient pas décourager l'utilisation d'autres techniques d'authentification. En outre, lorsqu'il s'agirait de la cryptographie à clef publique, il pourrait être nécessaire de prendre en considération, dans ces règles uniformes, divers niveaux de sécurité et de reconnaître les divers effets juridiques et niveaux de responsabilité correspondant aux différents types de services fournis dans le contexte des signatures numériques. S'agissant des autorités de certification, la Commission a certes reconnu la valeur des normes issues du marché, mais il a été largement considéré que le Groupe de travail pourrait utilement envisager l'établissement d'un ensemble minimal de normes que les autorités de certification devraient strictement respecter, en particulier dans les cas de certification internationale[4].

15. Le Groupe de travail a commencé à élaborer les règles uniformes (qui sont devenues plus tard la Loi type) à sa trente-deuxième session en se fondant sur une note établie par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.73).

16. 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 que le Groupe de travail avait eu des difficultés manifestes, à ses trente et unième et trente-deuxième sessions, à parvenir à une position commune sur les nouvelles questions juridiques découlant de l'utilisation accrue des signatures numériques et autres signatures électroniques. Il a été également noté qu'il n'y avait toujours pas de consensus sur la manière dont ces questions pourraient être abordées dans un cadre juridique internationalement acceptable. Toutefois, la Commission a estimé, dans l'ensemble, que les progrès accomplis jusqu'ici étaient le signe que les règles uniformes prenaient progressivement la forme d'une structure utilisable.

17. 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 progresserait 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 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[5].

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

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

18. Le Groupe de travail a poursuivi la révision des règles uniformes à ses trente-troisième (1998) et trente-quatrième (1999) sessions sur la base des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.76 et A/CN.9/WG.IV/WP.79 et 80). Les rapports des sessions sont publiés sous les cotes A/CN.9/454 et 457.

19. À sa trente-deuxième session (1999), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ces deux sessions (A/CN.9/454 et 457). Elle a dit sa satisfaction devant les efforts faits par le Groupe de travail pour rédiger les règles uniformes. 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 estimé que le Groupe de travail avait eu du mal à parvenir à un consensus sur les principes législatifs sur lesquels les règles uniformes devraient être fondées.

20. Selon une opinion, l'approche qu'avait adoptée jusque-là le Groupe de travail ne tenait pas suffisamment compte de la nécessité, dans le monde des affaires, d'une souplesse dans l'utilisation des signatures électroniques ou autres techniques d'authentification. Les règles uniformes, telles qu'alors envisagées, mettaient trop l'accent sur les signatures numériques et, dans cette optique même, sur une application particulière impliquant la certification d'un tiers. On a donc proposé de limiter les travaux sur les signatures électroniques aux aspects juridiques de la certification transnationale ou de les reporter purement et simplement jusqu'à ce que la pratique commerciale soit mieux établie. Selon une opinion allant dans le même sens, aux fins du commerce international, la plupart des questions juridiques liées à l'utilisation des signatures électroniques avaient déjà été résolues dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (voir par. 28 ci-après). Une réglementation de certaines utilisations des signatures électroniques était peut-être nécessaire en dehors du droit commercial, mais le Groupe de travail ne devrait participer à aucune activité de ce type.

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

22. À l'issue du débat, la Commission a réaffirmé ses décisions précédentes quant à la faisabilité de la rédaction de règles uniformes et s'est déclarée certaine que le Groupe de travail pourrait progresser encore à ses prochaines sessions[6].

23. Le Groupe de travail a poursuivi ses travaux à ses trente-cinquième (septembre 1999) et trente-sixième (février 2000) sessions en se fondant sur des notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.82 et 84). À sa trente-troisième session (2000), la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de ces deux sessions (A/CN.9/465 et 467). Il a été noté que le Groupe de travail, à sa trente-sixième session, avait adopté le texte des projets d'articles 1er et 3 à 12 des règles uniformes. Il restait à clarifier certains points suite à sa décision de supprimer dans les règles uniformes la notion de "signature électronique renforcée". On a exprimé la crainte qu'il soit nécessaire, en fonction des décisions qu'il prendrait concernant les projets d'articles 2 et 13, de réexaminer les autres projets de 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 n'étant pas destinées à produire d'effet juridique important.

24. À l'issue du débat, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les efforts qu'il avait fournis et les progrès qu'il avait accomplis dans l'élaboration des règles uniformes. Elle l'a instamment prié de terminer ses travaux sur ce texte à sa trente-septième session et d'examiner le projet de guide que devait établir le secrétariat[7].

25. Le Groupe de travail a terminé l'élaboration des règles uniformes à sa trente-septième session (septembre 2000). Le rapport sur les travaux de cette session a été publié sous la cote A/CN.9/483. Le Groupe de travail a également examiné le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne des règles uniformes. Le secrétariat a été prié d'établir une version révisée de ce projet de guide reflétant les décisions prises par le Groupe de travail en fonction des points de vue, suggestions et préoccupations exprimés au cours de la session. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pu clore ses délibérations sur ce point. Il a été convenu qu'il devrait se ménager, à sa trente-huitième session, un peu de temps pour en achever l'examen. Il a été noté que les règles uniformes (sous forme de projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques), ainsi que le projet de guide seraient soumis à la Commission pour examen et adoption à sa trente-quatrième session (2001). *[Note du secrétariat: cette section relative à l'historique de la Loi type doit être complétée après examen final et adoption de la Loi type par la Commission.]*

II. LA LOI TYPE COMME OUTIL D'HARMONISATION DES LOIS

26. Comme la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la nouvelle Loi type se présente sous la forme d'un texte législatif qu'il est recommandé aux États d'incorporer dans leur droit national. Elle n'a pas pour objet d'affecter le fonctionnement normal des règles du droit international privé (voir plus loin par. 136). Contrairement à ce qui se passe dans le cas d'une convention internationale, l'État qui adopte une loi type n'est pas tenu d'en aviser l'Organisation des Nations Unies ou les autres États qui ont pu eux aussi l'adopter. Les États sont toutefois vivement encouragés à informer le secrétariat de la CNUDCI de l'adoption de ce nouveau texte (ou de toute autre loi type résultant des travaux de la CNUDCI).

27. En incorporant le texte d'une loi type dans son système juridique, un État peut modifier ou exclure certaines de ses dispositions. Dans le cas d'une convention, la possibilité pour les États Parties d'apporter des changements (habituellement appelés "réserves") au texte uniforme est beaucoup plus limitée; en particulier, les conventions de droit commercial, le plus souvent, ou bien interdisent toute réserve, ou bien n'en autorisent que quelques-unes, qui sont spécifiées. La souplesse inhérente à une loi type est particulièrement souhaitable dans les cas où il est probable que l'État voudra apporter diverses modifications au texte uniforme avant d'être prêt à l'adopter dans son droit national. On peut s'attendre à certaines modifications, en particulier lorsque le texte uniforme a un lien étroit avec le système judiciaire et procédural national. Mais cela signifie aussi que le degré d'harmonisation, et de certitude quant à l'harmonisation, atteint par une loi type sera probablement moins élevé que dans le cas d'une convention. Cet inconvénient relatif peut néanmoins être compensé par le fait qu'il y a probablement plus d'États adoptant une loi type que d'États adhérant à une convention. Pour atteindre un degré satisfaisant d'harmonisation et de sécurité, il est recommandé que les États apportent aussi peu de modifications que possible lors de l'incorporation de la nouvelle Loi type dans leur système juridique et qu'ils tiennent dûment compte de ses principes fondamentaux, notamment la neutralité technologique, la non-discrimination entre les signatures électroniques nationales et étrangères, l'autonomie des parties et son origine internationale. D'une façon générale, lors de l'adoption de cette nouvelle Loi type (ou de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique), il est souhaitable d'adhérer autant que possible au texte uniforme de manière à rendre le droit national aussi transparent et familier que possible pour les étrangers qui l'utiliseront.

28. Il faut noter que certains pays considèrent que les questions juridiques liées à l'utilisation de signatures électroniques ont déjà été réglées par la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et qu'ils ne prévoient pas d'adopter d'autres règles sur les signatures électroniques tant que les pratiques du marché dans ce nouveau domaine ne seront pas mieux établies. Toutefois, les États qui adopteront la nouvelle Loi type en plus de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique peuvent en attendre des avantages supplémentaires. Pour ceux dont les organes exécutifs et législatifs préparent actuellement une loi sur les questions relatives aux signatures électroniques, y compris l'établissement d'une infrastructure à clef publique (ICP), certaines dispositions de la Loi type offrent des lignes directrices d'un instrument international qui a été élaboré en tenant compte des questions et de la terminologie de l'ICP. Pour tous les pays, la Loi type offre un ensemble de règles fondamentales pouvant avoir des applications allant au-delà du modèle ICP, puisqu'elles envisagent le jeu des relations entre deux fonctions distinctes intervenant dans tout type de signature électronique (à savoir la création et la confiance), et une troisième intervenant dans certains types de signature électronique (par exemple la certification). Ces trois fonctions doivent être traitées, qu'elles soient exercées par trois entités séparées ou plus (par exemple lorsque divers aspects de la fonction de certification sont répartis entre différentes entités) ou que deux d'entre elles soient exercées par la même personne (par exemple lorsque le prestataire de services de certification est également une partie se fiant à la signature). La Loi type offre donc des bases communes pour les systèmes d'ICP fondés sur des autorités de certification indépendantes et les systèmes de signature électronique où aucun tiers indépendant de ce type n'intervient dans le processus de signature. Dans tous les cas, la nouvelle Loi type offre une sécurité supplémentaire concernant l'efficacité juridique des signatures électroniques, sans limiter l'application du critère souple énoncé à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (voir ci-après par. 67 et 70 à 75).

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

[7]Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 380 à 383.

III. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES[8]

A. *Fonctions de la signature*

29. L'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique se fonde sur la reconnaissance des fonctions remplies par la signature dans un environnement papier. Lors des travaux préparatoires sur cette loi, le Groupe de travail a examiné les fonctions suivantes traditionnellement remplies par les signatures manuscrites: identification d'une personne; certitude quant à la participation en personne de l'intéressé dans l'acte de signature; association de cette personne avec la teneur d'un document. Il a été noté que, en outre, la signature pouvait remplir diverses fonctions, selon la nature du document signé. Par exemple, une signature peut témoigner de l'intention d'une partie d'être liée par la teneur d'un contrat signé; de l'intention d'une personne de revendiquer la paternité d'un texte (montrant ainsi qu'elle a conscience du fait que l'acte de signature peut avoir éventuellement des conséquences juridiques); de l'intention d'une personne de s'associer à la teneur d'un document rédigé par quelqu'un d'autre; du fait que et du moment où une personne se trouvait en un lieu donné. La relation entre la nouvelle Loi type et l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique est examinée plus avant aux paragraphes 65, 67 et 70 à 75 du présent Guide.

30. Dans un environnement électronique, l'original d'un message ne se distingue pas d'une copie, ne comporte aucune signature manuscrite et ne figure pas sur papier. Les possibilités de fraude sont énormes, du fait de la facilité qu'il y a à intercepter et modifier l'information sous forme électronique sans risque d'être détecté, ainsi que de la rapidité avec laquelle on peut traiter de multiples transactions. La finalité des diverses techniques actuellement disponibles sur le marché ou en cours d'élaboration est de créer les moyens techniques grâce auxquels un certain nombre ou la totalité des fonctions perçues comme caractéristiques d'une signature manuscrite peuvent être remplies dans un contexte électronique. On peut regrouper ces techniques sous le terme générique de "signatures numériques".

B. *Signatures numériques et autres signatures électroniques*

31. Lorsqu'elle a examiné s'il était opportun et possible d'élaborer la nouvelle Loi type et défini son champ d'application, la CNUDCI a examiné les diverses techniques de signature électronique qui étaient utilisées ou en cours d'élaboration. L'objectif commun à ces techniques est de fournir des équivalents fonctionnels à: 1) la signature manuscrite; et 2) aux autres types de mécanismes d'authentification utilisés dans un environnement papier (par exemple les sceaux ou les cachets). Les mêmes techniques peuvent remplir des fonctions supplémentaires dans le domaine du commerce électronique, qui découlent des fonctions d'une signature mais où elles n'ont aucun équivalent strict dans un environnement papier.

32. Ainsi qu'il a été indiqué plus haut (voir par. 21 et 28), les gouvernements et parlements de nombreux pays qui sont en train d'élaborer une législation sur les questions relatives aux signatures électroniques, y compris la mise en place d'une infrastructure à clef publique (ICP) ou autres projets sur des questions étroitement liées (voir A/CN.9/457, par. 16) attendent des orientations de la CNUDCI. Quant à la décision prise par cette dernière de se concentrer sur les questions et sur la terminologie de l'ICP, il convient de noter que le jeu des relations entre trois types distincts de parties (les signataires, les prestataires de services de certification et les parties se fiant aux signatures) correspond à un modèle possible d'ICP, mais que d'autres modèles sont déjà couramment utilisés sur le marché (sans intervention d'un prestataire de services de certification indépendant, par exemple). L'un des principaux avantages qu'il y a à se concentrer sur les questions relatives à l'ICP est que l'on peut ainsi structurer plus facilement la Loi type par référence à trois fonctions (ou rôles) associées aux signatures électroniques, à savoir la fonction de signataire, la fonction de certification et la fonction de confiance. Deux de ces fonctions (la création et la confiance) sont communes à tous les modèles d'ICP. La troisième (la certification) joue un rôle dans nombre de ces modèles. Il faudrait les traiter, qu'elles soient exercées par trois entités séparées ou plus (par exemple lorsque divers aspects de la fonction de certification sont répartis entre différentes entités) ou que deux d'entre elles soient assurées par la même personne (par exemple lorsque le prestataire de services de certification est également une partie se fiant à la signature). En outre, en se concentrant sur les fonctions typiques de l'ICP et non sur un modèle particulier, on parvient plus facilement à élaborer une règle tout à fait neutre sur le plan technique dans la mesure où des fonctions similaires sont remplies dans le cas d'une technique de signature électronique autre qu'une infrastructure à clef publique.

1. *Signatures électroniques faisant appel à des techniques autres que la cryptographie à clef publique*

33. Parallèlement aux "signatures numériques" s'appuyant sur la cryptographie à clef publique, il existe divers autres mécanismes, englobés eux aussi dans la notion plus large de "signature électronique", qui peuvent être en usage ou dont on envisage l'utilisation dans l'avenir, en vue de remplir une ou plusieurs des fonctions susmentionnées des signatures manuscrites. Par exemple, certaines techniques s'appuient sur l'authentification par dispositif biométrique fondé sur la signature manuscrite. Avec un tel dispositif, le signataire apposerait sa signature manuscrite à l'aide d'un stylo spécial, soit sur un écran d'ordinateur, soit sur un bloc numérique. La signature manuscrite serait alors analysée par ordinateur et mise en mémoire sous forme d'un ensemble de valeurs numériques, qui pourrait être ajouté à un message de données et affiché par la partie se fiant à la signature aux fins d'authentification. Ce système d'authentification présupposerait que des échantillons de la signature manuscrite ont été préalablement analysés et mis en mémoire par le dispositif biométrique. D'autres techniques reposent sur l'utilisation de numéros d'identification personnels (codes PIN) de signatures numérisées et d'autres méthodes, comme celles qui consistent à cliquer sur la case "valider".

34. La CNUDCI a souhaité élaborer une législation uniforme de nature à faciliter l'utilisation aussi bien des signatures numériques que d'autres formes de signature électronique. À cet effet, elle a essayé de traiter les questions juridiques liées aux signatures électroniques à un niveau intermédiaire entre le caractère très général de sa Loi type sur le commerce électronique et le degré de détail qui peut être nécessaire dans le cas d'une signature particulière. En tout état de cause, conformément au principe de neutralité technique énoncé dans la Loi type sur le commerce électronique, la nouvelle Loi type ne doit pas être interprétée comme décourageant l'utilisation d'une quelconque méthode de signature électronique, que celle-ci existe déjà ou doive être mise en œuvre dans l'avenir.

2. *Signatures numériques fondées sur la cryptographie à clef publique*[9]

35. Étant donné l'usage croissant des techniques de signature numérique dans un certain nombre de pays, l'introduction ci-après pourra être utile.

[8]Cette section est reprise du document A/CN.9/WG.IV/WP.71, partie I.

[9]De nombreux éléments de la description du fonctionnement d'un système de signature numérique dans la présente section s'appuient sur les directives relatives aux signatures numériques (Digital Signature Guidelines) élaborées par l'American Bar Association, p. 8 à 17.

a) *Notions et terminologie techniques*

i) Cryptographie

36. Les signatures numériques sont créées et vérifiées grâce à la cryptographie, branche des mathématiques appliquées qui s'occupe de la transformation de messages en des formes apparemment inintelligibles et de leur restitution dans leur forme initiale. Les signatures numériques utilisent ce que l'on appelle la "cryptographie à clef publique", qui est souvent basée sur l'utilisation de fonctions algorithmiques pour créer deux "clefs" (c'est-à-dire des nombres de plusieurs chiffres générés à l'aide d'une série de formules mathématiques appliquées aux nombres premiers) différentes mais mathématiquement liées entre elles. L'une de ces clefs est utilisée pour créer une signature numérique ou pour transformer des données en une forme apparemment inintelligible, et l'autre pour vérifier une signature numérique ou restituer le message dans sa forme initiale. Le matériel et le logiciel informatiques utilisant deux clefs de ce type sont souvent appelés collectivement "cryptosystèmes" ou, plus précisément, "cryptosystèmes asymétriques" lorsqu'ils utilisent des algorithmes asymétriques.

37. Bien que le recours à la cryptographie soit l'une des principales caractéristiques des signatures numériques, le simple fait qu'une signature numérique soit utilisée pour authentifier un message contenant des données sous forme numérique ne doit pas être assimilé à l'utilisation plus générale de la cryptographie à des fins de confidentialité. Le codage pour raison de confidentialité est une méthode utilisée pour coder une communication électronique de manière que seuls l'initiateur et le destinataire du message seront en mesure de le lire. Dans un certain nombre de pays, la loi restreint l'utilisation de la cryptographie à cette fin pour des raisons d'ordre public qui peuvent comporter des considérations de défense nationale. Cependant, l'utilisation de la cryptographie aux fins d'authentification par la création d'une signature numérique n'implique pas nécessairement son utilisation pour garantir le caractère confidentiel d'une communication, étant donné que la signature numérique codée peut être tout simplement jointe à un message non codé.

ii) Clefs publiques et privées

38. Les clefs complémentaires utilisées pour les signatures numériques sont appelées la "clef privée", qui n'est utilisée que par le signataire pour créer la signature numérique, et la "clef publique", qui est d'ordinaire plus largement connue et est utilisée par une partie se fiant à la signature pour vérifier la signature numérique. Il appartient à l'utilisateur d'une clef privée de garder la clef privée secrète. On notera que l'utilisateur individuel n'a pas besoin de connaître la clef privée. Celle-ci est normalement conservée sur une carte à mémoire, ou est normalement accessible grâce à un numéro d'identification personnel ou à un dispositif d'identification biométrique, par exemple un dispositif de reconnaissance d'empreinte de pouce. Si de nombreuses personnes ont besoin de vérifier les signatures numériques du signataire, la clef publique doit être rendue accessible ou distribuée à l'ensemble de ces personnes, par exemple en la publiant dans un répertoire en ligne ou dans toute autre forme de répertoire public où elle est facilement accessible. Bien que les clefs de la paire soient mathématiquement liées, si un système de cryptographie asymétrique a été conçu et mis en œuvre de façon sécurisée, il est pratiquement impossible, connaissant la clef publique, de déduire la clef privée. Les algorithmes les plus courants de chiffrement par utilisation de clefs publiques et privées reposent sur une caractéristique importante des grands nombres premiers: une fois multipliés ensemble pour produire un nouveau nombre, il est particulièrement difficile et long de déterminer les deux nombres premiers qui ont créé ce nouveau nombre plus élevé[10]. Ainsi, bien que de nombreuses personnes connaissent la clef publique d'un signataire donné et l'utilisent pour vérifier ses signatures, elles ne peuvent découvrir sa clef privée et l'utiliser pour falsifier des signatures numériques.

39. On notera cependant que le concept de cryptographie à clef publique ne nécessite pas forcément l'utilisation des algorithmes susmentionnés, fondés sur des nombres premiers. On utilise ou on met au point actuellement d'autres techniques mathématiques telles que des systèmes de cryptographie fondés sur des courbes elliptiques, souvent décrits comme offrant un niveau élevé de sécurité malgré l'utilisation de longueurs de clefs considérablement réduites.

iii) Fonction de hachage

40. Outre la production de paires de clefs, un autre processus fondamental, généralement appelé "fonction de hachage", est utilisé à la fois pour créer et pour vérifier une signature numérique. Une fonction de hachage est un processus mathématique fondé sur un algorithme, qui crée une représentation numérique, ou forme comprimée du message, souvent appelée "abrégé" ou "empreinte digitale", et qui prend la forme d'une "valeur de hachage" ou d'un "résultat de hachage" d'une longueur normalisée généralement bien plus courte que le message lui-même, mais qui lui est néanmoins unique. Toute modification apportée au message produit inévitablement un résultat de hachage différent lorsqu'on utilise la même fonction de hachage. Dans le cas d'une fonction de hachage sécurisée, parfois appelée "fonction de hachage unidirectionnelle", il est pratiquement impossible, connaissant la valeur de hachage, de déduire le message initial. Les fonctions de hachage permettent donc au programme de création de signatures numériques d'opérer sur des volumes de données plus limités et prévisibles tout en établissant une solide corrélation avec la teneur du message initial, ce qui lui permet d'assurer qu'aucune modification n'a été apportée au message depuis que ce dernier a été signé sous forme numérique.

iv) Signature numérique

41. Pour signer un document ou toute autre information, le signataire commence par définir précisément les limites de ce qu'il doit signer. Ensuite, une fonction de hachage opérant dans le programme du signataire calcule un résultat de hachage propre (à toutes fins pratiques) à l'information qui doit être signée. Le programme du signataire transforme ensuite le résultat de hachage en une signature numérique à l'aide de la clef privée du signataire. La signature numérique résultante est par conséquent propre à la fois à l'information signée et à la clef privée utilisée pour créer la signature numérique.

42. Généralement, une signature numérique (un résultat de hachage signé numériquement) est attachée au message et stockée ou transmise avec ce message. Cependant, elle peut également être envoyée ou stockée comme élément de données distinct, aussi longtemps qu'elle maintient une association fiable avec le message

[10]Certaines normes existantes telles que les directives concernant les signatures électroniques de l'American Bar Association contiennent la notion d'"infaisabilité informatique" pour décrire l'irréversibilité escomptée du processus, c'est-à-dire l'espoir qu'il sera impossible de déduire la clef privée secrète d'un utilisateur à partir de sa clef publique. "La notion d'infaisabilité informatique est une notion relative fondée sur la valeur des données protégées, l'infrastructure informatique requise pour les protéger, le temps nécessaire pour les protéger, ainsi que le coût et le temps nécessaires pour attaquer les données, ces facteurs étant évalués tant en fonction de la situation actuelle que des futurs progrès technologiques" (directives relatives aux signatures numériques élaborées par l'American Bar Association, p. 9, note 23).

correspondant. Étant donné qu'une signature numérique est propre à son message, elle est inutilisable si on la dissocie de façon permanente de ce dernier.

v) Vérification de la signature numérique

43. La vérification de la signature numérique consiste à vérifier cette dernière par rapport au message initial et à une clef publique donnée, et à déterminer de cette façon si elle a été créée pour ce même message à l'aide de la clef privée correspondant à la clef publique référencée. Une telle vérification s'effectue en calculant un nouveau résultat de hachage du message initial au moyen de la fonction de hachage utilisée pour créer la signature numérique. Ensuite, à l'aide de la clef publique et du nouveau résultat de hachage, le vérificateur vérifie si la signature numérique a été créée à l'aide de la clef privée correspondante, et si le résultat de hachage nouvellement calculé correspond au résultat de hachage initial qui a été transformé en signature numérique au cours du processus de signature.

44. Le programme de vérification confirmera la signature numérique comme étant "vérifiée": 1) si la clef privée du signataire a été utilisée pour signer numériquement le message, ce qui est révélé si sa clef publique a été utilisée pour vérifier la signature étant donné que cette clef publique permettra de vérifier uniquement une signature numérique créée à l'aide de la clef privée du signataire; et 2) si le message ne subit aucune modification, ce qui est révélé si le résultat de hachage calculé par la personne chargée de la vérification est identique au résultat de hachage extrait de la signature numérique lors du processus de vérification.

b) *Infrastructure à clef publique (ICP) et prestataires de services de certification*

45. Pour vérifier une signature numérique, le vérificateur doit avoir accès à la clef publique du signataire et s'assurer que celle-ci correspond bien à la clef privée de ce dernier. Cependant, une paire de clefs publique et privée n'a aucune association intrinsèque avec une personne quelconque; il s'agit simplement d'une paire de nombres. Un mécanisme supplémentaire est nécessaire pour associer de manière fiable une personne ou une entité particulière à la paire de clefs. Si l'on veut que la cryptographie à clef publique remplisse sa fonction, il faut trouver un moyen de mettre les clefs à la disposition d'un grand nombre de personnes, dont beaucoup sont inconnues du signataire, et alors même qu'aucune relation de confiance ne s'est forgée entre les parties. Pour ce faire, les parties concernées doivent avoir une certaine confiance dans les clefs publiques et privées émises.

46. Le degré requis de confiance peut exister entre des parties qui se font confiance, qui ont traité l'une avec l'autre sur une certaine durée, qui communiquent sur des systèmes fermés, qui fonctionnent à l'intérieur d'un groupe fermé, ou dont les relations peuvent être régies par contrat — par exemple dans le cadre d'un accord de partenariat commercial. Si une transaction ne fait intervenir que deux parties, chacune peut simplement communiquer (par un moyen relativement sûr tel qu'un coursier ou un téléphone, qui permet la reconnaissance de voix) la clef publique de la paire de clefs que chaque partie va utiliser. Cependant, il se peut que le même degré de confiance soit absent lorsque les parties ont peu affaire l'une à l'autre, communiquent sur des systèmes ouverts (par exemple l'Internet), ne font pas partie d'un groupe fermé ou ne sont pas liées juridiquement, par exemple par un accord de partenariat commercial.

47. En outre, étant donné que la cryptographie à clef publique est une technique hautement mathématique, tous les utilisateurs doivent avoir confiance dans les compétences, les connaissances et les dispositifs de sécurité des parties émettant les clefs publiques et privées[11].

48. Un signataire éventuel pourrait faire une déclaration publique indiquant que les signatures vérifiables au moyen d'une clef publique donnée devraient être considérées comme provenant de lui. La forme et l'efficacité juridique d'une telle déclaration seraient régies par la loi de l'État adoptant. Par exemple, une présomption d'attribution de signatures électroniques à un signataire particulier pourrait être établie par la publication d'une déclaration dans un bulletin officiel ou dans un document reconnu comme "authentique" par les pouvoirs publics (voir A/CN.9/484, par. 36). Cependant, d'autres parties pourraient refuser d'accepter cette déclaration, en particulier lorsqu'il n'existe aucun contrat préalable établissant avec certitude l'effet juridique de ladite déclaration. Une partie se fiant à une telle déclaration non étayée publiée dans un système ouvert risquerait beaucoup de faire confiance, à son insu, à un imposteur ou d'avoir à établir qu'il n'y a pas eu dénégation injustifiée de signature numérique (question souvent évoquée à propos de la "non-répudiation" des signatures numériques) dans le cas où une transaction s'avérerait défavorable au signataire supposé.

49. L'un des types de solution à certains de ces problèmes consiste à recourir à un ou plusieurs tiers de confiance pour associer un signataire identifié ou le nom de ce signataire à une clef publique spécifique. Ce tiers de confiance est généralement appelé, dans la plupart des normes et directives techniques, "autorité de certification" ou "prestataire de services de certification" (dans la Loi type, c'est l'expression "prestataire de services de certification" qui a été retenue). Dans plusieurs pays, ces autorités de certification s'organisent de façon hiérarchique en ce que l'on appelle souvent une infrastructure à clef publique. D'autres solutions comprennent, par exemple, les certificats délivrés par les parties se fiant à la signature.

i) Infrastructure à clef publique (ICP)

50. La création d'une infrastructure à clef publique est un moyen d'inspirer confiance dans le fait que: 1) la clef publique de l'utilisateur n'a pas été falsifiée et correspond effectivement à sa clef privée; 2) les techniques de cryptographie utilisées sont bonnes. Pour inspirer cette confiance, une ICP peut offrir un certain nombre de services, dont les suivants: 1) gérer les clefs cryptographiques utilisées pour les signatures numériques; 2) certifier qu'une clef publique correspond bien à une clef privée; 3) fournir des clefs aux utilisateurs finaux; 4) publier un répertoire sécurisé des clefs publiques ou des certificats; 5) gérer des objets personnalisés (par exemple les cartes à mémoire) capables d'identifier l'utilisateur au moyen d'éléments d'identification qui lui sont spécifiques ou capables de créer et de garder en mémoire les clefs privées d'un individu; 6) vérifier l'identité des utilisateurs finaux et leur offrir des services; 7) offrir des services d'horodatage; 8) gérer les clefs cryptographiques utilisées pour le chiffrement de confidentialité lorsque le recours à cette technique est autorisé.

51. Une infrastructure à clef publique s'appuie souvent sur divers niveaux d'autorité. Par exemple, les modèles envisagés dans certains pays pour établir ce type d'infrastructure se réfèrent notamment aux niveaux suivants: 1) une autorité principale ("autorité racine") unique, qui certifierait la technologie et les pratiques de toutes les parties autorisées à produire les paires de clefs cryptographiques ou les certificats concernant l'utilisation de ces paires de clefs et qui enregistrerait les autorités de certification

[11]Dans les cas où les clefs cryptographiques publiques et privées seraient émises par les utilisateurs eux-mêmes, il pourrait être nécessaire de charger les certificateurs de clefs publiques d'assurer cette confiance.

inférieures[12]; 2) diverses autorités de certification, situées en dessous de "l'autorité racine", qui certifieraient que la clef publique d'un utilisateur correspond effectivement à sa clef privée (autrement dit que la clef n'a pas été manipulée); et 3) diverses autorités locales d'enregistrement, placées en dessous des autorités de certification et chargées, d'une part, de recevoir les demandes de paires de clefs cryptographiques ou de certificats relatifs à l'utilisation de ces paires de clefs adressées par des utilisateurs et, d'autre part, d'exiger une preuve d'identification et de vérifier l'identité des utilisateurs éventuels. Dans certains pays, il est envisagé de confier à des officiers publics la fonction d'autorité locale d'enregistrement, ou tout au moins d'apporter leur concours à cette fonction.

52. Il se peut que les questions relatives à l'IPC ne se prêtent pas aisément à une harmonisation internationale. En effet, l'organisation d'une IPC peut faire intervenir diverses questions techniques ainsi que des questions d'ordre public que les États sont peut-être mieux à même de régler individuellement en l'état actuel des choses[13]. À cet égard, chacun d'entre eux devra peut-être prendre des décisions concernant l'établissement d'une ICP, notamment pour ce qui est de: 1) déterminer la forme et le nombre de niveaux d'autorité devant constituer l'IPC; 2) déterminer si seules certaines autorités appartenant à l'infrastructure devraient être autorisées à délivrer les paires de clefs cryptographiques ou si ces dernières peuvent être créées par les utilisateurs eux-mêmes; 3) savoir si les autorités de certification garantissant la validité des paires de clefs cryptographiques devraient être des entités publiques ou si des entités privées pourraient agir en cette qualité; 4) déterminer si l'autorisation donnée à une entité d'agir en qualité de prestataire de services de certification devrait prendre la forme d'une autorisation expresse ou de l'octroi d'une "licence" par l'État, ou si d'autres méthodes devraient être utilisées pour contrôler la qualité des autorités de certification si on les dispense d'une autorisation spécifique; 5) déterminer dans quelle mesure la cryptographie devrait être autorisée à des fins de confidentialité; et 6) savoir si l'État devrait avoir un droit d'accès à l'information chiffrée, au moyen d'un mécanisme de séquestre de la clef ("*key escrow*") ou autrement. La Loi type ne traite pas de ces questions.

ii) Prestataires de services de certification

53. Pour associer une paire de clefs à un signataire éventuel, un prestataire de services de certification (ou autorité de certification) délivre un certificat, enregistrement électronique qui indique la clef publique ainsi que le nom du titulaire du certificat identifié comme "sujet" de ce certificat et qui peut confirmer que le signataire éventuel identifié dans le certificat détient la clef privée correspondante. La fonction essentielle d'un certificat est d'associer une clef publique à un signataire précis. Un "destinataire" du certificat souhaitant se fier à une signature numérique créée par le signataire indiqué dans le certificat peut utiliser la clef publique figurant dans le certificat pour vérifier que la signature numérique a bien été créée avec la clef privée correspondante. Si cette vérification est positive, le destinataire est dans une certaine mesure techniquement assuré que la signature numérique a été créée par le signataire, et que la portion du message utilisé pour la fonction de hachage (et, par conséquent, le message de données correspondant) n'a pas été modifiée depuis qu'on y a apposé la signature numérique.

54. Pour assurer l'authenticité du certificat (soit tant de son contenu que de sa source), le prestataire de services de certification y appose une signature numérique. Celle-ci peut être vérifiée au moyen de la clef publique de ce prestataire figurant sur un autre certificat délivré par un autre prestataire (qui peut, mais ne doit pas nécessairement, être une autorité hiérarchiquement supérieure), et cet autre certificat peut à son tour être authentifié par la clef publique figurant sur un autre certificat encore, et ainsi de suite, jusqu'à ce que la personne devant se fier à la signature numérique soit convaincue de son authenticité. Dans chaque cas, le prestataire de services de certification délivrant le certificat doit apposer une signature numérique sur son propre certificat pendant la période de validité de l'autre certificat utilisé pour vérifier sa signature numérique. Selon la législation de certains États, on pourrait inspirer la confiance dans la signature numérique du prestataire de services de certification en publiant la clef publique de celui-ci dans un bulletin officiel (voir A/CN.9/484, par. 41).

55. Une signature numérique correspondant à un message, qu'elle soit créée par le signataire pour authentifier un message ou par le prestataire de services de certification pour authentifier son certificat, devrait généralement être horodatée, afin de permettre au vérificateur de déterminer de manière fiable si elle a bien été créée pendant la "période de validité" indiquée dans le certificat, ce qui est l'une des conditions de la vérifiabilité d'une signature numérique.

56. Pour qu'une clef publique et son association à un signataire spécifique soient aisément vérifiables, le certificat peut être publié dans un répertoire ("*repository*") ou mis à disposition par d'autres moyens. Généralement, les répertoires sont des bases de données en ligne regroupant des certificats et d'autres informations pouvant être appelés et utilisés pour vérifier les signatures numériques.

57. Une fois délivré, un certificat peut se révéler sujet à caution, par exemple si le signataire a donné une fausse identité au prestataire de services de certification. Dans d'autres cas, un certificat peut être fiable au moment où il est délivré, mais devenir sujet à caution par la suite. Si la clef privée est "compromise", par exemple parce que son signataire en a perdu le contrôle, le certificat peut perdre sa fiabilité. Le prestataire de services de certification (à la demande du signataire ou même sans son consentement, selon les circonstances) peut alors suspendre (interrompre provisoirement la période de validité) ou révoquer (annuler définitivement) le certificat. On peut attendre du prestataire de services de certification que, dès cette suspension ou cette révocation, il publie une notification ou en avise les personnes qui l'interrogent ou dont il sait qu'elles ont reçu une signature numérique vérifiable par référence à un certificat qui n'est pas fiable.

58. Les autorités de certification pourraient être des organismes relevant de l'État ou des prestataires de services privés. Dans certains pays, on envisage, pour des raisons d'ordre public, que seuls des organismes publics soient autorisés à assurer la fonction de certification. Dans d'autres, on considère que les services de certification doivent être ouverts à la concurrence sur le marché privé. Quelle que soit l'option retenue et que les autorités de certification aient ou non besoin d'une licence pour fonctionner, une infrastructure à clef publique comprend généralement plusieurs prestataires de services de certification. Ce qui est particulièrement important est la relation entre les différentes autorités de certification. Elles peuvent, au sein de l'infrastructure, être organisées hiérarchiquement, certaines ne faisant que certifier celles qui fournissent directement les services aux usagers. Dans ce type de structure, il y a donc subordination de certaines autorités de certification à d'autres. Mais on peut aussi envisager qu'elles fonctionnent toutes sur un pied d'égalité. Dans toute infrastructure importante il y aura vraisemblablement des autorités de certification subordonnées et supérieures. En tout état de cause, en l'absence d'une ICP internationale, un certain nombre de questions peuvent se poser s'agissant de la reconnaissance de certificats par les autorités de certification d'autres pays. La reconnaissance des

[12]La question de savoir si un gouvernement devrait avoir la capacité technique de conserver ou de recréer des clefs de confidentialité privées peut être traitée au niveau de l'autorité racine.

[13]Dans le contexte d'une certification croisée, cependant, il faudrait, pour assurer une interopérabilité internationale, que toutes les infrastructures à clef publique établies dans différents pays puissent communiquer entre elles.

certificats étrangers s'effectue souvent au moyen de ce que l'on appelle une "certification croisée". En pareil cas, il est indispensable que des autorités de certification essentiellement équivalentes (ou acceptant tout au moins d'assumer certains risques pour les certificats délivrés par d'autres autorités de certification) reconnaissent mutuellement les services qu'elles fournissent, afin que leurs usagers respectifs puissent communiquer entre eux de manière plus efficace et en accordant une plus grande confiance dans la fiabilité des certificats émis.

59. Des questions juridiques peuvent se poser en cas de certification croisée ou de chaînes de certificats, lorsque des politiques de sécurité multiples entrent en jeu. Il peut être nécessaire par exemple de déterminer quelle faute a causé une perte, ou aux garanties de qui s'est fié l'utilisateur. On notera que les règles juridiques envisagées dans certains pays prévoient que, lorsque les politiques en vigueur et les niveaux de sécurité sont connus des utilisateurs, et lorsqu'il n'y a pas négligence de la part des autorités de certification, il n'y a pas responsabilité.

60. Il peut incomber au prestataire de services de certification ou à l'autorité racine de veiller à ce que ses prescriptions soient systématiquement respectées. Si la sélection des autorités de certification peut se faire sur la base d'un certain nombre de facteurs, dont la solidité de la clef publique utilisée et l'identité de l'utilisateur, la fiabilité d'un prestataire de services de certification peut également dépendre de la façon dont il applique les normes de délivrance de certificats et de la fiabilité de son évaluation des données communiquées par les utilisateurs qui demandent des certificats. D'une importance toute particulière est le régime de responsabilité qui s'applique concernant le respect des prescriptions en matière de politique générale et de sécurité édictées par l'autorité racine ou par le prestataire de services de certification supérieur, ou de toute autre prescription applicable, et ce de manière permanente. L'obligation du prestataire de services de certification d'agir en conformité avec les déclarations qu'il a faites en ce qui concerne ses politiques et pratiques, comme prévu à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 9 de la nouvelle Loi type, est tout aussi importante (voir A/CN.9/484, par. 43).

61. Lors de l'élaboration de la Loi type, les éléments énumérés ci-après ont été considérés comme des facteurs qui pourraient être pris en considération pour évaluer la fiabilité d'un prestataire de services de certification: 1) indépendance (c'est-à-dire absence d'intérêts financiers ou autres dans les transactions sous-jacentes; 2) solidité et ressources financières permettant d'assumer le risque de devoir répondre d'un préjudice; 3) maîtrise de la technologie des clefs publiques et bonne connaissance des procédures de sécurité adéquates; 4) longévité (il peut en effet être demandé aux autorités de certification d'apporter la preuve de la fourniture de certificats ou de clefs de déchiffrement de nombreuses années après la fin de la transaction sous jacente, par exemple dans le cadre d'une action en justice ou d'un litige relatif à la propriété); 5) approbation du matériel et du logiciel; 6) mise en place d'une piste d'audit et d'un audit par une entité indépendante; 7) existence d'un plan d'urgence (par exemple un logiciel de "récupération après sinistre" ou mécanisme de "séquestre" de la clef); 8) sélection et gestion du personnel; 9) dispositif de protection pour la clef privée du prestataire de services de certification; 10) sécurité interne; 11) dispositions pour la cessation d'activité, y compris notification aux utilisateurs; 12) garanties (données ou exclues); 13) limites de responsabilité; 14) assurance; 15) interopérabilité entre autorités de certification; 16) procédures de révocation (dans les cas où les clefs cryptographiques viendraient à être perdues ou compromises).

c) *Résumé du processus de signature numérique*

62. L'utilisation d'une signature numérique implique habituellement les opérations suivantes, effectuées soit par le signataire, soit par le destinataire du message signé numériquement:

1) L'utilisateur crée ou se voit attribuer une paire de clefs cryptographiques qui lui est propre;

2) Le signataire rédige un message (par exemple sous forme d'un courrier électronique) sur un ordinateur;

3) Le signataire établit un "abrégé" de son message à l'aide d'un algorithme de hachage sûr. La création de la signature numérique utilise un résultat de hachage découlant à la fois du message signé et d'une clef privée donnée et qui leur est unique;

4) Le signataire chiffre l'abrégé à l'aide de la clef privée. Celle-ci est appliquée au texte de l'abrégé à l'aide d'un algorithme mathématique. La signature numérique est constituée par l'abrégé ainsi chiffré;

5) Le signataire appose ou annexe généralement sa signature numérique au message;

6) Le signataire envoie sa signature numérique et le message (chiffré ou non) par voie électronique à la partie se fiant à cette signature;

7) La partie se fiant à la signature utilise la clef publique du signataire pour vérifier la signature numérique de ce dernier. Cette vérification constitue techniquement une certaine garantie que le message provient exclusivement dudit signataire;

8) La partie se fiant à la signature crée elle aussi un "abrégé" du message à l'aide du même algorithme de hachage sûr;

9) La partie se fiant à la signature compare les deux abrégés. S'ils sont identiques, elle sait que le message n'a pas été modifié après avoir été signé. Même si le message a subi une très légère modification après avoir été signé numériquement, l'abrégé créé par la partie se fiant à la signature sera différent de celui créé par le signataire;

10) En cas de recours à la certification, la partie se fiant à la signature obtient du prestataire de services de certification (par l'intermédiaire du signataire ou autrement) un certificat qui confirme la signature numérique apposée sur le message du signataire (voir A/CN.9/484, par. 44). Ce certificat contient la clef publique et le nom du signataire (éventuellement accompagnés de renseignements complémentaires) et est signé numériquement par le prestataire de services de certification.

IV. PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DE LA LOI TYPE

A. *Nature législative de la Loi type*

63. La Loi type a été rédigée en partant du principe qu'elle devrait découler directement de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et être considérée comme un moyen de donner des renseignements détaillés sur la notion de "méthode fiable" utilisée pour identifier "une personne" et pour indiquer "qu'elle approuve l'information" contenue dans le message de données (voir A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 49).

64. La question de la forme que pourrait prendre l'instrument a été soulevée, et on a noté la nécessité d'étudier la relation entre la forme et le contenu. Différentes méthodes ont été proposées quant à ce que pourrait être cette forme, y compris des règles contractuelles, des dispositions législatives ou des principes directeurs destinés aux États envisageant d'adopter une législation sur les signatures électroniques. Il a été convenu, comme hypothèse de travail, que le texte devrait prendre la forme de règles législatives assorties d'un commentaire, et non simplement de principes directeurs (voir A/CN.9/437, par. 27; A/CN.9/446, par. 25; et A/CN.9/457, par. 51 et 72). Le texte a été finalement adopté sous forme de loi type (A/CN.9/483, par. 137 et 138).

B. *Relations avec la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*

1. La nouvelle Loi type comme instrument juridique distinct

65. Les nouvelles dispositions auraient pu être incorporées dans une version augmentée de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, par exemple pour former une nouvelle troisième partie. Afin d'indiquer clairement que la nouvelle Loi type pourrait être adoptée soit de façon indépendante, soit en combinaison avec la Loi type sur le commerce électronique, il a été finalement décidé qu'elle serait établie en tant qu'instrument juridique distinct (voir A/CN.9/465, par. 37). Cette décision découle essentiellement du fait qu'au moment où elle était finalisée la Loi type sur le commerce électronique avait déjà été appliquée avec succès dans plusieurs pays et que de nombreux autres envisageaient de l'adopter. L'élaboration d'une version augmentée de cet instrument aurait pu compromettre le succès de la version originale en donnant à penser qu'il était nécessaire d'améliorer ce texte au moyen d'une mise à jour. En outre, l'élaboration d'une nouvelle version de la Loi type sur le commerce électronique aurait pu introduire une confusion dans les pays qui l'avaient récemment adoptée.

2. *Pleine conformité de la nouvelle Loi type avec la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*

66. Lors de l'élaboration de la nouvelle Loi type, tout a été mis en œuvre pour assurer une cohérence aussi bien avec le fond qu'avec la terminologie de la Loi type sur le commerce électronique (voir A/CN.9/465, par. 37). Les dispositions générales de cette dernière ont été reproduites dans le nouvel instrument, à savoir l'article premier (Champ d'application); les alinéas *a*, *c* et *d* de l'article 2 (Définitions de "message de données", "expéditeur" et "destinataire"), et les articles 3 (Interprétation), 4 (Dérogation conventionnelle) et 7 (Signature).

67. S'inspirant de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, le nouvel instrument traduit en particulier le principe de la neutralité quant aux techniques employées: une approche ne désavantageant pas les équivalents fonctionnels des concepts et pratiques traditionnels fondés sur le papier et une large place donnée à l'autonomie des parties (A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 16). Il devrait servir à la fois de normes minimales dans un environnement "ouvert" (c'est-à-dire où les parties communiquent par des moyens électroniques sans convention préalable) et, s'il y a lieu, de dispositions contractuelles types ou de 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).

3. Relations avec l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique

68. Lors de l'élaboration de la nouvelle Loi type, il a été déclaré que la référence à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique dans l'article 6 du nouvel instrument devait être interprétée comme limitant le champ d'application de cet instrument aux cas dans lesquels 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 plupart des pays avaient dans leur législation très peu de prescriptions de ce type applicables aux documents utilisés dans les transactions commerciales, le champ d'application de la nouvelle Loi type 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 sur le commerce électronique) était incompatible avec l'interprétation du terme "loi" adoptée par la Commission au paragraphe 68 du Guide pour l'incorporation de la Loi type sur le commerce électronique, 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". En fait, le champ d'application tant de l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique que de l'article 6 de la nouvelle Loi type est 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 (A/CN.9/465, par. 67).

C. *Règles "cadres" devant être complétées par des règlements techniques et par contrat*

69. En tant que supplément à la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la nouvelle Loi type a pour objet d'exposer des principes essentiels devant faciliter l'utilisation des signatures électroniques. Cependant, en tant que "cadre", elle n'énonce pas toutes les règles et tous les règlements qui peuvent être nécessaires (en sus des arrangements contractuels entre utilisateurs) pour appliquer ces techniques dans un État adoptant. Qui plus est, comme l'indique le présent Guide, elle n'a pas pour objet de couvrir chaque aspect de l'utilisation des signatures électroniques. En conséquence, un État adoptant pourra souhaiter compléter par un règlement les procédures autorisées par la Loi type et prendre ainsi en compte la situation particulière, et peut-être en évolution, qui y prévaut, sans compromettre les objectifs de la Loi type. Il est recommandé à tout État adoptant qui déciderait d'adopter un tel règlement d'accorder une attention particulière à la nécessité de maintenir une certaine souplesse dans l'utilisation des systèmes de signature électronique par leurs utilisateurs. La pratique commerciale a depuis longtemps recours au processus de normalisation technique volontaire. Ces normes techniques sont à la base des spécifications techniques des produits, des critères en matière d'ingénierie et de conception, et du consensus pour la recherche-développement concernant les nouveaux produits. Pour garantir la souplesse nécessaire à cette pratique commerciale et pour promouvoir des normes ouvertes en vue de faciliter l'interopérabilité et servir l'objectif de reconnaissance à l'étranger (aux termes de l'article 12), les États pourront souhaiter tenir dûment compte de la relation entre les spécifications pouvant figurer dans les réglementations nationales ou être autorisées par celles-ci et le processus de normalisation technique volontaire (voir A/CN.9/484, par. 46).

70. On notera que les techniques de signature électronique envisagées dans la Loi type, outre qu'elles soulèvent des questions de procédure qu'il pourrait être nécessaire de traiter dans le règlement technique d'application, peuvent poser certains problèmes juridiques dont la réponse ne se trouvera pas nécessairement dans cet instrument, mais plutôt dans d'autres branches du droit, dont, par exemple, les textes applicables de droit administratif, contractuel, de la responsabilité civile, pénal et de procédure judiciaire, que la Loi type n'a pas vocation à traiter.

D. *Certitude supplémentaire quant aux effets juridiques des signatures électroniques*

71. L'une des principales caractéristiques de la nouvelle Loi type est de conférer davantage de certitude à l'application des critères souples énoncés à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique s'agissant de la reconnaissance d'une signature électronique comme équivalent fonctionnel d'une signature manuscrite. L'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique est rédigé 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 est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données; et

b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière.

2. Le paragraphe 1 s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences s'il n'y a pas de signature.

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

72. L'article 7 est fondé sur la reconnaissance des fonctions que remplit la signature dans un environnement papier, telles que celles-ci sont décrites au paragraphe 29.

73. Afin de garantir qu'un message devant être authentifié ne puisse se voir refuser valeur juridique du simple fait qu'il n'a pas été authentifié de la manière voulue pour les documents sur papier, une formule générale a été retenue pour l'article 7. Cet article définit les conditions générales dans lesquelles les messages de données seraient réputés authentifiés avec suffisamment de crédibilité et seraient opposables au vu des exigences en matière de signature entravant actuellement le commerce électronique. L'article 7 s'attache aux deux fonctions essentielles d'une signature, à savoir l'identification de l'auteur d'un document et la confirmation que l'auteur approuve la teneur dudit document. Le paragraphe 1 *a* énonce le principe selon lequel, dans un environnement électronique, les fonctions juridiques essentielles d'une signature sont respectées par une méthode qui permet d'identifier l'expéditeur d'un message de données et de confirmer que l'expéditeur approuve la teneur de ce message de données.

74. Le paragraphe 1 *b* institue une approche souple en ce qui concerne le degré de sécurité que doit garantir la méthode d'identification utilisée au paragraphe 1 *a*. La méthode utilisée en vertu du paragraphe 1 *a* devrait être aussi fiable que cela est approprié au vu de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris tout accord entre l'expéditeur et le destinataire du message de données.

75. Pour déterminer si la méthode utilisée en vertu du paragraphe 1 est appropriée, les facteurs juridiques, techniques et commerciaux à prendre en considération sont les suivants: 1) le degré de perfectionnement du matériel utilisé par chacune des parties; 2) la nature de leur activité commerciale; 3) la fréquence avec laquelle elles effectuent entre elles des opérations commerciales; 4) la nature et l'ampleur de l'opération; 5) le statut et la fonction de la signature dans un régime législatif et réglementaire donné; 6) la capacité des systèmes de communication; 7) le respect des procédures d'authentification établies par les intermédiaires; 8) la série de procédures d'authentification communiquée par tout intermédiaire; 9) l'observation des habitudes et pratiques commerciales; 10) l'existence de mécanismes d'assurance contre les messages non autorisés; 11) l'importance et la valeur de l'information contenue dans le message de données; 12) la disponibilité d'autres méthodes d'identification et le coût de leur mise en œuvre; 13) le degré d'acceptation ou de non-acceptation de la méthode d'identification dans le secteur ou domaine pertinent, tant au moment où la méthode a été convenue qu'à celui où le message de données a été communiqué; et 14) tout autre facteur pertinent (Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, par. 53 et 56 à 58).

76. S'appuyant sur le critère souple énoncé à l'article 7-1 *b* de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, les articles 6 et 7 de la nouvelle Loi type établissent un mécanisme par lequel les signatures électroniques qui satisfont à des critères objectifs de fiabilité technique peuvent bénéficier d'une détermination rapide quant à leur efficacité juridique. La Loi type établit deux régimes distincts en fonction du moment où la certitude est acquise pour ce qui est de la reconnaissance d'une signature électronique comme étant fonctionnellement équivalente à une signature manuscrite. Le premier, et le plus large, est celui décrit à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il reconnaît toute "méthode" pouvant être utilisée pour satisfaire à une exigence légale de signature manuscrite. L'efficacité juridique d'une telle "méthode" comme équivalent d'une signature manuscrite dépend de la démonstration de sa "fiabilité" à un juge des faits. Le second, plus étroit, est celui créé par la nouvelle Loi type. Il envisage des méthodes de signature électronique qui peuvent être reconnues par une autorité publique, une entité privée accréditée, ou les parties elles-mêmes comme satisfaisant aux exigences de fiabilité technique énoncées dans la Loi type (voir A/CN.9/484, par. 49). L'avantage d'une telle reconnaissance est la sécurité qu'elle apporte aux utilisateurs de ces techniques de signature électronique avant que ceux-ci ne les utilisent effectivement.

E. *Règles fondamentales de conduite applicables aux parties concernées*

77. La Loi type ne traite pas en détail des questions de responsabilité qui peuvent intéresser les différentes parties prenant part au fonctionnement de systèmes de signature électronique. Ces questions relèvent de la loi applicable en dehors de la Loi type. Cependant, cette dernière fixe des critères permettant d'évaluer la conduite desdites parties, c'est-à-dire le signataire, la partie se fiant à la signature et le prestataire de services de certification.

78. En ce qui concerne le signataire, la Loi type part du principe de base que celui-ci doit prendre des dispositions raisonnables à l'égard de ses données afférentes à la création de signatures électroniques. Il doit normalement prendre des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de ces données. En elle-même, la signature numérique ne garantit pas que la personne qui a en fait signé est le signataire. Au mieux, elle donne l'assurance qu'elle est attribuable au signataire (voir A/CN.9/484, par. 50). Lorsqu'il sait ou aurait dû savoir que les données afférentes à la création de la signature électronique ont été compromises, le signataire doit en informer sans tarder toute personne dont on peut raisonnablement penser qu'elle se fiera à la signature ou offrira des services étayant cette signature. Lorsqu'un certificat est utilisé pour étayer la signature électronique, le signataire doit prendre des dispositions raisonnables pour garantir l'exactitude et l'exhaustivité de toutes les déclarations essentielles faites par lui en rapport avec le certificat.

79. Une partie se fiant à une signature électronique doit prendre des mesures raisonnables pour vérifier la fiabilité de cette signature. Lorsque cette signature est étayée par un certificat, la partie se fiant à la signature doit prendre des mesures raisonnables pour vérifier la validité, la suspension ou la révocation du certificat, et tenir compte de toute restriction dont il peut être assorti.

80. Il incombe, en règle générale, à un prestataire de services de certification d'utiliser des systèmes, des procédures et des ressources humaines fiables, et d'agir en conformité avec les déclarations qu'il fait s'agissant de sa politique et de ses pratiques. En outre, le prestataire de services de certification doit prendre des dispositions raisonnables pour garantir l'exactitude et l'exhaustivité de toutes les déclarations essentielles faites par lui en rapport avec le certificat. Dans ce document, il doit fournir des renseignements essentiels permettant à la partie se fiant à la signature de l'identifier. Il doit également déclarer: 1) que le signataire identifié dans le certificat avait, au moment de l'émission de ce dernier, le contrôle des données afférentes à la création de signature; et 2) que les données afférentes à la création de signature étaient opérationnelles à la date ou avant la date à laquelle le certificat a été émis.

Dans l'intérêt de la partie se fiant à la signature, il doit fournir des renseignements supplémentaires concernant: 1) la méthode utilisée pour identifier le signataire; 2) toute restriction apportée à l'objet ou à la valeur pour lequel ou laquelle les données afférentes à la création de signature ou le certificat peuvent être utilisés; 3) l'état opérationnel des données afférentes à la création de signature; 4) toute restriction apportée au champ d'application ou à la portée de la responsabilité du prestataire de services de certification; 5) le fait de savoir si le signataire a ou non les moyens de notifier que des données afférentes à la création de signature ont été compromises; et 6) le fait de savoir si un service de révocation rapide est offert ou non.

81. Pour faciliter l'évaluation de la fiabilité des systèmes, des procédures et des ressources humaines utilisés par le prestataire de services de certification, la Loi type fournit une liste non exhaustive de facteurs indicatifs.

F. *Un cadre neutre quant aux techniques employées*

82. Compte tenu de la rapidité des progrès techniques, la Loi type prévoit des critères en vue de la reconnaissance juridique des signatures électroniques quelle que soit la technologie employée (signatures numériques fondées sur la cryptographie asymétrique; dispositifs biométriques (permettant l'identification des individus par leurs caractéristiques physiques, que ce soit la forme de la main ou du visage, la lecture des empreintes digitales, la reconnaissance de la voix ou le balayage de la rétine, etc.); cryptographie symétrique; utilisation de numéros d'identification personnels (codes PIN); utilisation de "marques" pour authentifier les messages de données à l'aide d'une carte à mémoire ou d'un autre dispositif détenu par le signataire; versions numérisées des signatures manuscrites; dynamique des signatures; et autres méthodes comme celle consistant à cliquer sur la case "valider". Ces diverses techniques pourraient être combinées pour réduire le risque systémique (voir A/CN.9/484, par. 52).

G. *Non-discrimination des signatures électroniques étrangères*

83. La Loi type établit le principe fondamental selon lequel le lieu d'origine ne doit, en aucun cas, être par lui-même un facteur permettant de déterminer si et dans quelle mesure des certificats ou des signatures électroniques étrangers devraient être reconnus comme susceptibles de produire légalement des effets dans un État adoptant (voir A/CN.9/484, par. 53). Cette détermination ne doit pas dépendre du lieu dans lequel le certificat ou la signature électronique a été émis (voir A/CN.9/483, par. 27) mais de sa fiabilité technique. Ce principe fondamental est développé dans l'article 12 (voir plus loin les paragraphes 152 à 160).

V. ASSISTANCE DU SECRÉTARIAT DE LA CNUDCI

A. *Aide à l'élaboration d'une législation*

84. Dans le cadre de ses activités de formation et d'assistance, le secrétariat de la CNUDCI peut aider les États, par des consultations techniques, à élaborer une législation sur la base de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. La même assistance est offerte aux États qui envisagent d'adopter une législation fondée sur d'autres lois types de la CNUDCI (à savoir la Loi type sur l'arbitrage commercial international, la Loi type sur les virements internationaux, la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, la Loi type sur le commerce électronique et la Loi type sur l'insolvabilité internationale), ou qui envisagent d'adhérer à l'une des conventions de droit commercial international élaborées par la CNUDCI.

85. Pour tout renseignement complémentaire concernant la Loi type et les autres lois types et conventions élaborées par la CNUDCI, on peut s'adresser au secrétariat à l'adresse suivante:

Service du droit commercial international,
Bureau des affaires juridiques
Organisation des Nations Unies
Centre international de Vienne
B.P. 500
A-1400 Vienne (Autriche)

Téléphone:	(+43-1) 26060-4060 ou 4061
Télécopieur:	(+43-1) 26060-5813
Adresse électronique:	uncitral@uncitral.org
Site Internet:	http://www.uncitral.org

B. *Renseignements sur l'interprétation des textes législatifs fondés sur la Loi type*

86. Le secrétariat apprécie toute observation concernant la Loi type et le Guide, ainsi que tous renseignements concernant l'adoption de textes législatifs fondés sur la Loi type. Une fois incorporé, cet instrument sera inclus dans le système d'information sur la jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI, qui rassemble et diffuse des informations sur la jurisprudence relative aux conventions et lois types émanant de la CNUDCI. Ce système a pour but de faire connaître au niveau international les textes législatifs élaborés par la CNUDCI et de faciliter leur interprétation et leur application uniformes. Le secrétariat publie, dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, des résumés de décisions et met à disposition, contre remboursement des frais de reproduction, les décisions à partir desquelles les résumés ont été établis. Le système est expliqué dans un guide de l'utilisateur disponible auprès du secrétariat sous forme imprimée (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1) ainsi que sur le site Internet susmentionné.

Chapitre II. Observations article par article

TITRE

"Loi type"

87. Pendant toute son élaboration, l'instrument a été conçu comme un complément de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique devant être traité sur un pied d'égalité et avoir la même nature juridique que celui qui l'a précédé.

Article premier. *Champ d'application*

La présente Loi s'applique lorsque des signatures électroniques sont utilisées dans le contexte* d'activités commerciales**. Elle ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur.

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

"La présente Loi s'applique 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.

Observations générales

88. L'article premier a pour objet de délimiter le champ d'application de la Loi type. L'approche retenue dans cette dernière consiste à couvrir en principe toutes les situations de fait dans lesquelles des signatures électroniques sont utilisées, indépendamment du type de signature électronique ou de la technique d'authentification appliquée. Il a été estimé au cours de l'élaboration de la Loi type que l'exclusion d'une forme ou d'un support quelconque par la limitation du champ d'application de l'instrument pourrait soulever des difficultés pratiques et serait contraire à l'intention d'élaborer des règles véritablement neutres quant aux techniques et aux médias utilisés. Lors de l'élaboration de la Loi type, le Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique a respecté le principe de la neutralité technologique, bien qu'il fût conscient que les "signatures numériques", c'est-à-dire les signatures électroniques obtenues par l'application d'une cryptographie à double clef, constituaient une technologie particulièrement répandue (voir A/CN.9/484, par. 54).

*Note de bas de page***

89. Il a été estimé que la Loi type devait indiquer qu'elle était axée sur les situations rencontrées dans le domaine commercial et qu'elle avait été élaborée en fonction des relations commerciales et financières. C'est pour cette raison que l'article premier fait référence aux "activités commerciales" et donne à la note de bas de page** des indications sur ce que cela signifie. Ces précisions, qui peuvent être particulièrement utiles pour les pays qui ne disposent pas d'un corpus distinct de droit commercial, reprennent, pour des raisons de cohérence, la note de bas de page qui correspond à l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (également reproduite en tant que note de bas de page**** correspondant à l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique). Dans certains pays, l'emploi de notes de bas de page dans un texte réglementaire ne serait pas considéré comme une pratique législative acceptable. Les autorités nationales qui mettent en œuvre la Loi type pourront donc envisager d'inclure éventuellement le texte de ces notes dans le corps même du texte.

*Note de bas de page**

90. La Loi type s'applique à tous les types de messages de données auxquels est attachée une signature électronique légalement significative, et rien dans cette Loi ne devrait empêcher à un État d'élargir son champ d'application pour couvrir les utilisations des signatures électroniques en dehors du domaine commercial. Par exemple, bien que la Loi type ne porte pas principalement sur les relations entre utilisateurs de signatures électroniques et pouvoirs publics, elle ne devrait pas leur être inapplicable. La note de bas de page* propose une variante qui pourrait être utilisée par les États qui jugeraient approprié d'élargir le champ d'application de la Loi type au-delà du domaine commercial.

Protection du consommateur

91. Certains pays ont adopté des lois particulières sur la protection du consommateur qui peuvent régir certains aspects de l'utilisation des systèmes d'information. S'agissant de cette législation sur les consommateurs, il a été estimé, comme pour les instruments précédents de la CNUDCI (par exemple la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique), qu'il conviendrait d'indiquer dans la Loi type que celle-ci avait été rédigée sans que soit accordée une attention particulière aux questions qui pourraient se poser dans le contexte de la protection des consommateurs. En même temps, on a estimé qu'il n'y avait aucune raison d'exclure du champ d'application, au moyen d'une disposition générale, les situations faisant intervenir des consommateurs, d'autant que les dispositions de la Loi type pourraient être jugées très bénéfiques pour la protection des consommateurs, en fonction de la législation adoptée dans chaque État. L'article premier reconnaît donc que cette législation relative à la protection du consommateur peut prévaloir sur les dispositions de la Loi type. Si les législateurs parviennent à des conclusions différentes quant à l'effet bénéfique de la Loi type sur les opérations impliquant des consommateurs dans un pays donné, ils pourront envisager d'exclure les consommateurs du champ d'application du texte législatif incorporant la Loi type. La détermination des personnes physiques ou morales qui devraient être considérées comme des "consommateurs" relève de la législation applicable en dehors de la Loi type.

Utilisation des signatures électroniques dans les transactions internationales et nationales

92. Il est recommandé que l'application de la Loi type soit aussi large que possible. Il faudrait faire preuve d'une prudence particulière avant d'exclure cette application en limitant la portée du texte aux utilisations internationales des signatures électroniques, car on pourrait considérer qu'une telle limitation ne permet pas d'atteindre pleinement les objectifs de la Loi type. En outre, la diversité des procédures applicables en vertu de cette loi pour limiter au besoin l'utilisation des signatures électroniques (par exemple, pour des raisons d'ordre public) rend moins indispensable une limitation de son champ d'application. La sécurité juridique qu'offrira la Loi type est nécessaire pour les échanges commerciaux tant nationaux qu'internationaux. Une discrimination entre les signatures électroniques utilisées au niveau national et celles utilisées dans le cadre des opérations commerciales internationales pourrait entraîner l'apparition de deux régimes régissant l'utilisation des signatures électroniques et donc sérieusement entraver le recours à de telles techniques (voir A/CN.9/484, par. 55).

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/484, par. 54 et 55;
A/CN.9/WG.IV/WP.88, annexe, par. 87 à 91
A/CN.9/467, par. 22 à 24;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 22;
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.

Article 2. ***Définitions***

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue;

b) Le terme "certificat" désigne un message de données ou un autre enregistrement confirmant le lien entre un signataire et des données afférentes à la création de signature;

c) 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;

d) Le terme "signataire" désigne une personne qui détient des données afférentes à la création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui de la personne qu'elle représente;

e) Le terme "prestataire de services de certification" désigne une personne qui émet des certificats et peut fournir d'autres services liés aux signatures électroniques;

f) Le terme "partie se fiant à la signature ou au certificat" désigne une personne qui peut agir sur la base d'un certificat ou d'une signature électronique.

Définition du terme "signature électronique"

La signature électronique comme équivalent fonctionnel de la signature manuscrite

93. La notion de "signature électronique" est censée englober toutes les utilisations classiques d'une signature manuscrite destinée à produire des effets juridiques, l'identification du signataire et l'intention de signer n'étant que le plus petit commun dénominateur des différentes conceptions de la "signature" que l'on trouve dans les divers systèmes juridiques. Ces fonctions d'une signature manuscrite ont déjà été examinées dans le contexte de l'élaboration de l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique. Par conséquent, définir une signature électronique comme capable d'indiquer l'approbation d'informations revient essentiellement à établir une condition préalable d'ordre technique pour la reconnaissance d'une technologie donnée comme capable de créer un équivalent d'une signature manuscrite. La définition ne fait pas abstraction du fait que des technologies couramment appelées "signatures électroniques" peuvent servir à d'autres fins que la création d'une signature ayant une valeur juridique; elle illustre simplement l'accent mis dans la Loi type sur l'utilisation de signatures électroniques comme équivalents fonctionnels des signatures manuscrites (voir A/CN.9/483, par. 62).

Autres utilisations possibles d'une signature électronique

94. Une distinction devrait être établie entre la notion juridique de "signature" et la notion technique de "signature électronique", terme technique visant des pratiques qui ne supposent pas nécessairement la production de signatures ayant une valeur juridique. Lors de l'élaboration de la Loi type, il a été estimé qu'il fallait appeler l'attention des utilisateurs sur le risque de confusion qui pourrait résulter de l'utilisation du même outil technique pour la production d'une signature ayant une valeur juridique et pour d'autres fonctions d'authentification et d'identification (ibid.).

Définition du terme "certificat"

Nécessité d'une définition

95. Le sens du terme "certificat" tel qu'employé dans le contexte de certains types de signatures électroniques et tel que défini dans la Loi type diffère peu de son sens général de document par lequel une personne confirme certains faits, si ce n'est qu'il est sous forme électronique et non sur support papier (voir A/CN.9/484, par. 56). Toutefois, étant donné que la notion générale de "certificat" n'existe pas dans tous les systèmes juridiques, voire dans toutes les langues, il a été jugé utile d'inclure une définition dans le contexte de la Loi type (voir A/CN.9/483, par. 65).

Objet d'un certificat

96. Le certificat a pour objet de reconnaître, montrer ou confirmer un lien entre les données afférentes à la création de signature et le signataire. Ce lien est créé lorsque ces données sont générées (ibid., par. 67).

"Données afférentes à la création de signature"

97. Dans le contexte des signatures électroniques qui ne sont pas des signatures numériques, le terme "données afférentes à la création de signatures" désigne les clefs secrètes, codes ou autres éléments qui, dans le processus de création d'une signature électronique, sont utilisés pour établir un lien sûr entre la signature électronique résultante et la personne du signataire (voir A/CN.9/484, par. 57). Par exemple, dans le contexte des signatures électroniques s'appuyant sur des dispositifs biométriques, l'élément essentiel serait l'indicateur biométrique, tel qu'une empreinte digitale ou des données de balayage de la rétine. La définition porte uniquement sur les éléments essentiels devant demeurer confidentiels pour garantir la qualité du processus de signature, à l'exclusion de tout autre élément qui, quoique pouvant contribuer au processus de signature, pourrait être révélé sans compromettre pour autant la fiabilité de la signature électronique en résultant. D'autre part, dans le contexte des signatures numériques s'appuyant sur la cryptographie asymétrique, l'élément principal qui peut être décrit comme "lié au signataire" est la paire de clefs cryptographiques. Dans le cas des signatures numériques, la clef publique comme la clef privée sont liées à la personne du signataire. Comme l'objectif principal du certificat, dans le contexte des signatures numériques, est de confirmer le lien entre la clef publique et le signataire (voir par. 53 à 56 et 62-10 ci-dessus), il est également nécessaire que la clef publique soit certifiée comme appartenant au signataire. Si seule la clef privée relève de cette définition des "données afférentes à la création de signatures", il est important d'indiquer, pour éviter tout doute à cet égard, que dans le contexte des signatures numériques la définition du terme "certificat" figurant à l'alinéa *b* de l'article 2 s'entend comme comprenant la confirmation du lien entre le signataire et la clef publique de celui-ci. Figure également parmi les éléments à ne pas inclure dans la définition le texte signé électroniquement, quoiqu'il joue également un rôle important dans le processus de création de signature (dans le cadre d'une fonction de hachage ou autrement). L'article 6 exprime l'idée que les données afférentes à la création de la signature doivent être liées au signataire et à personne d'autre (A/CN.9/483, par. 75).

Définition du terme "message de données"

98. La définition du terme "message de données" est tirée de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique en tant que notion large englobant tous les messages créés dans le contexte du commerce électronique, y compris le commerce par le Web (ibid., par. 69). La notion de "message de données" ne se limite pas aux données communiquées, mais englobe aussi les données enregistrées sur ordinateur qui ne sont pas destinées à être communiquées. La notion de "message" inclut donc celle d'"enregistrement".

99. La référence à des "moyens analogues" vise à tenir compte du fait que la Loi type n'a pas été conçue uniquement pour être applicable dans le contexte des techniques de communication existantes, mais aussi pour tenir compte des progrès techniques prévisibles. La définition du terme "message de données" a pour but d'englober tous les types de messages créés, stockés, ou envoyés essentiellement sans support papier. À cette fin, tous les moyens de communication et de stockage d'informations qui peuvent être utilisés pour des fonctions parallèles à celles qui sont assurées grâce aux moyens énumérés dans la définition sont censés être englobés dans les termes "moyens analogues", même si des moyens de communication "électroniques" et "optiques", par exemple, peuvent ne pas être à proprement parler analogues. Aux fins de la Loi type, le terme "analogue" signifie "fonctionnellement équivalent".

100. La définition du terme "message de données" doit aussi s'appliquer en cas de révocation ou de modification. Un message de données est présumé contenir des informations fixes, mais il peut être révoqué ou modifié par un autre message de données (Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, par. 30 à 32).

Définition du terme "signataire"

"une personne"

101. Conformément à l'approche adoptée pour la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, toute référence, dans la nouvelle loi, à une "personne" devrait être interprétée comme visant tous les types de personnes ou d'entités, qu'il s'agisse de personnes physiques, de personnes morales ou d'autres entités juridiques (A/CN.9/483, par. 86).

"au nom de la personne qu'elle représente"

102. L'analogie avec des signatures manuscrites n'est peut-être pas toujours appropriée pour tirer parti des possibilités qu'offrent les techniques modernes. Dans un environnement papier, par exemple, des personnes morales ne peuvent être, à proprement parler, signataires de documents établis en leur nom, parce que seules des personnes physiques peuvent apposer des signatures manuscrites authentiques. Par contre, on peut concevoir que des signatures électroniques soient attribuables à des sociétés ou à d'autres personnes morales (y compris des administrations ou d'autres organismes publics), et il se peut, dans certains cas, que l'identité de la personne qui crée effectivement la signature, lorsqu'une intervention humaine est nécessaire, soit sans intérêt aux fins pour lesquelles la signature est créée (ibid., par. 85).

103. Néanmoins, en vertu de la Loi type, la notion de "signataire" ne peut être dissociée de la personne ou de l'entité qui crée effectivement la signature électronique, puisque plusieurs obligations propres aux signataires en vertu de cette loi sont logiquement liées au contrôle effectif des données afférentes à la création de signature. Toutefois, afin de tenir compte des cas où le signataire agirait en tant que représentant d'une autre personne, l'expression "soit pour celui de la personne qu'elle représente" a été retenue dans la définition du "signataire". La mesure dans laquelle une personne serait liée par une signature électronique créée "pour son compte" doit être réglée conformément à la loi régissant, selon qu'il convient, les relations juridiques entre le signataire et la personne pour le compte de qui la signature électronique est créée, d'une part, et la partie qui se fie à cette signature, d'autre part. Cette question, ainsi que d'autres relatives à la transaction sous-jacente, y compris les questions de représentation et celle de savoir à qui (du signataire ou de la personne représentée par lui) incombe en dernier ressort la responsabilité d'un manquement par le signataire aux obligations résultant de l'article 8, n'entrent pas dans le champ d'application de la Loi type (ibid., par. 86 et 87).

Définition du terme "prestataire de services de certification"

104. Le prestataire de services de certification tel que défini aux fins de la Loi type devra fournir au minimum des services de certification, et éventuellement d'autres services (ibid., par. 100).

105. Aucune distinction n'a été faite dans la Loi type entre les cas où un prestataire de services de certification fournit lesdits services dans le cadre de son activité principale ou en fait une activité auxiliaire, habituelle ou occasionnelle, directement ou par l'intermédiaire d'un sous-traitant. La définition vise toutes les entités qui fournissent des services de certification dans le cadre de la Loi type, c'est-à-dire "dans le contexte d'activités commerciales". Toutefois, étant donné la limitation du champ d'application de la Loi type, les entités qui émettent des certificats à des fins internes et non à des fins commerciales n'entreraient pas dans la catégorie des "prestataires de services de certification" tels que définis à l'article 2 (ibid., par. 94 à 99).

Définition du terme "partie se fiant à la signature ou au certificat"

106. La définition du terme "partie se fiant à la signature ou au certificat" vise à assurer une symétrie dans la définition des diverses parties impliquées dans le fonctionnement des mécanismes de signature électronique régis par la Loi type (ibid., par. 107). Aux fins de cette définition, le mot "agir" devrait être interprété au sens large comme renvoyant non seulement à un acte, mais également à une omission (ibid., par. 108).

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/484, par. 56 et 57;
A/CN.9/WG.IV/WP.88, annexe, par. 92 à 105;
A/CN.9/483, par. 59 à 109;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 23 à 36;
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, 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.

Article 3. *Égalité de traitement des techniques de signature*

Aucune disposition de la présente Loi, 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 signature électronique satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 ou autrement satisfaisant aux exigences de la loi applicable.

Neutralité technique

107. L'article 3 consacre le principe fondamental selon lequel aucune méthode de signature électronique ne devrait faire l'objet d'une discrimination, c'est-à-dire qu'il faudrait donner à toutes les techniques la même possibilité de satisfaire aux exigences de l'article 6. En conséquence, il ne devrait pas y avoir de différence de traitement entre les messages signés électroniquement et les documents sur papier portant des signatures manuscrites, ni entre divers types de messages signés électroniquement, à condition qu'ils satisfassent aux exigences fondamentales énoncées au paragraphe 1 de l'article 6 de la Loi type ou à toute autre exigence énoncée dans la loi applicable. Ces exigences peuvent, par exemple, prescrire l'utilisation d'une technique de signature spécifiquement désignée dans des situations particulières, ou bien fixer autrement une norme qui pourrait être supérieure ou inférieure à celle qui est énoncée à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (et à l'article 6 de la Loi type). Le principe fondamental de non-discrimination est destiné

à trouver une application générale. Il convient toutefois de noter qu'un tel principe n'est pas censé porter atteinte à la liberté contractuelle reconnue à l'article 5. Les parties devraient donc rester libres entre elles et, dans la mesure permise par la loi, d'exclure par convention l'utilisation de certaines techniques de signature électronique. En énonçant qu'"aucune disposition de la présente Loi n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d'effets juridiques une quelconque méthode de création de signature électronique", l'article 3 indique simplement que la forme sous laquelle est appliquée une signature électronique donnée ne peut être invoquée comme seul motif de lui refuser l'efficacité juridique. Il ne faudrait toutefois pas interpréter de façon erronée l'article 3 comme établissant la validité juridique de n'importe quelle technique de signature ou information signée électroniquement.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/WG.IV/WP.88, annexe, par. 106;
A/CN.9/467, par. 25 à 32;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 37;
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.

Article 4. *Interprétation*

1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire.

Source

108. L'article 4 s'inspire de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et est repris de l'article 3 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il fournit des lignes directrices pour l'interprétation de la Loi type par les tribunaux d'arbitrage, les juridictions d'État et les autorités administratives nationales ou locales. Il devrait avoir pour effet de limiter la mesure dans laquelle un texte uniforme, une fois incorporé dans la législation locale, pourrait être interprété uniquement par référence aux concepts du droit local.

Paragraphe 1

109. Le paragraphe 1 a pour objet d'attirer l'attention de toute personne qui pourrait être appelée à appliquer la Loi type sur le fait que, même si, une fois adoptées, les dispositions de la Loi type (ou les dispositions de l'instrument d'application) faisaient partie intégrante de la législation interne et avaient donc un caractère national, elles devraient être interprétées compte tenu de leur origine internationale, de façon à assurer l'uniformité de leur interprétation dans les différents pays adoptants.

Paragraphe 2

110. Parmi les principes généraux sur lesquels la Loi type est fondée, la liste non exhaustive ci-après pourrait être jugée applicable: 1) faciliter le commerce électronique entre les États et dans chaque État; 2) valider les opérations conclues au moyen des nouvelles technologies de l'information; 3) promouvoir et encourager de manière techniquement neutre l'application des nouvelles technologies de l'information en général et des signatures électroniques en particulier; 4) promouvoir l'uniformité du droit; et 5) appuyer les pratiques commerciales. Bien qu'ayant pour objectif général de faciliter l'utilisation des signatures électroniques, la Loi type ne doit en aucune façon être interprétée comme imposant cette utilisation.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/WG.IV/WP.88, annexe, par. 107 à 109;
A/CN.9/467, par. 33 à 35;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 38;
A/CN.9/465, par. 49 et 50;
A/CN.9/WG.IV/WP.82, par. 35.

Article 5. *Dérogation conventionnelle*

Il est possible de déroger aux dispositions de la présente Loi ou d'en modifier les effets par convention, à moins que cette convention soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable.

Respect de la loi applicable

111. La décision d'entreprendre l'élaboration de la Loi type s'est appuyée sur la reconnaissance du fait que, dans la pratique, c'est essentiellement dans des contrats que l'on recherche des solutions aux difficultés juridiques soulevées par l'utilisation des moyens modernes de communication. La Loi type a ainsi pour objet de soutenir le principe de l'autonomie des parties. La loi applicable, cependant, fixe parfois des limites à l'application de ce principe. L'article 5 ne devrait pas être interprété à tort comme autorisant les parties à déroger à des règles obligatoires, par exemple à des règles adoptées pour des raisons d'ordre public, comme encourageant les États à adopter des lois contraignantes qui limiteraient l'effet de l'autonomie des parties en matière de signatures électroniques, ou comme invitant de quelque autre façon les États à restreindre la liberté qu'ont les parties de s'entendre entre elles sur les critères de forme qui régissent leurs communications.

112. Le principe de l'autonomie des parties s'applique de façon large en ce qui concerne les dispositions de la Loi type, puisque cette dernière ne contient aucune disposition impérative. Ce principe s'applique également dans le contexte du paragraphe 1 de l'article 13. Dès lors, bien que les tribunaux de l'État adoptant ou les autorités chargées de l'application de la Loi type ne doivent pas nier ou annuler les effets juridiques d'un certificat étranger en raison uniquement du lieu où il a été émis, le paragraphe 1 de l'article 13 ne limite pas la liberté des parties à une transaction commerciale de convenir de l'utilisation de certificats émis en un lieu particulier (A/CN.9/483, par. 112).

Convention expresse ou implicite

113. Quant à la façon d'exprimer le principe de l'autonomie des parties dans l'article 5, il a généralement été admis, lors de l'élaboration de la Loi type, que la convention pourrait être expresse ou implicite. Le libellé de l'article 5 a été maintenu aligné sur celui de l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (A/CN.9/467, par. 38).

Convention bilatérale ou multilatérale

114. L'article 5 a pour vocation de s'appliquer non seulement dans le contexte de relations entre des expéditeurs et des destina-

taires de messages de données, mais aussi dans le contexte de relations faisant intervenir des intermédiaires. Ainsi, il pourrait être dérogé aux dispositions de la Loi type soit par convention bilatérale ou multilatérale entre les parties, soit par des règles systémiques convenues par les parties. Normalement, la loi applicable limiterait l'autonomie des parties aux droits et obligations naissant entre les parties de façon à éviter toute incidence sur les droits et obligations des tiers.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/WG.IV/WP.88, annexe, par. 110 à 113; A/CN.9/467, par. 36 à 43; A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 39 et 40; 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.

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 données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire;

b) les données afférentes à la création de signature étaient, 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 cette information après le moment de la signature est décelable.

4. Le paragraphe 3 ne restreint pas la possibilité pour toute personne:

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: [...]

Importance de l'article 6

115. L'article 6 est l'une des dispositions essentielles de la Loi type. Il a pour objet de développer l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et d'indiquer comment satisfaire au critère de fiabilité de l'article 7-1 *b*. Lorsqu'on interprète l'article 6, il faut avoir à l'esprit que cette disposition a pour objet de garantir que toute conséquence juridique qui aurait découlé de l'utilisation d'une signature manuscrite doit aussi découler de l'utilisation d'une signature électronique fiable.

Paragraphes 1, 2 et 5

116. Les paragraphes 1, 2 et 5 de l'article 6 introduisent des dispositions tirées, respectivement, des paragraphes 1 *b*, 2 et 3 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Un libellé inspiré de l'article 7-1 *a* de cette Loi type est déjà inclus dans la définition du terme "signature électronique" figurant à l'alinéa *a* de l'article 2.

Notions d'"identité" et d'"identification"

117. Le Groupe de travail est convenu qu'aux fins de la définition du terme "signature électronique" dans la Loi type le terme "identification" pouvait être plus large que la simple identification du signataire par un nom. La notion d'identité ou d'identification consiste notamment à distinguer le signataire, par son nom ou autrement, de toute autre personne, et peut renvoyer à d'autres caractéristiques importantes telles que la position ou l'autorité, que ce soit en association avec un nom ou sans référence à ce nom. Partant, il n'est pas nécessaire d'opérer une distinction entre l'identité et d'autres caractéristiques importantes, ni de limiter la Loi type aux cas dans lesquels ne sont utilisés que des certificats qui désignent nommément le signataire (A/CN.9/467, par. 56 à 58).

Effets de la Loi type variant avec le niveau de fiabilité technique

118. Lors de l'élaboration de la Loi type, on a fait observer qu'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 techniques de signature électronique reconnues comme fiables; et 2) inversement, qu'aucun effet juridique de ce type ne découle de l'utilisation de techniques 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, la Loi type 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 de la CNUDCI sur le commerce électronique 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*, peut-être longtemps après que la signature électronique a été utilisée, peut déterminer ce qui constitue une technique fiable de signature compte tenu des circonstances en vertu de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. En revanche, la nouvelle Loi type est censée avantager certaines techniques reconnues comme étant particulièrement fiables indépendamment des circonstances dans lesquelles elles sont utilisées. C'est là l'objet du paragraphe 3, qui est censé 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. Le paragraphe 3 est donc indispensable si l'on veut que la Loi type atteigne son objectif, qui est d'offrir davantage de sécurité que n'en offre actuellement la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique quant aux effets juridiques qu'on peut escompter de l'utilisation de types particulièrement fiables de signatures électroniques (voir A/CN.9/465, par. 64).

Présomption ou règle de fond

119. Pour établir la certitude quant aux effets juridiques résultant de l'usage d'une "signature électronique" au sens de l'article 2, le paragraphe 3 établit expressément les effets juridiques qui résulteraient de la réunion de certaines caractéristiques techniques d'une signature électronique (voir A/CN.9/484, par. 58). Quant à la manière d'établir ces effets juridiques, il a été convenu que les États adoptants 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 certaines caractéristiques techniques et l'effet juridique d'une signature (voir A/CN.9/467, par. 61 et 62).

Intention du signataire

120. La question reste de savoir si un effet juridique devrait découler de l'utilisation de techniques de signature électronique faite sans intention expresse, de la part du signataire, d'être juridiquement lié par l'approbation de l'information signée électroniquement. En pareille circonstance, la deuxième fonction décrite à l'article 7-1 *a* de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique n'est pas satisfaite, car il n'existe aucune "intention d'indiquer une approbation de l'information contenue dans le message de données". Le point de vue adopté dans la nouvelle Loi type est que les conséquences juridiques de l'utilisation d'une signature manuscrite devraient avoir leur pendant dans un environnement électronique. Ainsi, en apposant une signature (qu'elle soit manuscrite ou électronique) à une information, le signataire 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 de la Loi type. Dans ce contexte, la Loi type ne doit pas porter atteinte au droit général des contrats ou des obligations (voir A/CN.9/465, par. 65).

Critères de fiabilité technique

121. Les alinéas *a* à *d* du paragraphe 3 ont pour objet d'exprimer des critères objectifs de fiabilité technique des signatures électroniques. L'alinéa *a* est centré sur les caractéristiques objectives des données afférentes à la création de signature, qui doivent être "liées exclusivement au signataire". D'un point de vue technique, les données afférentes à la création de signature pourraient être "liées" exclusivement au signataire sans être "uniques" en soi. Le lien existant entre les données utilisées pour créer la signature et le signataire est l'élément essentiel (A/CN.9/467, par. 63). Si certaines données afférentes à la création de signatures électroniques peuvent être partagées par divers utilisateurs, par exemple lorsque plusieurs employés partagent celles d'une société, elles doivent néanmoins permettre d'identifier sans ambiguïté un utilisateur dans le contexte de chaque signature électronique.

Contrôle exclusif des données afférentes à la signature par le signataire

122. L'alinéa *b* traite des circonstances dans lesquelles sont utilisées les données afférentes à la création de signature. Lors de leur utilisation, ces données doivent être sous le contrôle exclusif du signataire. S'agissant de la notion de contrôle exclusif du signataire, se pose la question de savoir si le signataire resterait habilité à autoriser une autre personne à utiliser les données en son nom. Une telle situation risquerait de se produire lorsque les données afférentes à la signature sont utilisées dans le cadre d'une société, ladite société étant elle-même le signataire mais ayant besoin que plusieurs personnes puissent signer en son nom (A/CN.9/467, par. 66). On pourrait citer comme autre exemple les applications commerciales où les données afférentes à la signature existent sur un réseau et peuvent être utilisées par plusieurs personnes. Le réseau serait alors vraisemblablement lié à une entité particulière qui serait le signataire et continuerait d'exercer son contrôle sur les données. Si tel n'était pas le cas et que les données étaient largement accessibles, la situation ne devrait pas entrer dans le champ d'application de la Loi type (A/CN.9/467, par. 67). Lorsqu'une clef juridique est mise en œuvre par plus d'une personne dans le cadre d'un système de "clef fractionnée" ou d'un autre système de "secret partagé", la notion de "signataire" vise ces personnes envisagées conjointement (A/CN.9/483, par. 152).

Mandat

123. Les alinéas *a* et *b* convergent pour garantir que les données afférentes à la signature ne pourront être utilisées que par une seule personne à quelque moment que ce soit, principalement au moment de la signature (voir plus haut le paragraphe 103). La question du mandat ou de l'utilisation autorisée de ces données est traitée dans la définition du "signataire" (A/CN.9/467, par. 68).

Intégrité

124. Les alinéas *c* et *d* traitent des questions de l'intégrité de la signature électronique et de l'intégrité de l'information signée électroniquement. Il aurait été possible de combiner les deux dispositions pour souligner l'idée que, lorsqu'une signature est apposée à un document, l'intégrité du document et l'intégrité de la signature sont si étroitement liées qu'il est difficile de concevoir l'une sans l'autre. Cependant, il a été décidé que la Loi type devrait suivre la distinction établie dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique entre les articles 7 et 8. Bien que certaines technologies garantissent à la fois l'authentification (article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique) et l'intégrité (article 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique), ces notions peuvent être considérées comme juridiquement distinctes et traitées comme telles. Puisqu'une signature manuscrite ne garantit ni l'intégrité du document auquel elle est apposée, ni la non-détectabilité d'une modification apportée au document, l'approche de l'équivalence fonctionnelle impose que ces notions ne soient pas traitées dans une disposition unique. Le paragraphe 3 *c* a pour objet d'énoncer le critère à remplir pour démontrer qu'une méthode particulière de signature électronique est suffisamment fiable pour satisfaire à une exigence légale de signature. Cette exigence légale pourrait être satisfaite sans avoir à démontrer l'intégrité de l'ensemble du document (A/CN.9/467, par. 72 à 80).

125. L'alinéa *d* est essentiellement destiné à être utilisé dans les pays où les règles de droit qui régissent actuellement l'utilisation des signatures manuscrites n'établissent pas de distinction entre l'intégrité de la signature et l'intégrité de l'information signée. Dans d'autres pays, l'alinéa *d* pourrait créer une signature qui serait plus fiable qu'une signature manuscrite et irait ainsi au-delà du concept d'équivalent fonctionnel d'une signature. Dans certains pays, l'alinéa *d* peut avoir pour effet de créer un équivalent fonctionnel d'un document original (voir A/CN.9/484, par. 62).

Signature électronique d'une partie d'un message

126. À l'alinéa *d*, le lien nécessaire entre la signature et l'information signée est exprimé de façon à éviter de laisser entendre que la signature électronique ne peut s'appliquer qu'à l'intégralité d'un

message de données. Souvent, en fait, l'information signée ne correspond qu'à une partie de l'information contenue dans le message de données. Une signature électronique peut, par exemple, se rapporter uniquement à une information annexée au message à des fins de transmission.

Dérogation conventionnelle

127. Le paragraphe 3 n'a pas pour objet de limiter l'application de l'article 5 ou de toute loi applicable reconnaissant la liberté qu'ont les parties de stipuler dans une convention pertinente qu'une technique de signature donnée serait considérée entre eux comme un équivalent fiable d'une signature manuscrite.

128. L'alinéa *a* du paragraphe 4 a pour objet de fournir un fondement juridique à la pratique commerciale répandue par laquelle les commerçants réglementent eux-mêmes, par voie contractuelle, l'usage des signatures électroniques dans leurs relations (voir A/CN.9/484, par. 63).

Possibilité d'apporter la preuve de la non-fiabilité d'une signature électronique

129. L'alinéa *b* du paragraphe 4 a pour objet d'indiquer clairement que la Loi type ne limite pas la possibilité d'écarter par la preuve contraire la présomption envisagée au paragraphe 3 (voir A/CN.9/484, par. 63).

Exclusions du champ d'application de l'article 6

130. En vertu du principe énoncé au paragraphe 5, un État adoptant peut décider de ne pas appliquer l'article 6 dans certaines situations qui seraient spécifiées dans la législation mettant en œuvre la Loi type. Un État adoptant peut souhaiter exclure expressément certains types de situations, compte tenu en particulier de l'objet pour lequel l'exigence d'une signature manuscrite a été établie. Une exclusion expresse pourrait être envisagée, par exemple, dans le contexte des formalités requises conformément aux obligations conventionnelles internationales de l'État adoptant, et d'autres types de situations et de domaines du droit que cet État n'est pas habilité à modifier par le truchement d'une loi.

131. L'inclusion du paragraphe 5 vise à accroître l'acceptabilité de la Loi type. Il y est reconnu que le soin de spécifier les exclusions devrait être laissé aux États adoptants, approche qui tiendrait mieux compte des différences entre les situations nationales. Il conviendrait de noter, toutefois, que les objectifs de la Loi type ne seraient pas atteints si le paragraphe 5 servait à prévoir des exclusions générales, et la possibilité offerte en ce sens au paragraphe 5 devrait être évitée. De nombreuses exclusions du champ d'application de l'article 6 soulèveraient des obstacles inutiles au développement des signatures électroniques, étant donné que la Loi type énonce des principes et des approches d'un caractère très fondamental qui devraient trouver une application générale (A/CN.9/484, par. 63).

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/484, par. 58 à 63;
A/CN.9/WG.IV/WP.88, annexe, par. 114 à 126;
A/CN.9/467, par. 44 à 87;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 41 à 47;
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.

Article 7. ***Satisfaction des dispositions de l'article 6***

1. *[Toute personne, tout organe ou toute 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'a d'incidence sur le fonctionnement des règles du droit international privé.

Prédétermination du statut de la signature électronique

132. L'article 7 décrit le rôle joué par l'État adoptant pour ce qui est d'établir ou de reconnaître toute entité pouvant valider l'utilisation de signatures électroniques ou certifier d'autre manière leur qualité. À l'instar de l'article 6, l'article 7 repose sur l'idée selon laquelle la condition requise, pour faciliter le développement du commerce électronique, est l'existence d'une certitude et d'une prévisibilité au moment où les parties commerciales utilisent des techniques de signature électronique et non au moment où un différend les oppose devant un tribunal. Lorsqu'une technique de signature particulière peut satisfaire à des exigences rigoureuses de fiabilité et de sécurité, 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 certaine forme de reconnaissance.

Objet de l'article 7

133. L'article 7 a pour objet de préciser qu'un État adoptant peut désigner un organe ou une autorité qui sera habilité(e) à déterminer quelles technologies peuvent bénéficier de la règle de fond créée en vertu de l'article 6. L'article 7 n'est pas une disposition habilitante qui pourrait être ou serait nécessairement adoptée par les États sous sa forme actuelle. Il a cependant pour objet d'indiquer clairement que la certitude et la prévisibilité peuvent être obtenues en déterminant quelles techniques de signature électronique satisfont aux exigences de fiabilité énoncées à l'article 6, à condition que cette détermination s'effectue conformément aux normes internationales. Il ne devrait pas être interprété d'une façon qui soit prescrirait des effets juridiques obligatoires en cas d'utilisation de certains types de signature électronique, soit limiterait l'utilisation de la technologie aux techniques dont on aurait déterminé qu'elles satisfont aux exigences de fiabilité de l'article 6. Les parties devraient être libres, par exemple, d'utiliser des techniques dont on n'aurait pas déterminé qu'elles satisfont aux exigences de fiabilité de l'article 6, si c'était ce qu'elles étaient convenues de faire. Elles devraient aussi être libres de montrer, devant une juridiction étatique ou arbitrale, que la méthode de signature qu'elles avaient choisi d'utiliser satisfaisait effectivement aux exigences de l'article 6, sans pour autant avoir fait l'objet d'une détermination préalable à cet effet.

Paragraphe 1

134. Le paragraphe 1 indique clairement que toute entité qui pourrait valider l'utilisation de signatures électroniques ou certifier autrement leur qualité ne devrait pas avoir le statut d'autorité d'État. Ce paragraphe ne devrait pas être interprété comme donnant aux États une recommandation quant au seul moyen d'obtenir la reconnaissance de techniques de signature, mais plutôt comme indiquant les restrictions qui devraient s'appliquer s'ils souhaitaient adopter une telle méthode.

Paragraphe 2

135. En ce qui concerne le paragraphe 2, la notion de "norme" ne devrait pas se limiter aux normes établies, par exemple, par l'Organisation internationale de normalisation (ISO) et par l'Internet Engineering Task Force (IETF), ou à d'autres normes techniques. Le mot "normes" devrait être interprété dans un sens large qui inclurait les pratiques des divers secteurs d'activités et les usages commerciaux, les textes émanant d'organisations internationales telles que la Chambre de commerce internationale, les organismes régionaux d'accréditation fonctionnant sous l'égide de l'ISO (voir A/CN.9/484, par. 66) et le World Wide Web Consortium, ainsi que les textes de la CNUDCI elle-même (y compris la présente Loi type et la Loi type sur le commerce électronique). L'absence éventuelle de normes pertinentes ne devrait pas empêcher les personnes ou autorités compétentes d'opérer la détermination visée au paragraphe 1. Quant à la référence aux "normes reconnues", on pourrait s'interroger sur ce qui constitue la "reconnaissance" et sur l'entité dont on exige cette reconnaissance (voir A/CN.9/465, par. 94). La question est examinée à propos de l'article 12 (voir par. 159 ci-après).

Paragraphe 3

136. Le paragraphe 3 a pour objet d'indiquer très clairement que l'article 7 n'a pas pour objet d'affecter le fonctionnement normal des règles du droit international privé (voir A/CN.9/467, par. 94). En l'absence d'une telle disposition, le projet d'article 7 pourrait être interprété à tort comme encourageant les États adoptants à défavoriser les signatures électroniques étrangères en raison de leur non-conformité aux règles édictées par la personne ou l'autorité visée au paragraphe 1.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/484, par. 64 à 66;
A/CN.9/WG.IV/WP.88, annexe, par. 127 à 131;
A/CN.9/467, par. 90 à 95;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 49 à 51;
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.

Article 8. ***Normes de conduite du signataire***

1. Lorsque des données afférentes à la création de signature peuvent être utilisées pour créer une signature ayant des effets juridiques, chaque signataire:

a) prend des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de ses données afférentes à la création de signature;

b) avise, sans retard injustifié, toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique si:

i) il sait que les données afférentes à la création de signature ont été compromises; ou

ii) il estime, au regard de circonstances connues de lui, qu'il y a un risque important que les données afférentes à la création de signature aient été compromises;

c) prend, lorsqu'un certificat est utilisé pour étayer la signature électronique, des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations essentielles qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou devant figurer dans le certificat sont exactes et complètes.

2. Un signataire est responsable de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1.

Titre

137. L'article 8 (et les articles 9 et 11) devaient initialement contenir des règles concernant les obligations et responsabilités des différentes parties concernées (le signataire, la partie se fiant à la signature et tout prestataire de services de certification). Cependant, en raison des changements rapides touchant les aspects techniques et commerciaux du commerce électronique ainsi que du rôle joué actuellement, dans certains pays, par l'autoréglementation du commerce électronique, il est devenu difficile de parvenir à un consensus sur la teneur de ces règles. Les articles ont été rédigés de façon à présenter un "code de conduite" minimal applicable aux différentes parties. Comme cela est indiqué dans le contexte de l'article 9 à propos des prestataires de services de certification (voir par. 144 ci-après), la Loi type n'exige pas d'un signataire un niveau de diligence ou de fiabilité sans rapport raisonnable avec les fins pour lesquelles la signature électronique ou le certificat sont utilisés (voir A/CN.9/484, par. 67). La Loi type privilégie donc une solution qui lie les obligations énoncées dans les articles 8 et 9 à la production de signatures électroniques ayant une valeur juridique (A/CN.9/483, par. 117). Le principe de la responsabilité du signataire qui n'appliquerait pas les dispositions du paragraphe 1 est énoncé au paragraphe 2; l'étendue de cette responsabilité découlant du non-respect de ce code de conduite relève de la loi applicable en dehors de la Loi type (voir par. 141 ci-après).

Paragraphe 1

138. Les alinéas *a* et *b* s'appliquent généralement à toutes les signatures électroniques, tandis que l'alinéa *c* ne s'applique qu'aux signatures électroniques étayées par un certificat. L'obligation faite à l'alinéa *a*, en particulier, de prendre des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de ses données afférentes à la création de signature, constitue une obligation fondamentale généralement présente, par exemple, dans les conventions relatives à l'utilisation de cartes de crédit. En vertu de la politique adoptée au paragraphe 1, une telle obligation devrait également s'appliquer à toutes données afférentes à la signature électronique qui pourraient être utilisées pour exprimer une intention juridiquement signifiante. La dérogation conventionnelle prévue à l'article 5, cependant, permet de déroger aux normes fixées à l'article 8 là où celles-ci seraient jugées inappropriées ou susceptibles d'entraîner des conséquences indésirables.

139. L'alinéa *b* renvoie à la notion de "personne dont [on] peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique". En fonction de la technologie utilisée, cette "partie qui se fie à la signature" peut être non seulement une personne qui cherche à se fier à la signature, mais aussi une personne telle qu'un prestataire de services de certification, un prestataire de services de révocation de certificats ou toute autre partie concernée.

140. L'alinéa *c* s'applique lorsqu'un certificat est utilisé pour étayer les données afférentes à la signature. La notion de "cycle de vie du certificat" doit être interprétée dans un sens large comme couvrant la période allant de la demande ou de la création d'un certificat jusqu'à son expiration ou sa révocation.

Paragraphe 2

141. Le paragraphe 2 ne précise ni les conséquences, ni les limites de la responsabilité, qui relèvent toutes deux de la législation nationale. Cependant, tout en renvoyant les conséquences de la responsabilité à la législation nationale, le paragraphe 2 n'en indique pas moins clairement aux États adoptants que tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1 devrait entraîner une responsabilité. Le paragraphe 2 s'appuie sur la conclusion à

laquelle est parvenu le Groupe de travail à sa trente-cinquième session, selon laquelle il serait sans doute difficile d'arriver à un consensus sur les conséquences pouvant découler de la responsabilité du signataire. Selon le contexte dans lequel la signature électronique est utilisée, ces conséquences pourraient aller, d'après la loi existante, d'une responsabilité juridique du signataire vis-à-vis de la teneur du message à une responsabilité en dommages-intérêts. En conséquence, le paragraphe 2 se contente d'établir le principe selon lequel le signataire devrait être tenu responsable de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1, et renvoie à la loi applicable dans chaque État adoptant, en dehors de la Loi type, les conséquences juridiques qui découleraient d'une telle responsabilité (voir A/CN.9/465, par. 108).

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/484, par. 67 à 69;
A/CN.9/WG.IV/WP.88, annexe, par. 132 à 136;
A/CN.9/467, par. 96 à 104;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 52 et 53;
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.

Article 9. *Normes de conduite du prestataire de services de certification*

1. Lorsqu'un prestataire de services de certification fournit des services visant à étayer une signature électronique qui peut être utilisée pour produire des effets juridiques en tant que signature, ce prestataire:

a) agit en conformité avec les déclarations qu'il fait concernant ses politiques et pratiques;

b) prend des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou figurant dans le certificat sont exactes et complètes;

c) fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer à partir de ce certificat:

i) l'identité du prestataire de services de certification;
ii) si le signataire identifié dans le certificat avait, au moment de l'émission de ce dernier, le contrôle des données afférentes à la création de signature;
iii) si les données afférentes à la création de signature étaient valides au moment ou avant le moment de l'émission du certificat;

d) fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer, s'il y a lieu, à partir de ce certificat ou de toute autre manière:

i) la méthode utilisée pour identifier le signataire;
ii) toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles les données afférentes à la création de signature ou le certificat peuvent être utilisés;
iii) si les données afférentes à la création de signature sont valides et n'ont pas été compromises;
iv) toute restriction quant à l'étendue de la responsabilité stipulée par le prestataire de services de certification;
v) s'il existe des moyens pour le signataire d'adresser une notification conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8;
vi) la disponibilité d'un service de révocation en temps utile;

e) lorsque des services sont fournis au titre du sous-alinéa v de l'alinéa *d*, donne au signataire le moyen d'adresser une notification conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8 et, lorsque des services sont fournis au titre du sous-alinéa vi de l'alinéa *d*, offre un service de révocation en temps utile;

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 de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1.

Paragraphe 1

142. L'alinéa *a* énonce la règle fondamentale selon laquelle un prestataire de services de certification devrait se conformer à ses déclarations et à ses engagements, tels qu'exprimés, par exemple, dans une déclaration de pratiques de certification ou dans tout autre type de déclaration de politique générale.

143. L'alinéa *c* définit la teneur et les effets essentiels de tout certificat en vertu de la Loi type. Il convient de noter que, s'il s'agit de signatures numériques, il doit en outre être possible de vérifier le lien du signataire avec la clef publique ainsi qu'avec la clef privée (A/CN.9/484, par. 71). L'alinéa *d* énumère les éléments additionnels qui doivent être inclus dans le certificat ou autrement mis à la disposition de la partie se fiant à la signature dans le cas de certains certificats. L'alinéa *e* n'a pas pour objet de s'appliquer à des certificats tels que des certificats de transactions, qui sont des certificats ponctuels, ou à des certificats à faible coût portant sur des applications à faible risque, qui pourraient ne pas être sujets à révocation.

144. On peut considérer qu'il est raisonnable d'attendre de tout prestataire de services de certification, et non pas seulement de ceux qui émettent des certificats de "grande valeur", qu'il s'acquitte des devoirs et obligations prévus à l'article 9. Toutefois, la Loi type n'exige pas d'un signataire ou d'un prestataire de services de certification un niveau de diligence ou de fiabilité sans rapport raisonnable avec les fins pour lesquelles la signature électronique ou le certificat sont utilisés (voir par. 137 ci-dessus). La Loi type privilégie donc une solution qui lie les obligations énoncées dans les articles 8 et 9 à la production de signatures électroniques ayant une valeur juridique (A/CN.9/483, par. 117). En limitant le champ d'application de l'article 9 au large éventail de cas dans lesquels les services de certification servent à étayer une signature électronique qui peut être utilisée pour produire des effets juridiques en tant que signature, la Loi type ne vise pas à créer de nouveaux types d'effets juridiques pour les signatures (ibid., par. 119).

Paragraphe 2

145. Le paragraphe 2 laisse à la législation nationale le soin de déterminer les conséquences de la responsabilité (voir A/CN.9/484, par. 73). Sous réserve des règles applicables du droit national, le paragraphe 2 n'est pas destiné par ses auteurs à être interprété comme une règle de responsabilité absolue. Il n'a pas été prévu que ce paragraphe ait pour effet d'exclure la possibilité, pour le prestataire de services de certification, de prouver, par exemple, l'absence de faute ou de faute secondaire.

146. Les premières versions de l'article 9 contenaient un paragraphe supplémentaire, qui traitait des conséquences de la responsabilité énoncées au paragraphe 2. Lors de l'élaboration de la Loi type, il a été observé qu'une disposition unique s'inspirant du paragraphe 2 ne suffirait pas à traiter la question de la responsabilité des prestataires de services de certification. Le paragraphe 2 peut énoncer un principe approprié applicable aux signataires, mais il peut ne pas être suffisant pour couvrir les activités professionnelles et commerciales visées par l'article 9. L'une des façons possibles de pallier cette insuffisance aurait été d'énumérer dans le texte de la Loi type les facteurs à prendre en compte pour évaluer tout préjudice résultant d'un manquement du prestataire de services de certification aux exigences du paragraphe 1. Il a finalement

été décidé de faire figurer dans le Guide une liste non exhaustive de facteurs indicatifs. Pour évaluer la responsabilité du prestataire de services de certification, il faudrait notamment prendre en compte les facteurs suivants: *a)* le coût d'obtention du certificat; *b)* la nature de l'information certifiée; *c)* l'existence et l'ampleur de toute restriction aux fins pour lesquelles le certificat peut être utilisé; *d)* l'existence de toute déclaration limitant le champ d'application ou l'étendue de la responsabilité du prestataire de services de certification; et *e)* toute conduite fautive de la partie se fiant à la signature. Lors de l'élaboration de la Loi type, il a été généralement convenu que, pour déterminer le préjudice pouvant donner lieu à indemnisation, il faudrait tenir compte des règles de limitation de la responsabilité dans l'État où le prestataire de services de certification était établi ou dans tout autre État dont les lois s'appliqueraient en vertu de la règle de conflit de lois pertinente (A/CN.9/484, par. 74).

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/484, par. 70 à 74;
A/CN.9/WG.IV/WP.88, annexe, par. 137 à 141;
A/CN.9/483, par. 114 à 127;
A/CN.9/467, par. 105 à 129;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 54 à 60;
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.

Article 10. *Fiabilité*

Aux fins de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9, pour déterminer si, ou 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'accréditation ou du prestataire de services de certification concernant le respect ou l'existence des critères énumérés ci-dessus; ou

g) tout autre facteur pertinent.

Flexibilité de la notion de "fiabilité"

147. L'article 10 faisait, à l'origine, partie de l'article 9. Bien que cette partie soit par la suite devenue un article distinct, elle a essentiellement pour objet de faciliter l'interprétation de la notion de "systèmes, procédures et ressources humaines fiables" à l'article 9-1 *f*. L'article 10 se présente sous la forme d'une liste non exhaustive de facteurs à prendre en compte pour déterminer la fiabilité. Cette liste a pour objet de définir une notion souple de la fiabilité, dont les contours pourraient varier en fonction de ce que l'on attend du certificat dans le contexte dans lequel il est créé.

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/WG.IV/WP.88, annexe, par. 142;
A/CN.9/483, par. 128 à 133;
A/CN.9/467, par. 114 à 119.

Article 11. *Normes de conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat*

Une partie se fiant à une signature ou à un 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 étayée par un certificat, de prendre des mesures raisonnables pour:

i) vérifier que le certificat est valide ou qu'il n'a pas été suspendu ou révoqué; et

ii) tenir compte de toute restriction dont le certificat ferait l'objet.

Caractère raisonnable de la confiance

148. L'article 11 reflète l'idée selon laquelle une partie qui entend se fier à une signature électronique devrait se poser la question de savoir si et dans quelle mesure cette confiance est raisonnable compte tenu des circonstances. Il n'a pas pour objet de traiter la question de la validité d'une signature électronique, qui l'est à l'article 6 et qui ne devrait pas dépendre de la conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat. La question de la validité d'une signature électronique devrait demeurer distincte de la question de savoir s'il est raisonnable, pour une partie se fiant à la signature ou au certificat, de se fier à une signature qui ne satisfait pas à l'exigence énoncée à l'article 6.

Questions relatives aux consommateurs

149. Si l'article 11 peut faire peser une lourde charge sur les parties qui se fient à une signature, en particulier lorsque ces parties sont des consommateurs, il peut être utile toutefois de rappeler que la Loi type n'a pas pour objet d'annuler toute règle régissant la protection des consommateurs. Elle pourrait, cependant, être utile pour éduquer toutes les parties concernées, y compris les parties qui se fient à la signature, quant à la norme de conduite raisonnable à appliquer en matière de signatures électroniques. En outre, l'établissement d'une norme de conduite en vertu de laquelle la partie qui se fie à la signature devrait vérifier la fiabilité de cette dernière par des moyens facilement accessibles peut être considéré comme essentiel au développement de tout système d'infrastructure à clef publique.

Notion de "partie se fiant à la signature"

150. Conformément à la définition qui en est donnée, la notion de "partie se fiant à la signature" couvre toute partie qui pourrait se fier à une signature électronique. En fonction des circonstances, il peut donc s'agir de toute personne ayant ou non une relation contractuelle avec le signataire ou le prestataire de services de certification. Il est même concevable que le prestataire de services de certification ou le signataire devienne lui-même une "partie se fiant à la signature". Cette notion large ne doit cependant pas entraîner, pour le titulaire d'un certificat, l'obligation de vérifier la validité du certificat qu'il achète au prestataire de services de certification.

Manquement aux exigences de l'article 11

151. Quant aux conséquences éventuelles de l'établissement d'une obligation générale qui serait faite à la partie se fiant à la signature électronique de vérifier la validité de cette signature ou du certificat, un problème se pose lorsque cette partie ne satisfait pas aux exigences de l'article 11. Doit-elle alors être mise dans l'impossibilité de se prévaloir de la signature ou du certificat si une vérification raisonnable n'aurait pas révélé que ces derniers n'étaient pas valides. Les exigences de l'article 11 n'ont pas pour objet de faire obligation à la partie se fiant à la signature électronique de se conformer à des limitations ou de vérifier des informations auxquelles elle n'a pas facilement accès. Il pourrait être nécessaire de traiter une telle situation dans la loi applicable en dehors de la Loi type. D'une manière plus générale, les conséquences du non-respect par la partie se fiant à la signature électronique des exigences de l'article 11 sont régies par le droit applicable en dehors de la Loi type (voir A/CN.9/484, par. 75).

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/484, par. 75;
A/CN.9/WG.IV/WP.88, annexe, par. 143 à 146;
A/CN.9/467, par. 130 à 143;
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 61 à 63;
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.

Article 12. *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:

a) du lieu dans lequel le certificat est émis ou la signature électronique créée ou utilisée; ou

b) du lieu dans lequel l'émetteur ou le signataire a son établissement.

2. Un certificat émis en dehors de *[l'État adoptant]* a les mêmes effets juridiques dans *[l'État adoptant]* qu'un certificat émis dans *[l'État adoptant]* à condition qu'il offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent.

3. Une signature électronique créée ou utilisée en dehors de *[l'État adoptant]* a les mêmes effets juridiques dans *[l'État adoptant]* qu'une signature électronique créée ou utilisée dans *[l'État adoptant]* à condition qu'elle offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent.

4. Pour déterminer si des certificats ou des signatures électroniques offrent un niveau de fiabilité substantiellement équivalent aux fins des paragraphes 2 ou 3, il est tenu compte des normes internationales reconnues et de tous autres facteurs pertinents.

5. Lorsque, nonobstant les paragraphes 2, 3 et 4, les parties conviennent, s'agissant de leurs relations, d'utiliser certains types de signatures électroniques ou certificats, cette convention est jugée suffisante aux fins de la reconnaissance internationale, à moins qu'elle soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable.

Règle générale de non-discrimination

152. Le paragraphe 1 vise à traduire le principe fondamental selon lequel le lieu d'origine ne doit, en aucun cas, être par lui-même un facteur permettant de déterminer si et dans quelle mesure des certificats ou des signatures électroniques étrangers sont susceptibles de produire légalement leurs effets. Cette détermination ne doit pas dépendre du lieu dans lequel le certificat ou la signature électronique a été émis (voir A/CN.9/483, par. 27), mais de sa fiabilité technique.

"Niveau de fiabilité substantiellement équivalent"

153. Le paragraphe 2 a pour objet de définir le critère général pour la reconnaissance transfrontière des certificats, faute de quoi les prestataires de services de certification seraient astreints à la lourde obligation d'obtenir des licences dans un grand nombre de pays. À cette fin, le paragraphe 2 fixe un seuil d'équivalence technique des certificats étrangers fondé sur une comparaison de leur niveau de fiabilité par rapport à celui qui est exigé dans l'État adoptant conformément à la Loi type (ibid., par. 31). Ce critère doit s'appliquer quelle que soit la nature du régime de certification existant dans le pays d'où émane le certificat ou la signature (ibid., par. 29).

Différences de niveau de fiabilité entre pays

154. En faisant référence à la notion centrale de "niveau de fiabilité substantiellement équivalent", le paragraphe 2 reconnaît qu'il peut exister d'importantes différences entre les exigences des différents pays. L'exigence d'équivalence, telle que visée au paragraphe 2, ne signifie pas que le niveau de fiabilité d'un certificat étranger doit être exactement identique à celui d'un certificat national (ibid., par. 32).

Différences de niveau de fiabilité dans un même pays

155. Il convient de noter par ailleurs que dans la pratique les prestataires de service de certification émettent des certificats ayant différents niveaux de fiabilité, selon l'utilisation que veulent en faire leurs clients. De ce fait, les certificats et signatures électroniques peuvent produire des effets juridiques variables, que ce soit dans le pays où ils ont été émis ou à l'étranger. Par exemple, dans certains pays, même les certificats que l'on appelle parfois "certificats de moindre valeur" peuvent, dans certaines circonstances (par exemple lorsque les parties sont convenues, par convention, de recourir à de tels instruments), produire des effets juridiques (voir A/CN.9/484, par. 77). En appliquant la notion d'équivalence telle qu'employée au paragraphe 2, il convient donc de garder à l'esprit que l'équivalence à établir est entre des certificats du même type. Toutefois, la Loi type ne tente pas d'établir une correspondance entre des certificats de différents types émis par différents prestataires de services de certification dans différents pays. Son but est d'envisager une éventuelle hiérarchie des différents types de certificats. Dans la pratique, une juridiction étatique ou arbitrale appelée à décider de l'effet juridique d'un certificat étranger examinerait normalement chaque certificat en fonction de ses caractéristiques propres et tenterait de l'assimiler aux certificats ayant le niveau le plus proche dans l'État adoptant (A/CN.9/483, par. 33).

Égalité de traitement des certificats et d'autres types de signatures électroniques

156. Le paragraphe 3 énonce, en ce qui concerne les signatures électroniques, la même règle que celle qui est énoncée au paragraphe 2 concernant les certificats (ibid., par. 41).

Reconnaissance de certains effets juridiques à l'application des lois d'un pays étranger

157. Les paragraphes 2 et 3 traitent exclusivement du critère de fiabilité internationale à appliquer pour l'évaluation de la fiabilité d'un certificat ou d'une signature électronique étranger. Toutefois, lors de l'élaboration de la Loi type, on a gardé à l'esprit le fait que les États adoptants pourraient souhaiter se dispenser de vérifier la fiabilité de certaines signatures ou de certains certificats lorsqu'ils considèrent que la loi du pays d'où provient la signature prévoit une norme satisfaisante de fiabilité. Pour ce qui est des techniques juridiques que pourrait utiliser un État adoptant pour reconnaître a priori la fiabilité de certificats et de signatures conformes à la loi d'un État étranger (par exemple une déclaration unilatérale ou un traité), la Loi type ne contient aucune proposition particulière (ibid., par. 39 et 42).

Facteurs à prendre en considération pour l'évaluation de l'équivalence substantielle des certificats et signatures étrangers

158. Lors de l'élaboration de la Loi type, le paragraphe 4 a d'abord été conçu comme une liste de facteurs à prendre en considération pour déterminer si un certificat ou une signature électronique offrait un niveau de fiabilité substantiellement équivalent aux fins des paragraphes 2 ou 3. Il a été jugé, ultérieurement, que la plupart de ces facteurs figuraient déjà dans les articles 6, 9 et 10. Les énoncer à nouveau dans le cadre de l'article 12 aurait été superflu. Une autre solution possible, à savoir un renvoi, au paragraphe 4, aux dispositions appropriées de la Loi type dans lesquelles les critères pertinents étaient mentionnés, en ajoutant éventuellement d'autres critères particulièrement importants pour la reconnaissance internationale, a été jugée inadéquate, car elle entraînait une formulation par trop complexe (voir en particulier A/CN.9/483, par. 43 à 49). On a finalement opté pour les termes généraux "tous autres facteurs pertinents", ceux énoncés aux articles 6, 9 et 10 pour l'évaluation des certificats et des signatures électroniques nationaux étant particulièrement importants. En outre, le paragraphe 4 tire les conséquences du fait que l'évaluation de l'équivalence des certificats étrangers est quelque peu différente de l'évaluation de la fiabilité d'un prestataire de services de certification au titre des articles 9 et 10, c'est pourquoi on y a ajouté une référence aux "normes internationales reconnues".

Normes internationales reconnues

159. La notion de "norme internationale reconnue" devrait être interprétée de façon large comme englobant à la fois les normes internationales techniques et commerciales (c'est-à-dire les normes du marché) et les normes et règles adoptées par des organismes gouvernementaux ou intergouvernementaux (ibid., par. 49). Des "normes internationales reconnues" peuvent prendre la forme de déclarations sur les pratiques techniques, juridiques ou commerciales acceptées, qu'elles aient été mises au point par le secteur public ou par le secteur privé (ou les deux), de nature normative ou interprétative, généralement acceptées comme internationalement applicables. De telles normes peuvent se présenter sous forme d'exigences, de recommandations, de principes directeurs, de codes de conduite ou de déclarations de bonnes pratiques ou de règles (ibid., par. 101 à 104).

Reconnaissance des conventions entre les parties intéressées

160. Le paragraphe 5 prévoit la reconnaissance des conventions entre les parties intéressées concernant l'utilisation de certains types de signatures électroniques ou de certificats comme motifs suffisants de reconnaissance internationale (entre ces parties) des signatures ou certificats convenus (ibid., par. 54). Il est à noter que, conformément au paragraphe 5 de l'article 5, l'intention n'est pas de passer outre toute loi contraignante, en particulier toute exigence impérative concernant les signatures manuscrites que les États adoptants peuvent souhaiter maintenir dans leur droit applicable (ibid., par. 113). Le paragraphe 5 est nécessaire pour donner effet aux stipulations contractuelles en vertu desquelles les parties peuvent convenir, entre elles, de reconnaître l'utilisation de certaines signatures électroniques ou de certains certificats (qui peuvent être considérés comme étrangers dans certains ou dans la totalité des États où les parties peuvent demander la reconnaissance juridique de ces signatures ou certificats), sans que ces derniers soient soumis au critère de l'équivalence substantielle énoncé aux paragraphes 2, 3 et 4. Le paragraphe 5 n'a pas d'incidences sur la situation juridique des tiers (ibid., par. 56).

Références aux documents de la CNUDCI

A/CN.9/484, par. 76 à 78;
A/CN.9/WG.IV/WP.88, annexe, par. 147 à 155;
A/CN.9/483, par. 25 à 58 (article 12);
A/CN.9/WG.IV/WP.84, par. 61 à 68 (projet d'article 13);
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 premier); et
A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 73 à 75.

III. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

A. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-troisième session (Vienne, 20 novembre-1er décembre 2000) (A/CN.9/485) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Pages*
INTRODUCTION		1-14	370
I.	DÉLIBERATIONS ET DÉCISIONS	15-20	371
II.	PRESCRIPTION DE LA FORME ÉCRITE POUR LA CONVENTION D'ARBITRAGE	21-59	372
	A. Observations générales	21-22	372
	B. Modification proposée à l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage	23-44	372
	1. Questions connexes	45-49	375
	2. Élaboration d'un projet sur la base des débats au sein du Groupe de travail	50-59	376
III.	INSTRUMENT INTERPRÉTATIF CONCERNANT L'ARTICLE II-2 DE LA CONVENTION DE NEW YORK	60-77	378
	A. Observations générales	60-61	378
	B. Caractère contraignant	62-64	379
	C. Forme de l'instrument interprétatif	65-69	379
	D. Relation avec le texte modifié de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage	70	380
	E. Observations générales sur le contenu de la déclaration	71	380
	F. Commentaires paragraphe par paragraphe	72-76	380
	G. Autres prescriptions concernant la forme écrite dans la Convention de New York	77	381
IV.	DISPOSITION LÉGISLATIVE TYPE RELATIVE À L'EXÉCUTION DE MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES	78-106	381
	A. Observations générales	78	381
	B. Texte et examen général des projets de propositions	79-103	381
	C. Travaux futurs	104-106	385
V.	CONCILIATION	107-159	385
	A. Observations générales	107-110	385
	B. Article premier	111-120	386
	C. Article 2	121-125	387
	D. Articles 3 à 5	126-132	388
	E. Articles 6 et 7	133-138	388
	F. Article 8	139-146	390
	G. Article 9	147-153	391
	H. Article 10	154-158	391
	I. Articles 11 et 12	159	392

INTRODUCTION

1. Durant sa trente et unième session, la Commission a organisé, le 10 juin 1998, la Journée de la Convention de New York afin de célébrer le quarantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) ("Convention de New York"). Outre les représentants d'États membres de la Commission et des observateurs, quelque 300 invités ont participé à cette commémoration. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a prononcé l'allocution d'ouverture. En sus des discours d'anciens participants à la conférence diplomatique ayant adopté la Convention, des exposés ont été présentés par d'éminents spécialistes de l'arbitrage sur des questions telles que la promotion de la Convention, son adoption et son application. Des exposés ont également été présentés sur des questions dépassant le cadre de la Convention elle-même, par exemple sur l'interaction entre cette dernière 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 sur l'arbitrage, législatifs ou non[1].

2. Dans les exposés présentés à cette journée, diverses propositions ont été faites tendant à soumettre à la Commission certains des problèmes mis en évidence dans la pratique afin qu'elle puisse déterminer s'il serait souhaitable et possible qu'elle entreprenne des travaux dans ce domaine. À sa trente et unième session tenue en 1998, la Commission, se référant aux discussions qui ont eu lieu lors de la Journée de la Convention de New York, a considéré qu'il serait utile de débattre des travaux futurs possibles dans le domaine de l'arbitrage à sa trente-deuxième session. Elle a prié le secrétariat d'établir une note qui servirait de base à ces débats[2].

3. 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" (A/CN.9/460)[3]. Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international, la Commission avait 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 ("Loi type sur l'arbitrage") et l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, 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[4].

4. La Commission a mené ses débats sans avoir d'idée arrêtée sur la forme que prendraient en définitive ses travaux futurs. Il a été convenu que les décisions sur ce point 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 un traité international était envisagé, l'intention n'était pas de modifier la Convention de New York[5].

5. 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 les points prioritaires que devrait examiner ce dernier seraient la conciliation[6], la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage[7], la force exécutoire des mesures provisoires et conservatoires[8] et la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine[9]. Le Groupe de travail sur l'arbitrage (précédemment appelé Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux) a commencé ses travaux à la trente-deuxième session, tenue à Vienne du 20 au 31 mars 2000 (rapport paru sous la cote A/CN.9/468).

6. Le Groupe de travail a examiné l'élaboration éventuelle de textes harmonisés sur la conciliation, les mesures provisoires et conservatoires et la forme écrite des conventions d'arbitrage. Sur ces trois sujets, il a pris des décisions sur lesquelles le secrétariat a été prié de se fonder pour établir des projets de textes pour la session en cours du Groupe de travail. En outre, il a procédé à un échange de vues préliminaire sur d'autres sujets qui pourraient être examinés à un stade ultérieur (document A/CN.9/468, par. 107 à 114).

7. À sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000), la Commission s'est déclarée satisfaite du travail accompli jusque là par le Groupe de travail. Selon plusieurs avis, 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. La Commission a noté que le Groupe de travail avait également recensé un certain nombre d'autres sujets ayant différents niveaux de priorité,

[1] *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).

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

[3] Cette note se fondait sur les idées, suggestions et observations présentées à différentes occasions, notamment lors de la Journée de la Convention de New York [*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)]; du 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: Gerold Herrmann, "Does the world need additional uniform legislation on arbitration?" *Arbitration International*, vol. 15 (1999), n° 3, p. 211.

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.

[5] Ibid., par. 337 à 376 et 380.

[6] Ibid., par. 340 à 343.

[7] Ibid., par. 344 à 350.

[8] Ibid., par. 371 à 373.

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

qu'il avait été proposé d'inclure dans les travaux futurs (document A/CN.9/468, par. 107 à 114). Elle a réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter ces sujets.

8. Il a été déclaré à plusieurs reprises que, dans l'ensemble, en décidant de la priorité à donner aux futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les questions concernant lesquelles des décisions des tribunaux laissaient subsister une situation juridique incertaine ou insatisfaisante. 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 tels, 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 (A/CN.9/468, par. 109 *k*); les demandes aux fins de compensation dans des procédures arbitrales et la compétence du tribunal arbitral pour ce qui est de ces demandes (ibid., par. 107 *g*); la liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par des personnes de leur choix (ibid., 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 (ibid., par. 109 *i*); et le pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts (ibid., par. 107 *j*). Il a été noté avec satisfaction qu'en ce qui concernait 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) (ibid., 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 (ibid., par. 107 *m*), on a estimé que la question ne devrait pas soulever de nombreux problèmes et que la jurisprudence qui en était à l'origine ne devrait pas être considérée comme une tendance.

9. Le Groupe de travail sur l'arbitrage est composé de tous les États membres de la Commission. Les États membres du Groupe de travail énumérés ci-après étaient représentés à la session: Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bulgarie, Burkina Faso, Cameroun, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Mexique, Nigéria, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan et Thaïlande.

10. Des observateurs des États suivants ont également assisté à la session: Angola, Arabie saoudite, Canada, Croatie, Danemark, Émirats arabes unis, Équateur, ex-République yougoslave de Macédoine, Grèce, Indonésie, Israël, Jamahiriya arabe libyenne, Liban, Malaisie, Maroc, Panama, Pérou, Philippines, République de Corée, République tchèque, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Tunisie, Turquie, Ukraine et Uruguay.

11. Étaient également représentées par des observateurs les organisations internationales suivantes: Commission économique pour l'Europe (CEE), Comité consultatif juridique afro-asiatique, Comité consultatif sur l'Article 2022 de l'Accord de libre-échange nord-américain, Cour permanente d'arbitrage, Asser College Europe, Comité maritime international, Centre d'arbitrage commercial du Conseil de coopération du Golfe, Chambre de commerce internationale (CCI), Conseil international pour l'arbitrage commercial, London Court of International Arbitration (LCIA), Centre régional de Lagos pour l'arbitrage commercial international, Chartered Institute of Arbitrators.

12. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

Président: M. José María ABASCAL ZAMORA (Mexique)
Rapporteur: M. Sani L. MOHAMMED (Nigéria)

13. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.109); rapport du Secrétaire général intitulé "Règlement des litiges commerciaux: règles uniformes éventuelles sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux: forme écrite de la convention d'arbitrage, mesures provisoires ou conservatoires, conciliation" (A/CN.9/WG.II/WP.110); et rapport du Secrétaire général intitulé "Travaux futurs envisageables: mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les juridictions étatiques pour appuyer l'arbitrage, portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par les tribunaux arbitraux, validité de la Convention d'arbitrage" (A/CN.9/WG.II/WP.111).

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

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration de textes harmonisés sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires et conservatoires et la conciliation.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

15. Le Groupe de travail a examiné le point 3 de l'ordre du jour en se fondant sur les rapports du Secrétaire général (A/CN.9/WG.II/WP.110 et A/CN.9/WG.II/WP.111). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point aux chapitres II à V.

16. En ce qui concerne la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, le Groupe de travail a examiné le projet de disposition législative type modifiant l'article 7 2 de la Loi type sur l'arbitrage (présenté aux paragraphes 15 à 26 du document A/CN.9/WG.II/WP.110) et un groupe de rédaction a élaboré un autre projet révisé afin de le lui soumettre. Après un premier débat sur ce projet, le secrétariat a été prié d'établir des projets de textes, contenant éventuellement différentes variantes, pour examen à la prochaine session, en tenant compte des discussions au sein du Groupe de travail. Ce dernier a également examiné l'avant-projet d'instrument interprétatif concernant l'article II 2 de la Convention de New York (présenté aux paragraphes 27 à 51 du document A/CN.9/WG.II/WP.110) et a prié le secrétariat d'élaborer

un projet révisé de cet instrument reflétant les discussions qui se sont déroulées sur ce point. Il est rendu compte des débats sur la question aux paragraphes 21 à 77 ci-après.

17. S'agissant de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires, le Groupe de travail a examiné les dispositions législatives types élaborées par le secrétariat (présentées aux paragraphes 52 à 80 du document A/CN.9/WG.II/WP.110) et, faute de temps, a remis à sa prochaine session l'examen du sous-alinéa vi et des dispositions supplémentaires éventuelles. Il est rendu compte des débats sur ce point aux paragraphes 78 à 103 ci-après.

18. Pour ce qui est de la conciliation, le Groupe de travail a examiné les articles 1er, 2, 5, 7, 8, 9 et 10 du projet de dispositions législatives types (présenté aux paragraphes 81 à 111 du document A/CN.9/WG.II/WP.110) et a prié le secrétariat d'élaborer, pour examen à sa prochaine session, des projets révisés de ces articles, compte tenu des vues exprimées lors des débats. Les articles 3, 4, 6, 11 et 12 n'ont pas été abordés faute de temps. Il est rendu compte des débats sur ce point aux paragraphes 107 à 159 ci-après.

19. Le Groupe de travail s'est également penché sur les trois questions exposées dans le document A/CN.9/WG.II/WP.111 relatif aux travaux futurs envisageables, à savoir: les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les juridictions étatiques à l'appui de l'arbitrage; la portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par les tribunaux arbitraux; et la validité de la convention d'arbitrage. Il s'est dit favorable à la réalisation de travaux sur ces trois questions et a prié le secrétariat d'établir, pour une prochaine session, des études et propositions préliminaires. Il est rendu compte des débats sur ce point aux paragraphes 104 à 106 ci-après.

20. La prochaine session du Groupe de travail devrait se tenir du 21 mai au 1er juin 2001 à New York.

II. PRESCRIPTION DE LA FORME ÉCRITE POUR LA CONVENTION D'ARBITRAGE

A. Observations générales

21. Le Groupe de travail a, en premier lieu, noté que les dispositions relatives à la forme des conventions d'arbitrage (énoncées en particulier à l'article II 2 de la Convention de New York et à l'article 7 2 de la Loi type sur l'arbitrage) n'étaient pas conformes à la pratique actuelle et aux attentes des parties si elles étaient interprétées de manière restrictive. Il a été noté que, si les juridictions étatiques adoptaient de plus en plus souvent une interprétation extensive de ces dispositions, les avis divergeaient quant à leur interprétation appropriée. Ces divergences et le manque d'uniformité dans l'interprétation de ces dispositions posaient, dans le commerce international, un problème qui portait atteinte à la prévisibilité et à la certitude des engagements contractuels internationaux.

22. Le Groupe de travail a rappelé la décision qu'il avait prise à sa trente-deuxième session selon laquelle, pour assurer une interprétation uniforme des conditions de forme qui réponde aux exigences du commerce international, il fallait préparer une version modifiée de l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage en l'accompagnant d'un guide pour son incorporation dans le droit interne et élaborer une déclaration ou une résolution interprétative de l'article II 2 de la Convention de New York reflétant une interprétation large et flexible des conditions de forme. Pour ce qui était de la teneur des dispositions législatives types et de l'instrument interprétatif à élaborer, le Groupe de travail, rappelant l'examen auquel il avait procédé à sa session précédente (A/CN.9/468, par. 99), a confirmé que, pour qu'une convention d'arbitrage soit valablement conclue, on devait établir qu'une telle convention avait été conclue et qu'il existait une preuve écrite des conditions de cette convention.

B. Modification proposée à l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage

23. Le Groupe de travail a ensuite examiné un texte modifiant l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage, présenté et commenté aux paragraphes 15 à 26 du document A/CN.9/WG.II/WP.110. Le projet de texte examiné était le suivant:

"Article 7. *Définition et forme de la convention d'arbitrage*

[Premier paragraphe inchangé de la Loi type:]

1. Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

Projet de paragraphe 2 de l'article 7:

2. La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Aux fins de la présente loi, la "forme écrite" comprend toute forme *[variante 1:]* à condition que le [texte] [contenu] de la convention d'arbitrage soit accessible pour être consulté ultérieurement, que celle-ci soit ou non signée par les parties *[variante 2:]* qui [atteste] [constate] l'existence de la convention, que celle ci soit ou non signée par les parties.

3. Une convention d'arbitrage satisfait à la condition énoncée au paragraphe 2 si:

a) elle est contenue dans un document établi conjointement par les parties;

b) elle prend la forme d'un échange de communications écrites;

c) elle est contenue dans l'offre ou la contre-offre écrite d'une partie, à condition que le contrat ait été [valablement] conclu par acceptation ou par un fait valant acceptation telle que l'exécution ou le défaut d'objection de l'autre partie;

d) elle est contenue dans une confirmation de contrat, à condition que les termes de ladite confirmation aient été [valablement] acceptés par l'autre partie, soit [expressément] [par référence expresse à la confirmation ou à ses termes] soit, dans la mesure prévue par la loi ou l'usage, par défaut d'objection;

e) elle est contenue dans une communication écrite adressée par un tiers aux deux parties et si la teneur de la communication est réputée faire partie du contrat;

f) elle est contenue dans un échange de conclusions [en demande et en réponse] [sur le fond du litige] dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre;

g) [elle est contenue dans un texte auquel il est fait référence dans un contrat conclu verbalement, à condition que la conclusion de ce type de contrat soit habituelle, [que des conventions d'arbitrage dans de tels contrats soient habituelles] et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.]

4. La référence dans un contrat à un texte contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat."

Paragraphe 1

24. Le Groupe de travail est convenu de ne pas modifier le paragraphe 1.

Paragraphe 2

25. La variante 2 a reçu un certain appui, car elle était concise et bien comprise et avait déjà été mise à l'épreuve, puisqu'elle figurait à l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage. Toutefois, selon l'avis qui a largement prévalu, il faudrait élaborer à partir de la variante 1 une disposition s'inspirant des articles 2 *a* et 6-1 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, et ce pour les raisons suivantes: la Loi type sur le commerce électronique exprimait l'avis le plus récent de la Commission sur la manière de traiter des questions liées au commerce électronique; il était souhaitable de préserver autant que possible l'harmonie entre cette loi type et la Loi type sur l'arbitrage; et la variante 1 donnait des orientations plus claires que la variante 2. Ayant pris cette décision, le Groupe de travail a noté que les variantes 1 et 2 se fondaient indiscutablement sur la même approche et qu'en adoptant la variante 1 il n'avait pas l'intention d'arriver à un résultat différent de celui qui aurait été obtenu avec la variante 2.

26. S'agissant des mots "texte" et "contenu" placés entre crochets dans la variante 1, on devrait, selon un avis, retenir le mot "texte", car il était plus neutre (en ce sens qu'il ne laissait pas entendre qu'une partie devrait avoir connaissance de la teneur des dispositions de la convention d'arbitrage) et plus courant dans la terminologie législative. Toutefois, selon un autre avis, le mot "contenu" était préférable, car il exprimait mieux l'idée du caractère non formaliste de la conclusion d'une convention d'arbitrage et englobait la forme électronique. Considérant qu'aucun de ces mots n'était entièrement satisfaisant, le Groupe de travail a envisagé diverses solutions. L'une d'elles consistait à remplacer la notion de texte/contenu par la notion d'"information", qui était utilisée dans la Loi type sur le commerce électronique. Une autre solution était de supprimer dans la variante 1 les mots "à condition que le [texte] [contenu] de la convention d'arbitrage soit". Une autre encore consistait à conserver la première phrase du paragraphe 2 et à déplacer sa seconde phrase au paragraphe 3 qui se lirait comme suit: "Une convention d'arbitrage satisfait à la condition énoncée au paragraphe 2 si elle est sous une forme accessible pour être consultée ultérieurement". On pouvait également fusionner la deuxième phrase du paragraphe 2 et le paragraphe 3 en utilisant l'expression "toute forme qui atteste l'existence de la convention [accessible pour être consultée ultérieurement], que celle-ci soit ou non signée par les parties". Ce fusionnement de la deuxième phrase modifiée du paragraphe 2 et du paragraphe 3 a suscité des critiques. Il a été noté que le paragraphe 2 définissait la forme de la convention d'arbitrage en général et n'avait donc pas sa place au paragraphe 3, qui présentait des exemples de types particuliers de pratiques contractuelles. En outre, la notion de "forme qui atteste l'existence" (laquelle n'impliquait pas un échange de messages) ne faisait pas apparaître de manière appropriée que des conventions d'arbitrage étaient souvent conclues par l'envoi de messages. La Loi type sur le commerce électronique, afin d'éviter cette interprétation étroite, recourait dans son article 6 à la notion de "message de données", qui était définie à l'article 2 *a* comme une "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". Il a été noté que ces considérations et la terminologie utilisée dans la Loi type sur le commerce électronique militaient en faveur de l'emploi du terme "information". Selon une autre suggestion encore, il faudrait utiliser une expression telle que "toute forme de communication permettant d'attester l'existence de la convention d'arbitrage par un enregistrement [électronique ou autre]". À l'issue du débat, il a été unanimement convenu de ne pas employer les mots "texte" et "contenu".

27. Il a également été proposé d'ajouter au projet de disposition l'expression "afin d'éviter tout doute" pour bien montrer que cette disposition n'avait pas pour objet de modifier l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage, mais seulement de le préciser de manière à tenir compte de la pratique actuelle et de l'interprétation donnée par de nombreux tribunaux du libellé de cet article.

Paragraphe 3

28. Le Groupe de travail a engagé un débat général sur l'opportunité d'énumérer au paragraphe 3 les cas dans lesquels une convention d'arbitrage satisfaisait à la condition énoncée au paragraphe 2. Selon un avis, une telle énumération n'était pas souhaitable, car elle pourrait se révéler limitative et créer des incertitudes quant aux cas qui n'étaient pas expressément mentionnés. Il était donc préférable de conserver le principe général énoncé au

paragraphe 2 dans la disposition type et d'énumérer les cas à viser dans un guide pour l'incorporation. Selon l'avis contraire, pour harmoniser les interprétations du texte actuel de l'article II-2 de la Convention de New York et de l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage, il était souhaitable de donner aux juges et aux arbitres des lignes directrices plus concrètes et, dc ce fait, de conserver telle quelle l'approche adoptée au paragraphe 3.

29. Sans résoudre la question de la structure et du niveau de généralité des paragraphes 2 et 3 à ce stade des débats, le Groupe de travail a examiné les alinéas du paragraphe 3 afin de déterminer si les cas qui y étaient mentionnés devraient être visés par la disposition législative type à élaborer.

Alinéas a *et* b

30. Il a été noté que les cas énoncés aux alinéas *a* et *b* étaient expressément visés par l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage et qu'il ne faisait aucun doute qu'ils devaient être incorporés dans la disposition type. Il a été convenu que, dans le cas visé à l'alinéa *a*, la signature des parties n'était pas nécessaire; pour plus de clarté, il a été proposé de l'indiquer expressément dans cet alinéa. Les mots "document établi conjointement" ont été jugés trop vagues, car l'on pouvait se demander quelles devaient être les modalités d'établissement d'un document et quelles étaient les implications de l'adverbe "conjointement". Il a été proposé de les remplacer par "document convenu".

Alinéa c

31. Il a été convenu que, lorsque le contrat était conclu tacitement de la manière décrite à l'alinéa *c*, une clause compromissoire contenue dans ce contrat devrait avoir force obligatoire.

32. Il a été proposé d'inclure dans l'alinéa *c* des mots tels que "dans la mesure prévue par la loi ou l'usage" (qui figuraient à l'alinéa *d* pour indiquer que les législations nationales prévoyaient les conditions dans lesquelles l'exécution et le défaut d'objection à une offre de contrat rendaient le contrat valable et que ces conditions et usages n'étaient pas uniformes.

33. Il a été proposé de supprimer le mot "valablement" au motif qu'il était inutile ou qu'il soulevait des points de fait et de droit qui étaient sans rapport avec la condition de forme et parce qu'il pourrait donner lieu à des controverses inutiles. Après un débat, il a été décidé de supprimer ce mot et proposé d'ajouter l'expression "dans la mesure prévue par la loi ou l'usage".

34. On a fait observer que le projet de disposition tentait de traiter à la fois la forme requise pour assurer la validité d'une convention d'arbitrage et la question de savoir si les conditions de fond pour la conclusion du contrat et la convention d'arbitrage étaient satisfaites. Il a été généralement considéré que cette disposition avait pour objectif de résoudre la question de la forme et que l'on devrait, dans la mesure du possible, éviter d'y aborder les conditions de fond concernant la validité des conventions.

Alinéa d

35. En réponse à des questions, il a été expliqué que la notion de confirmation de contrat renvoyait aux cas dans lesquels les parties négociaient un contrat oralement, l'une d'entre elles communiquant ensuite à l'autre par écrit les clauses du contrat, qui prenaient alors force obligatoire pour les deux s'il n'y était pas fait objection. En se fondant sur cette notion, il était possible, dans certains systèmes juridiques, de rendre obligatoire une clause contractuelle figurant dans une confirmation de contrat même si cette confirmation ne reprenait pas dans le détail les clauses convenues oralement. On a fait observer que la notion de confirmation de contrat était inconnue dans de nombreux systèmes juridiques, qu'elle était ambiguë en ce qui concernait les situations visées et que, si l'on entendait l'inclure dans la disposition type, il faudrait l'expliciter. On a fait valoir que si ce type de conclusion d'un contrat était possible en vertu de certaines législations, il ne devrait pas y avoir en principe d'objection au fait de considérer comme valable une clause compromissoire contenue dans une confirmation de contrat. Il a été proposé de remplacer l'expression "confirmation de contrat" par "une communication confirmant les clauses du contrat".

36. S'agissant de l'expression "la loi ou l'usage", on a jugé que la relation entre les deux notions n'était pas claire et que la façon dont l'usage devrait être démontré ne l'était pas davantage. Il a donc été proposé de supprimer le mot "usage". Sans prendre de décision sur le maintien ou la suppression de ces termes, le Groupe de travail a estimé que, si l'on conservait la référence à la loi applicable (ou à l'usage) à l'alinéa *d*, il faudrait également l'inclure à l'alinéa *c*.

Alinéa e

37. Il a été convenu que le fait que la communication écrite contenant une convention d'arbitrage soit adressée uniquement par un tiers (tel qu'un courtier) devrait rendre cette convention valable et que ce cas de figure devrait être visé par la disposition type.

Alinéa f

38. Le principe général sous-tendant l'alinéa *f* a recueilli l'assentiment général. S'agissant des variantes entre crochets, les mots "conclusions sur le fond du litige" étaient, selon un avis, préférables, car il était ainsi reconnu que l'allégation de l'existence d'une convention d'arbitrage pouvait être contenue non seulement dans des conclusions en demande et en réponse, mais également dans d'autres actes de procédure telle qu'une notification d'arbitrage. Selon l'avis contraire, les mots "conclusions en demande et en réponse" étaient à préférer, car une convention d'arbitrage devrait être réputée avoir été conclue uniquement lorsque'on pouvait raisonnablement considérer que le destinataire d'un acte de procédure l'avait soigneusement examinée et y avait répondu. Or, une telle considération existait concernant les conclusions en demande et en réponse, mais pas nécessairement pour d'autres actes de procédure.

Alinéa g

39. Selon plusieurs délégations, il serait excessif de considérer une référence verbale à un texte contenant une clause compromissoire comme une convention d'arbitrage écrite (comme il est prévu à l'alinéa *g*), car le lien entre la référence et les clauses écrites de la convention d'arbitrage était trop ténu. Il a donc été proposé de supprimer cet alinéa.

40. Toutefois, selon l'avis qui a largement prévalu, la disposition législative type devrait reconnaître l'existence de diverses pratiques contractuelles dans lesquelles les conventions d'arbitrage orales étaient conclues par référence aux clauses écrites d'une convention d'arbitrage et que, dans de tels cas, les parties pouvaient légitimement considérer qu'il y avait convention d'arbitrage ayant force obligatoire. Compte tenu de cet avis, le principe énoncé à l'alinéa *g* a été largement appuyé.

41. Il a été proposé de soumettre l'application de la disposition à une condition, à savoir que la forme orale de la conclusion d'une convention d'arbitrage soit habituelle dans le commerce international, à peu près de la même manière que pour les clauses relatives à la prorogation de la compétence à l'article 17 de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles, 1968). Toutefois, selon l'avis qui a largement prévalu, il faudrait supprimer l'adjectif "habituel" dans le projet de disposition. La réponse à la question de savoir ce que recouvrait cet adjectif était incertaine, prêtait à controverse et allait à l'encontre de la tendance à une "déformalisation" des conventions d'arbitrage. En outre, les conditions selon lesquelles la conclusion verbale de certains types de contrats ou les conventions d'arbitrage dans certains types de contrat devaient être habituelles relevaient davantage du fond (pour déterminer si une convention d'arbitrage avait été conclue) que de la forme. Puisqu'il était souhaitable de limiter la disposition type aux questions de forme et de ne pas y aborder les conditions de fond concernant la validité des conventions d'arbitrage, la question de savoir ce qui était habituel et comment la convention entre les parties avait été conclue n'entrait pas dans le champ d'application de cette disposition. Dans la mesure où le guide pour l'incorporation préciserait que toutes conditions de fond concernant l'usage étaient régies par la législation en dehors de la disposition type, il a été proposé d'y indiquer également que les États n'avaient pas à inclure de telles conditions dans la loi.

Paragraphe 4 (et sa relation avec l'alinéa g *du paragraphe 3)*

42. Le principe énoncé au paragraphe 4 a recueilli l'assentiment général. L'alinéa *g* du paragraphe 3 et le paragraphe 4 portaient, a-t-on noté, sur deux cas analogues, la différence étant qu'à l'alinéa *g* la référence aux clauses écrites d'une convention d'arbitrage (ou à un écrit contenant ces clauses) était verbale alors qu'au paragraphe 4 la référence devait être écrite. Après l'adoption, quant au fond, de l'alinéa *g* du paragraphe 3 et du paragraphe 4, il a été proposé de fondre les deux dispositions en une seule, libellée comme suit: la référence dans un contrat, conclu sous quelque forme que ce soit, à un texte contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

43. Une réserve a été émise à propos de ces propositions, à savoir que le paragraphe 4 énonçait un principe général (applicable lorsque les parties concluaient un contrat par écrit), qui se limitait à préciser l'exigence de l'écrit énoncée à l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage, alors que l'alinéa *g* du paragraphe 3 se rapportait à un cas particulier (tel qu'un contrat de sauvetage en mer) où les parties, en concluant un contrat oral ayant force obligatoire, faisaient verbalement référence à un texte qui contenait une clause compromissoire; or, en regroupant les deux dispositions, on faisait du cas particulier visé à l'alinéa *g* du paragraphe 3 un principe généralement applicable. Compte tenu de cette observation, il a été proposé de laisser les deux dispositions séparées.

44. Selon l'avis qui a largement prévalu, toutefois, le but de l'alinéa *g* du paragraphe 3, quant au fond, était de traiter un large éventail de pratiques contractuelles dans lesquelles les parties se référaient verbalement aux clauses écrites d'une convention d'arbitrage (cela directement ou indirectement par référence à des écrits contenant de telles clauses) et les deux dispositions devraient donc être regroupées.

1. Questions connexes

45. Ayant terminé l'examen du projet de disposition, le Groupe de travail s'est penché sur les cas énoncés au paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.II/WP.110, qui n'étaient pas visés par le projet de disposition type tel qu'il prenait forme au fil du débat, afin de déterminer si des mesures devaient être prises à leur propos.

46. Les cas examinés étaient ceux qui étaient décrits aux alinéas *f* et *g* du paragraphe 17:

> "*f)* Un des contrats d'une série de contrats conclus entre les mêmes parties au cours d'une opération n'a pas été attesté par un écrit signé ou n'a pas fait l'objet d'un échange d'écrits, alors que les contrats précédents comportaient des clauses compromissoires valides;
>
> *g)* Le contrat initial contient une clause compromissoire valablement conclue, mais cette clause n'apparaît pas dans un additif, un accord de prorogation, de novation ou de transaction relatif au contrat (un tel contrat "subséquent" peut avoir été conclu oralement ou par écrit);"

47. Il a été noté que, dans les cas décrits aux alinéas *f* et *g* du paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.II/WP.110, les juridictions étatiques avaient cherché des solutions en interprétant le contrat initial et les conventions ultérieures et en déterminant si l'intention des parties était que certaines clauses du contrat initial, y compris la convention d'arbitrage, devaient être reprises dans la convention ultérieure ou connexe. Toutefois, le Groupe de travail a jugé dans l'ensemble que, dans de tels cas, le résultat dépendait des circonstances de l'espèce et de l'interprétation de la volonté des parties et qu'il ne serait pas possible d'adopter une solution générale de caractère législatif. Néanmoins, on a estimé qu'il pourrait être utile d'inclure, dans un

guide pour l'incorporation, une déclaration indiquant que les circonstances de l'espèce, les usages, les pratiques et l'attente des parties devraient être pris en compte pour interpréter chaque cas particulier et pour déterminer la volonté des parties. Il a également été noté que la libéralisation des conditions de forme envisagée par le Groupe de travail contribuerait à clarifier certaines des incertitudes que suscitaient ces cas.

48. Le Groupe de travail a ensuite abordé les cas décrits aux alinéas *i* et *l* du paragraphe 17:

"*i)* Droits et obligations des tiers au titre des conventions d'arbitrage dans les contrats dans lesquels une prestation est prévue à leur profit ou en cas de stipulation pour autrui;

...

l) Droits et obligations au titre des conventions d'arbitrage lorsque, à la suite de la fusion ou de la scission d'entreprises entraînant la création d'une personne morale différente, les successeurs des parties font valoir leurs droits au titre des contrats."

49. À ce propos, le Groupe de travail a également examiné le cas où un connaissement était cédé à un porteur ultérieur et s'est demandé si le porteur était alors lié par la clause compromissoire figurant dans ledit connaissement. Il a été noté que, dans de nombreux États, le transfert de droits et obligations contractuels d'une partie à une autre entraînait également en principe le transfert de la convention d'arbitrage applicable à ces droits et obligations. Néanmoins, il a été noté qu'une interprétation restrictive d'une disposition telle que l'article II-2 de la Convention de New York pourrait faire obstacle au principe selon lequel la convention d'arbitrage devait suivre le contrat dont elle faisait partie. Certains se sont prononcés en faveur de l'élaboration d'une disposition législative type qui traiterait de manière générale de ces cas (document A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 23). Toutefois, le Groupe de travail n'a pas pris position et a décidé de réexaminer cette question à un stade ultérieur.

2. Élaboration d'un projet sur la base des débats au sein du Groupe de travail

50. Ayant conclu son examen du projet de disposition présenté par le secrétariat, le Groupe de travail a prié un groupe de rédaction informel, composé de participants intéressés, d'élaborer, compte tenu des débats au sein du Groupe de travail, un projet qui servirait de base aux discussions ultérieures.

51. Le groupe de rédaction a été prié d'élaborer une version courte et une longue, dont chacune aborderait tous les cas de figure visés aux paragraphes 2 et 3 de l'article 7 tel que présenté au paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.II/WP.110. Il a été indiqué que huit États et une organisation non gouvernementale avaient participé aux travaux du groupe de rédaction. Ce dernier a mis au point non seulement une version courte et une longue, mais également une version intermédiaire. Il a été noté que les trois versions se voulaient identiques quant au fond mais étaient plus ou moins détaillées.

52. Le texte élaboré par le groupe de rédaction était le suivant:

Article 7. *Définition et forme de la convention d'arbitrage*

Version courte

"1. Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2. La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. La forme écrite comprend toute forme accessible pour être consultable ultérieurement.

3. Afin d'éviter tout doute, lorsque, en vertu de la loi ou des règles de droit applicables, une convention d'arbitrage ou un contrat peuvent être conclus sous une forme autre que la forme écrite, l'exigence de l'écrit est satisfaite lorsqu'une convention d'arbitrage ou un contrat ainsi conclus font référence à des conditions d'arbitrage écrites.

4. En outre, une convention est sous forme écrite si elle est contenue dans un échange de conclusions en demande et en réponse écrites, dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

5. Aux fins de l'article 35, les conditions d'arbitrage écrites, ainsi que tout écrit incorporant par référence ou contenant ces conditions constituent la convention d'arbitrage."

Version intermédiaire

"1. Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2. La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. La forme écrite comprend toute forme qui atteste l'existence de la convention ou est de toute autre manière accessible pour être consultable ultérieurement, y compris les messages de données électroniques, optiques ou autres.

3. Afin d'éviter tout doute, lorsque, en vertu de la loi ou des règles de droit applicables, un contrat ou une convention d'arbitrage visés au paragraphe 1 ci-dessus peuvent être conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite, l'exigence de l'écrit est satisfaite lorsque les conditions d'arbitrage sont sous forme écrite, que le contrat ou la convention d'arbitrage aient ou non été ainsi conclus, ou qu'ils aient ou non été signés par les parties.

4. En outre, une convention est sous forme écrite si elle est contenue dans un échange de conclusions en demande et en réponse, dans lequel l'existence d'une

telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

5. La référence dans un contrat à une clause compromissoire ne figurant pas dans le contrat constitue une convention d'arbitrage, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

6. Aux fins de l'article 35, les conditions d'arbitrage écrites, ainsi que tout écrit incorporant par référence ou contenant ces conditions constituent la convention d'arbitrage."

Version longue

"1. Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2. La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. La forme écrite comprend toute forme qui atteste l'existence de la convention ou est de toute autre manière accessible pour être consultable ultérieurement, y compris les messages de données électroniques, optiques ou autres.

3. Afin d'éviter tout doute, lorsque, en vertu de la loi ou des règles de droit applicables, un contrat ou une convention d'arbitrage visés au paragraphe 1 ci-dessus peuvent être conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite, l'exigence de l'écrit est satisfaite lorsque les conditions d'arbitrage sont sous forme écrite, que le contrat ou la convention d'arbitrage aient ou non été ainsi conclus ou qu'ils aient ou non été signés par les parties.

4. En outre, une convention est sous forme écrite si elle est contenue dans un échange de conclusions en demande et en réponse, dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

5. La référence dans un contrat à une clause compromissoire ne figurant pas dans le contrat constitue une convention d'arbitrage, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

6. Aux fins de l'article 35, les conditions d'arbitrage écrites, ainsi que tout écrit incorporant par référence ou contenant ces conditions constituent la convention d'arbitrage.

7. Les circonstances dans lesquelles est satisfaite l'exigence d'une convention d'arbitrage sous forme écrite en application du présent article sont notamment, mais non exclusivement, les suivantes: [Le secrétariat a été prié d'établir un texte fondé sur les débats du Groupe de travail.]"

53. Il a été noté que le projet de disposition avait pour objet de préciser que l'exigence de l'écrit était satisfaite si les conditions d'arbitrage (à distinguer des actes valant acceptation par les parties de compromettre) étaient sous forme écrite même si le contrat dont la convention d'arbitrage faisait partie, ou la convention d'arbitrage elle-même avaient été conclus, dans la mesure autorisée par la loi ou les règles de droit applicables, sous une forme autre que la forme écrite, notamment verbalement ou du fait d'un comportement donné. Il a également été noté que ce projet de disposition type (à l'exception du paragraphe 4, qui avait une finalité particulière dans le cadre d'une procédure arbitrale) avait pour objet de traiter des questions de forme et non des questions de fond liées à la manière dont étaient conclus les contrats et les conventions d'arbitrage. Le projet abordait tous les cas visés aux paragraphes 2 et 3, à l'exception de ceux qui avaient été exclus par le Groupe de travail.

54. Le niveau de détail retenu pour la version intermédiaire a reçu un certain appui. Toutefois, le Groupe de travail n'a pas débattu de manière approfondie de la version ou combinaison de versions qu'il faudrait retenir ou des exemples de cas dans lesquels étaient remplies les conditions énoncées dans le projet de disposition, non plus que de la question de savoir si la disposition type devrait inclure les exemples envisagés au paragraphe 7 de la version longue.

55. Il a été noté que le cas traité au paragraphe 5 des versions intermédiaire et longue entrait déjà dans le champ d'application du paragraphe 3; il a été expliqué qu'on l'avait inclus dans le projet parce qu'il était traité quant au fond à l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage et que son exclusion pourrait susciter des questions.

56. Pour ce qui était du projet de paragraphe 2, on a estimé qu'il faudrait autant que possible se conformer au libellé de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

57. Selon certains avis, le libellé du paragraphe 3 n'était pas clair. Il a en outre été jugé que l'expression "afin d'éviter tout doute" n'était pas courante dans divers systèmes juridiques, qu'elle n'était pas nécessaire et qu'elle pourrait être insérée dans le guide pour l'incorporation. Il a été expliqué que cette expression avait pour but de préciser que le projet ne visait pas à modifier les conditions énoncées à l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage (ou à l'article II de la Convention de New York) mais uniquement à expliciter ces conditions. Pour ce qui était de l'expression "loi ou règles de droit applicables", il a été jugé que, si la distinction entre "loi" et "règles de droit" était appropriée s'agissant de la loi applicable au fond du différend (par exemple à l'article 28 de la Loi type sur l'arbitrage), on pouvait douter qu'elle le soit dans le cas d'une disposition sur la forme sous laquelle un contrat ou une convention d'arbitrage pourrait être conclu.

58. Il a été proposé de supprimer le projet de paragraphe 5 des versions intermédiaire et longue car il n'était pas nécessaire. Selon un autre avis, la disposition type devrait faire référence aux usages et, si possible, aux habitudes des parties, de la même manière que l'article 17 de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles, 1968).

59. Le secrétariat a été prié d'élaborer, sur la base des débats au sein du Groupe de travail, des projets de textes, comportant si possible des variantes, pour examen lors de la prochaine session.

III. INSTRUMENT INTERPRÉTATIF CONCERNANT L'ARTICLE II-2 DE LA CONVENTION DE NEW YORK

A. Observations générales

60. Il a été rappelé qu'à sa précédente session le Groupe de travail avait examiné les différences d'interprétation par les juridictions étatiques de la prescription de la forme écrite énoncée à l'article II-2 de la Convention de New York. Selon l'avis qui avait prévalu à cette session, comme le fait de modifier formellement la Convention de New York ou d'y adjoindre un protocole risquait d'aggraver le manque d'harmonie actuel dans l'interprétation de cette disposition et que l'adoption d'un tel protocole ou d'une telle modification par un certain nombre de pays prendrait de nombreuses années et, entre-temps, créerait davantage d'incertitudes, cette solution n'était pas pratique. Estimant que des lignes directrices sur la manière d'interpréter ce paragraphe permettraient d'assurer une interprétation uniforme répondant aux exigences du commerce international, le Groupe de travail a décidé qu'on pourrait étudier plus avant l'élaboration d'une déclaration ou d'une résolution interprétative relative à la Convention de New York qui refléterait une interprétation large des conditions de forme et ainsi déterminer quelle serait la meilleure solution. Les déclarations faisant état des difficultés inhérentes à la modification de la Convention ou à l'élaboration d'un protocole et préconisant une forme quelconque d'instrument interprétatif ont généralement été réitérées à l'actuelle session du Groupe de travail (voir également le document A/CN.9/468, par. 88 à 99).

61. Le texte de l'avant-projet d'instrument interprétatif examiné par le Groupe de travail était le suivant[10]:

"[Recommandation] relative à l'interprétation de l'article II-2 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958.

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

[1] *Rappelant* la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international,

[2] *Consciente* du fait que la composition de la Commission tient dûment compte de la représentation adéquate des principaux systèmes économiques et juridiques du monde, ainsi que des pays développés et des pays en développement,

[3] *Consciente également de* ce qu'elle est chargée d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,

[4] *Convaincue* que l'adoption généralisée de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a été une contribution essentielle au progrès de la légalité, en particulier dans le domaine du commerce international,

[5] *Notant* que conformément à l'article II-1 de la Convention, "Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage"; et notant en outre que, conformément à l'article II-2 de la Convention, "On entend par convention écrite une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes",

[6] *Notant également* que la Convention a été élaborée compte tenu de pratiques commerciales internationales et de techniques de communication en usage à l'époque, et que l'évolution de ces techniques dans le commerce international s'est faite parallèlement au développement du commerce électronique,

[7] *Constatant en outre* l'accroissement du recours à l'arbitrage commercial international et de son acceptation dans le commerce international,

[8] *Rappelant* que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution dans laquelle il est dit, notamment, que la Conférence "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé…",

[9] *Considérant* que le but de la Convention, tel qu'il est exprimé dans l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, à savoir faire de l'arbitrage un moyen plus efficace de règlement des litiges de droit privé, exige que l'interprétation de la Convention tienne compte des transformations des techniques de communication et des pratiques commerciales,

[10] *Tenant compte du fait* que des instruments juridiques internationaux adoptés ultérieurement comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique reflètent l'opinion de la Commission et de la communauté internationale selon laquelle la législation relative au commerce et à l'arbitrage devrait tenir compte des nouvelles méthodes de communication et pratiques commerciales,

[11] *Convaincue* que l'interprétation uniforme de l'expression "convention écrite" est nécessaire pour améliorer la prévisibilité des transactions commerciales internationales,

[12] *Recommande* aux gouvernements d'interpréter la définition d'une "convention écrite" figurant à l'article II-2 de la Convention comme désignant […] *[Il est proposé que le dispositif du texte à insérer ici s'inspire en substance du texte révisé du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage commercial international tel qu'il est examiné aux paragraphes 23 à 27 ci-dessus.]*"

[10] Les paragraphes du texte précédemment reproduit dans le document A/CN.9/WG.II/WP.110 ont été numérotés pour plus de clarté.

B. Caractère contraignant

62. Le Groupe de travail a tout d'abord échangé des vues sur le caractère contraignant du projet d'instrument interprétatif. Comme, en vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 1969), un instrument interprétatif établi par une instance et non par les États Parties à la Convention de New York ne serait pas considéré comme faisant juridiquement autorité, on a craint qu'un tel instrument n'ait aucun effet juridique contraignant en droit international et, partant, ait peu de chance d'être appliqué par ceux qui étaient chargés d'interpréter la Convention. Selon un avis, le fait qu'un instrument interprétatif du type proposé soit non contraignant incitait à se demander si celui-ci contribuerait dans la pratique à assurer une interprétation uniforme de la Convention. À l'appui de cet avis, on a fait observer, à titre de comparaison, que la déclaration de la Conférence de La Haye interprétant certains aspects de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (La Haye, 1955) avait eu peu d'effets pratiques. On a toutefois noté que cette déclaration était différente de l'instrument proposé en ce qu'elle était destinée aux législateurs et visait à les informer qu'ils pouvaient prendre des mesures pour protéger les consommateurs, mais que leur décision de ne pas en prendre serait sans incidence sur le régime juridique existant.

63. Aux difficultés liées au caractère non contraignant d'un tel instrument s'ajoutait, a-t-on estimé, la difficulté de garantir que ceux qui étaient chargés d'appliquer l'instrument en interprétant la Convention seraient dûment informés de son existence. En outre, comme l'instrument ne donnait que des lignes directrices sur la manière d'interpréter la Convention, l'interprétation souhaitée pouvait uniquement être encouragée et non imposée. Un autre problème évoqué était l'existence d'une jurisprudence dans laquelle l'interprétation de l'article II de la Convention de New York différait de celle susceptible d'être énoncée dans l'instrument, bien qu'il existe également une jurisprudence allant dans le sens de cette interprétation.

64. En réponse à ces préoccupations, il a été déclaré — avis qui a bénéficié d'un large appui — que l'instrument pouvait certes n'être pas juridiquement contraignant, mais que son élaboration par une instance multinationale représentative et autorisée, telle que la Commission ou l'Assemblée générale des Nations Unies, pouvait avoir une grande influence sur la façon dont la Convention de New York devait être interprétée. On s'est référé à d'autres instruments non contraignants dans le domaine de l'arbitrage commercial international, tels que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales, dont l'influence s'était révélée considérable. Il a également été noté qu'un tel instrument fournirait une interprétation autorisée, qui serait très utile aux praticiens cherchant à convaincre les tribunaux concernant l'interprétation de la Convention.

C. Forme de l'instrument interprétatif

65. S'agissant de la forme que devrait revêtir un éventuel instrument interprétatif, on a fait observer qu'il fallait établir une distinction claire entre la modification d'un texte existant et une clarification de son interprétation. Selon un avis, une modification de la Convention de New York risquait de laisser entendre que le texte ne pouvait être entendu comme susceptible d'une interprétation extensive. En revanche, une clarification de l'interprétation supposerait qu'il y ait différentes interprétations possibles et que "pour éviter tout doute" le texte devrait être interprété de manière large. En outre, on a estimé que, si un instrument interprétatif ne visait pas à modifier un instrument multilatéral (ce qui, même si cela était possible en vertu des dispositions de cet instrument international, exigerait un texte législatif) mais proposait simplement une interprétation particulière, la question de la forme pourrait revêtir une importance moindre. On s'est dit favorable à la solution consistant à élaborer un instrument donnant des précisions sur l'interprétation pour "éviter tout doute".

66. S'agissant de savoir si l'instrument devrait être une déclaration ou une recommandation, on a généralement opté pour une déclaration interprétative. Selon un avis, une recommandation pourrait poser des problèmes lorsqu'il s'agirait de déterminer à quelle partie elle devrait être destinée. On a fait observer, par exemple, que l'instrument pourrait être adressé aux États ou aux gouvernements, mais que, généralement, ni les uns ni les autres n'étaient directement chargés d'interpréter cet instrument, cette tâche incombant aux tribunaux et aux juges. On a également estimé qu'une recommandation adressée aux États les invitant à adopter une interprétation particulière aurait peu d'effet à moins qu'elle n'indique également les dispositions qu'ils pourraient prendre pour ce faire.

67. Il a également été estimé que l'instrument pouvait être adressé aux législateurs, bien que l'on ait reconnu qu'une telle option ne conviendrait que si le but visé était la modification de la loi, telle que celle proposée pour l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage, et non une interprétation plus large dans le cadre des dispositions existantes de la Convention de New York. Il a été noté que la Commission avait déjà adressé des recommandations aux législateurs, telles que la recommandation de 1985 sur la valeur juridique des enregistrements informatiques (reproduite dans l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, vol. XVI: 1985, par. 354 à 360) et le paragraphe 5 du Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[11].

[11] "En outre, au niveau international, la Loi type [sur le commerce électronique] peut servir, dans certains cas, d'outil pour interpréter les conventions internationales et autres instruments internationaux existants qui créent des obstacles juridiques au recours au commerce électronique, par exemple en prescrivant la forme écrite pour certains documents ou certaines clauses contractuelles. Entre les États parties à de tels instruments internationaux, l'adoption de la Loi type comme règle d'interprétation pourrait être un moyen de reconnaître le commerce électronique et permettrait d'éviter de devoir négocier un protocole à l'instrument international concerné."

68. Une autre possibilité était d'adresser l'instrument directement aux tribunaux et aux juges chargés d'interpréter la Convention de New York. On s'est demandé si les tribunaux suivraient une recommandation non contraignante, mais il a été noté qu'une déclaration interprétative pourrait être considérée, dans certains systèmes juridiques, comme un équivalent fonctionnel de la doctrine ou de la jurisprudence. Selon une autre proposition concernant la forme de l'instrument, ce dernier ne devrait être adressé à aucune partie en particulier et devrait simplement se présenter sous la forme d'un accord sur l'interprétation ou d'une déclaration de consensus faite éventuellement "pour clarification". On a craint que cette possibilité ne soit limitée par le lien entre l'interprétation souhaitée et les dispositions existantes de la Convention et qu'elle ne soit pas prise en compte dans certains pays uniquement parce qu'elle n'était pas destinée à ceux chargés d'interpréter la Convention.

69. Après un débat, le Groupe de travail a noté que, si de l'avis général l'instrument devait revêtir la forme d'une déclaration interprétative devant être élaborée par la Commission, aucun accord par contre ne s'était dégagé sur la question de savoir si cette déclaration devait être adressée à une instance particulière, par exemple aux organes législatifs ou aux législateurs ou aux tribunaux.

D. Relation avec le texte modifié de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage

70. Au fil du débat sur la forme de l'instrument proposé, le Groupe de travail s'est rendu compte qu'il fallait aussi examiner la relation entre cet instrument et l'amendement de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage. Il a été reconnu que l'adoption de cet amendement serait un moyen efficace d'assurer une interprétation large de la condition de forme, quoique uniquement dans les pays adoptant la Loi type, mais qu'on ne pourrait toutefois pas régler ainsi la question de la Convention. On a fait observer cependant que l'on parviendrait mieux à atteindre l'objectif visé en entreprenant à la fois d'élaborer l'instrument interprétatif et de modifier la Loi type. On a toutefois exprimé la crainte que le fait de baser le dispositif d'une déclaration interprétative sur le projet de modification de l'article 7 de la Loi type ne soit perçu par certains comme allant au-delà de la prescription de la forme écrite énoncée à l'article II-2 de la Convention de New York. On a estimé, à cet égard, que le Groupe de travail devait déterminer si la modification de l'article 7 de la Loi type dont il devait décider devrait être incorporée exactement sous la même forme dans l'instrument interprétatif.

E. Observations générales sur le contenu de la déclaration

71. Selon un avis, la déclaration interprétative devrait énoncer clairement que l'article II-2 devait être interprété de manière extensive et donner les motifs de cette interprétation, à savoir que la technologie avait évolué depuis l'élaboration de la Convention de New York en 1958 et que des instruments ultérieurs reconnaissaient d'autres formes d'écrit, en particulier dans le commerce électronique. Le dispositif du texte, à savoir le paragraphe 12, devrait être expressément libellé sous la forme d'une déclaration de consensus, afin d'éviter le plus possible que l'on puisse croire à tort que la déclaration constituait une modification plutôt qu'une clarification des interprétations existantes. Il a été noté par ailleurs qu'il serait utile d'inclure dans le corps de la déclaration une justification s'inspirant de l'article 3 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[12].

F. Commentaires paragraphe par paragraphe

72. Un certain nombre de changements de forme ont été proposés: au paragraphe 2, le membre de phrase "la composition de la Commission tient dûment compte de la représentation adéquate des" ne reflétait pas exactement la manière dont la Commission était composée et devrait donc être remplacé par les mots "la Commission couvre les"; au paragraphe 10, le mot "nouvelles" devrait être remplacé par "en évolution"; au paragraphe 11, le mot "améliorer" devrait être remplacé par un terme tel que "renforcer" ou "assurer".

73. Il a été proposé d'ajouter dans le préambule un texte explicatif supplémentaire afin de donner davantage de précisions sur la genèse de la Convention de New York, en particulier sur sa relation avec l'Assemblée générale, et justifier la compétence de la Commission pour élaborer une déclaration interprétative. À cet égard, il a été noté qu'il pourrait être fait référence au fait que la Commission était le "principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international" (résolution 54/103 du 17 janvier 2000) et qu'elle était composée compte dûment tenu du principe d'une répartition géographique équitable, ce qui assurait une représentation adéquate des différentes régions du monde et des principaux systèmes économiques et juridiques.

74. Afin de présenter plus logiquement l'élaboration de la Convention de New York, puis les faits subséquents et son application dans la pratique, il a été proposé de placer les paragraphes 6 et 7 avant le paragraphe 5. Selon un autre avis, il fallait supprimer les paragraphes 6 et 7, car ils impliquaient une évolution à la fois des techniques de communication et de l'interprétation par rapport à l'intention initiale de l'article II-2 et pourraient aller à l'encontre de l'idée de clarification de l'interprétation. D'un autre côté, il a été déclaré que, puisque, selon certains observateurs, il serait peut être impossible de prendre en considération les changements proposés dans le libellé existant, la déclaration interprétative devrait indiquer les raisons pour lesquelles il était nécessaire d'adapter l'interprétation de la Convention de New York afin de tenir compte des progrès technologiques récents. Par ailleurs, puisque le problème que l'on cherchait à régler n'avait pas trait à

[12]L'article 3 est libellé comme suit:

"1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire."

un manque d'uniformité dans l'interprétation, il faudrait supprimer également le paragraphe 8. Il a été proposé, dans un esprit de compromis, d'inclure dans le projet de texte un libellé indiquant que la déclaration visait à résoudre la question des "différences d'interprétation ayant résulté des transformations des méthodes de communication et des formes de commerce...". Il a été noté toutefois que, s'il était évident que les techniques de communication avaient progressé depuis l'élaboration de la Convention de New York, il était moins évident que les pratiques commerciales aient fondamentalement changé elles aussi. Ce qui avait changé en revanche était l'interprétation de ces pratiques, par exemple les conditions requises pour qu'une convention d'arbitrage soit valablement conclue. Il a donc été proposé de supprimer, dans le projet de déclaration interprétative, les références aux transformations des pratiques commerciales. Le débat sur ce point n'a abouti à aucune décision définitive.

75. S'agissant du paragraphe 10, on a fait observer que la référence à l'évolution de la situation pourrait engendrer des doutes quant à l'interprétation large que certains pays donnaient actuellement à l'article II-2 et que ce paragraphe devrait donc être supprimé. En outre, puisque le paragraphe 11 justifiait suffisamment, par lui-même, l'élaboration d'une déclaration interprétative, la suppression du paragraphe 10 ne posait pas de problème. On a fait valoir, cependant, que le paragraphe 10 établissait une base importante concernant le champ d'application de l'article II-2, du fait, en particulier, que le projet d'amendement de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage s'inspirait de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, texte conçu spécifiquement pour tenir compte des nouvelles technologies. Il a été noté, par ailleurs, que le paragraphe 10 du document A/CN.9/WG.II/WP.110 contenait des éléments auxquels on pourrait utilement se référer dans des projets ultérieurs de la déclaration interprétative[13]. Ce point de vue a été appuyé.

76. Après un débat, le secrétariat a été prié d'élaborer un projet révisé d'instrument interprétatif tenant compte des échanges de vues au sein du Groupe de travail.

G. Autres prescriptions concernant la forme écrite dans la Convention de New York

77. Ayant terminé l'examen de l'avant-projet d'instrument interprétatif, le Groupe de travail s'est penché sur d'autres prescriptions de la forme écrite et conditions de forme figurant dans la Convention de New York. Il a été rappelé que d'autres dispositions de la Convention de New York, ainsi que d'autres conventions relatives à l'arbitrage commercial international, contenaient des prescriptions supplémentaires concernant la forme écrite qui, si elles n'étaient pas interprétées conformément aux décisions du Groupe de travail concernant la modification des dispositions relatives à l'exigence d'un écrit, risquaient d'entraver l'utilisation de moyens modernes de communication dans l'arbitrage commercial international. Il a été noté, à cet égard, que le Groupe de travail de la CNUDCI sur le commerce électronique devait poursuivre ses travaux afin de déterminer comment faire en sorte que l'interprétation des traités régissant le commerce international tienne compte de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

IV. DISPOSITION LÉGISLATIVE TYPE RELATIVE À L'EXÉCUTION DE MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES

A. Observations générales

78. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné, à titre préliminaire, la question de la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires à sa précédente session (document A/CN.9/468, par. 60 à 79) et qu'à cette occasion il avait été généralement reconnu non seulement que les mesures provisoires ou conservatoires étaient de plus en plus utilisées dans la pratique de l'arbitrage commercial international, mais également que l'efficacité de l'arbitrage comme méthode de règlement des différends commerciaux dépendait de la possibilité de faire exécuter de telles mesures (par. 60). La proposition tendant à élaborer un régime législatif type, harmonisé et largement acceptable, régissant l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les tribunaux arbitraux avait bénéficié d'un appui général.

B. Texte et examen général des projets de propositions

79. Le Groupe de travail était saisi des deux projets de propositions ci-dessous présentés par le secrétariat dans le document A/CN.9/WG.II/WP.110 (après les paragraphes 55 et 57):

Variante 1

"Une mesure provisoire ou conservatoire visée à l'article 17, quel que soit le pays où elle a été ordonnée, est exécutée, sur requête adressée par la partie intéressée au tribunal compétent du présent État, sauf dans les cas où:

i) Un tribunal a déjà été saisi d'une demande de mesure provisoire ou conservatoire correspondante;

ii) La convention d'arbitrage visée à l'article 7 n'est pas valable;

iii) La partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits [relativement à la mesure provisoire ou conservatoire];

iv) La mesure provisoire ou conservatoire a été annulée ou modifiée par le tribunal arbitral;

[13]Le passage pertinent du paragraphe 10 est libellé comme suit: "Il a également été noté que les tribunaux nationaux adoptaient de plus en plus souvent une interprétation libérale de ces dispositions, conformément à la pratique internationale et aux attentes des parties au commerce international. Il a toutefois été noté qu'il subsistait certains doutes, ou que les avis divergeaient, sur l'interprétation appropriée de ces dispositions."

v) Le tribunal ou un tribunal arbitral du présent État n'aurait pas pu ordonner le type de mesure provisoire ou conservatoire dont l'exécution est demandée [ou la mesure provisoire ou conservatoire est manifestement disproportionnée]; ou

vi) La reconnaissance ou l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire serait contraire à l'ordre public du présent État."

Variante 2

"Le tribunal peut, sur requête adressée par la partie intéressée, ordonner l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire visée à l'article 17, quel que soit le pays où elle a été ordonnée."

Observations générales

80. Il a été noté que la variante 1, qui revenait à dire: "la juridiction étatique ordonne l'exécution, sauf si...", visait à établir une obligation d'exécution si les conditions prescrites étaient remplies, tandis que la variante 2 consistait à dire "la juridiction étatique peut ordonner l'exécution...", ce qui exprimait un certain pouvoir d'appréciation. Il a en outre été précisé que la variante 1 s'inspirait de l'article 36 de la Loi type sur l'arbitrage (et de l'article V de la Convention de New York), mais avait été adaptée aux mesures provisoires ou conservatoires qui, de par leur nature, différaient des sentences définitives.

81. La variante 2 a été accueillie favorablement pour diverses raisons. Tout d'abord, le fait d'investir la juridiction étatique du pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non l'*exequatur* était davantage conforme au caractère temporaire de ces mesures; ensuite, cette option faciliterait probablement les choses dans les pays plutôt opposés à la possibilité d'une action en exécution des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral; enfin, il était difficile de garantir que les motifs appropriés de refus d'accorder l'*exequatur* étaient dûment énumérés. Nonobstant ces avis, on a généralement estimé que le pouvoir discrétionnaire qu'impliquait la variante 2 risquait de déboucher sur un manque d'uniformité de l'interprétation et, partant, de compromettre les efforts d'harmonisation. Par ailleurs, en faisant obligation aux juridictions étatiques d'accorder l'*exequatur*, on pouvait finalement accroître l'efficacité des mesures provisoires ou conservatoires.

82. Le Groupe de travail a examiné la manière de définir les mesures provisoires ou conservatoires devant être visées par la disposition législative type. Selon certaines délégations, cette définition devrait être formulée en termes généraux, comme à l'article 17 de la Loi type sur l'arbitrage et à l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. En outre, dans la mesure où une liste d'exemples devait être insérée, elle devait être illustrative et non limitative. Selon un autre avis, une telle définition pourrait être plus claire si elle indiquait les décisions ne devant pas être visées, telles que les sentences ordonnant un paiement anticipé (qui constituaient des décisions finales réglant en partie le litige dans la mesure où il ne faisait aucun doute que le paiement était dû) ou les décisions de procédure. On pouvait considérer, a-t-on noté, que certaines mesures provisoires ou conservatoires concernant les éléments de preuve étaient visées par l'article 27 de la Loi type sur l'arbitrage et qu'il était nécessaire de préciser le lien entre ce dernier et le projet de disposition type. La proposition tendant à ne pas définir les mesures provisoires ou conservatoires mais plutôt à renvoyer à la loi de l'État d'exécution pour une telle définition n'a reçu aucun appui.

83. Il a été noté que, dans la pratique, les arbitres rendaient des décisions sur les mesures provisoires ou conservatoires sous différentes formes et différentes appellations, telles que des ordonnances ou des sentences provisoires. Parfois, on appelait une décision ordonnance (par opposition à sentence) pour empêcher qu'elle soit contestée devant une juridiction étatique, alors qu'on la nommait sentence afin qu'elle puisse être traitée comme telle. On a fait observer, toutefois, que des différences d'appellation n'entraînaient pas nécessairement des différences de traitement des mesures provisoires ou conservatoires par les juridictions étatiques et que la disposition type devrait donc s'appliquer à ces mesures quelle que soit l'appellation qui leur était donnée par le tribunal arbitral. Si l'on souhaitait laisser à ce dernier une certaine liberté pour ce qui était de décider si une partie pouvait demander à une juridiction étatique l'exécution d'une mesure, on pouvait le faire en disposant que l'exécution pouvait être demandée uniquement avec l'approbation du tribunal arbitral (d'une manière similaire à l'article 27 de la Loi type sur l'arbitrage).

Variante 1

84. Tous les membres du Groupe de travail ont approuvé la suggestion tendant à ce que la disposition type soit structurée et rédigée de manière à faire ressortir clairement les motifs de refus de l'exécution qui devaient être pris en considération sur demande du défendeur et ceux que la juridiction étatique devait prendre en considération de son propre chef. On a fait observer que la distinction était claire à l'article 36 de la Loi type sur l'arbitrage (et à l'article V de la Convention de New York) et qu'il faudrait en reprendre la structure dans la disposition type.

85. Par souci de cohérence avec l'article 36 de la Loi type et l'article V de la Convention de New York, il a été proposé d'employer, dans le chapeau, les mots "l'exécution d'une ... ne peut être refusée que" au lieu de "est exécutée ... sauf dans les cas où". On a fait valoir, à l'encontre de cette proposition, que le mot "may" dans la version anglaise de l'article V de la Convention de New York avait donné lieu à des interprétations différentes (dans certains systèmes juridiques, il était interprété comme permettant une certaine marge d'appréciation pour l'autorisation de l'exécution, même s'il existait un motif de refus, en particulier si ce motif était sans importance et n'influait pas sur le fond de la sentence, alors que dans d'autres systèmes juridiques l'expression "*may be refused only*" (peut être refusée uniquement) était comprise uniquement comme limitant les motifs pour lesquels l'exécution pouvait être refusée). Selon une autre proposition, la disposition pourrait être libellée comme suit: "est exécutée ... mais le tribunal peut, selon son appréciation, refuser l'exécution dans l'un des cas

ci-après ...". Cette proposition a rencontré une certaine opposition (parce que l'on a considéré que la juridiction étatique devrait pouvoir se fonder sur d'autres motifs ne figurant pas dans la disposition pour refuser l'exécution ou parce que l'existence d'un motif énoncé dans la disposition devrait entraîner automatiquement un refus d'exécution), mais, selon l'avis qui a prévalu, elle constituait une bonne base pour les débats futurs. Dans la mesure où il était impossible de s'entendre sur un régime unique (en particulier lorsque le droit interne prévoyait un régime qui était plus favorable que celui de la disposition type), il a été proposé d'utiliser la technique de la note explicative (telle que celle qui était apposée au paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage) pour indiquer que le choix par un État de conditions moins strictes n'irait pas à l'encontre de la tentative d'harmonisation que représentait la disposition type.

Variante 1, sous-alinéa i

86. Il a été noté que le sous-alinéa i visait le cas dans lequel une juridiction étatique était saisie d'une demande d'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire, alors que cette juridiction (ou une autre) examinait (ou avait déjà rejeté) une demande concernant la même mesure ou une mesure analogue. Pour améliorer la formulation, il a été proposé de remplacer l'adjectif "correspondante" par les mots "identique ou similaire". Une proposition tendant à se fonder uniquement sur le principe de la "chose jugée" en cas de concomitance de plusieurs demandes de mesures provisoires ou conservatoires n'a bénéficié d'aucun soutien. Le Groupe de travail a demandé au secrétariat d'examiner divers cas possibles où une coordination pourrait être nécessaire et de préparer un projet, comportant si possible des variantes. Il a été considéré que la disposition type devrait traiter uniquement de la coordination au sein de l'État adoptant et ne devrait pas tenter d'établir un régime transnational.

Variante 1, sous-alinéa ii

87. Il a été proposé de supprimer ce sous-alinéa, car, au moment de la demande d'exécution, le tribunal arbitral était déjà constitué et c'était à lui qu'il incombait de décider de toute question concernant sa compétence. En outre, il était probable que des allégations de non-validité de la convention d'arbitrage visaient uniquement à retarder l'exécution. Par ailleurs, le motif de refus allait de soi et pouvait être invoqué, même s'il ne figurait pas expressément dans la liste.

88. Toutefois, selon l'avis qui a largement prévalu, il fallait conserver la teneur de cet alinéa, étant entendu (ce qui devrait être indiqué dans le guide pour l'incorporation ou éventuellement dans la disposition elle-même) que la juridiction étatique devrait se limiter à évaluer, à première vue, la validité de la convention d'arbitrage, laissant ainsi au tribunal arbitral (dont la décision était, en tout état de cause, soumise au contrôle de la juridiction étatique conformément, par exemple, à l'article 16 de la Loi type sur l'arbitrage) le soin de procéder à un examen approfondi de la question. En outre, si la disposition type devait autoriser le demandeur à requérir l'exécution sans que la mesure provisoire ou conservatoire ait été notifiée au défendeur (voir par. 90 à 94 ci-après), ce dernier devrait pouvoir soulever la question de la validité de la convention d'arbitrage devant une juridiction étatique dans le cadre d'une opposition à l'exécution de la mesure (puisque ce serait la première possibilité de le faire). On se trouverait dans une situation analogue si le défendeur avait refusé de participer à l'arbitrage (jusqu'au moment de la demande d'exécution), parce qu'il était convaincu que le tribunal arbitral n'était pas compétent.

Variante 1, sous-alinéa iii

89. Il a été souligné que le sous-alinéa iii visait deux situations distinctes, à savoir: celle où la partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire était invoquée n'avait pas été dûment avisée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale dans son ensemble; et celle dans laquelle la partie n'avait pas pu faire valoir ses droits relativement à une mesure provisoire ou conservatoire ordonnée dans le cadre d'une procédure non contradictoire.

90. Le fait d'autoriser l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires ordonnées dans le cadre d'une procédure non contradictoire a suscité des objections au motif que de telles mesures ne pouvaient être exécutées en vertu de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale (Bruxelles, 1968). Il a été répondu que cette convention ne traitait que des décisions étrangères et qu'il ne faudrait établir aucune distinction entre l'exécution des mesures nationales et l'exécution des mesures étrangères. On a aussi noté, toujours à l'encontre de l'exécution de telles mesures, que celles-ci ne pouvaient être ordonnées dans la pratique suivie, par exemple, par d'importantes institutions internationales d'arbitrage s'il n'y avait pas notification (soit par signification de la demande de mesure, soit par signification de la mesure elle-même au défendeur avant toute demande d'exécution adressée à une juridiction étatique). Cette objection était fondée sur l'importance essentielle pour l'arbitrage du principe de l'égalité de traitement des parties énoncé à l'article 18 de la Loi type sur l'arbitrage.

91. On a dans l'ensemble reconnu la nécessité de préserver un élément de surprise, afin d'assurer l'efficacité de certaines mesures provisoires ou conservatoires (de manière à empêcher, par exemple, la destruction de preuves ou, plus généralement, de faire face aux situations dans lesquelles une mesure urgente était requise). Il a été estimé que, pour répondre aux objections fondées sur le principe de l'égalité de traitement des parties, on pourrait disposer que la validité de mesures ordonnées dans le cadre d'une procédure non contradictoire serait limitée à une période donnée, à l'expiration de laquelle le défendeur devrait pouvoir faire valoir pleinement ses droits avant qu'une décision ne soit prise sur le maintien ou le retrait de la mesure. Cette procédure en deux étapes, qui combinerait une phase non contradictoire et une phase ultérieure contradictoire, a reçu un certain appui. Il a été noté qu'une telle procédure (que la phase contradictoire ait lieu devant le tribunal arbitral, la juridiction étatique ou les deux) pourrait contrebalancer les risques potentiels tenant au fait que des mesures provisoires ou conservatoires soient ordonnées dans le cadre d'une procédure non contradictoire.

92. Afin d'assurer l'égalité de traitement des parties et de tenir compte de l'impact important que pourrait avoir sur le défendeur une mesure provisoire ou conservatoire ordonnée dans le cadre d'une procédure non contradictoire, il a été proposé que l'exécution de la mesure soit précédée d'une sorte d'examen judiciaire, ou bien que l'octroi d'une contre-garantie soit envisagé. Selon une autre proposition, on pourrait traiter ces questions de manière appropriée au sous-alinéa vi en se fondant sur le principe d'ordre public; toutefois, selon l'avis qui a prévalu, cette proposition n'était pas acceptable, car elle mettait trop l'accent sur l'exception d'ordre public.

93. On a également examiné la mesure dans laquelle la juridiction étatique serait habilitée à évaluer une mesure ordonnée comme suite à une procédure non contradictoire avant de la faire exécuter. Selon un avis, cette évaluation pourrait être distinguée de l'examen de la validité de la convention d'arbitrage, qui était effectué de manière indépendante, tandis que, dans le cas de mesures provisoires, le défendeur devrait avoir la possibilité de faire valoir ses droits. Selon un avis différent, lors de l'évaluation d'une mesure ordonnée comme suite à une procédure non contradictoire, une juridiction étatique devrait, dans toute la mesure possible, ne pas revenir sur la décision du tribunal arbitral.

94. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que l'on ne pourrait arriver à un accord sur une solution particulière durant la session en cours. Le secrétariat a été prié d'élaborer une disposition révisée qui tiendrait compte des divers avis exprimés, afin de préserver à la fois l'élément de surprise et le principe de l'égalité de traitement des parties.

Variante 1, sous-alinéa iv

95. Il a été noté qu'à la base l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire supposait que cette mesure était toujours en vigueur, telle qu'initialement ordonnée, et que le sous-alinéa iv avait pour objet de traiter la question de savoir comment la juridiction étatique chargée de l'exécution de la mesure pouvait obtenir la certitude que ladite mesure était toujours en vigueur. Il a été noté que deux solutions pouvaient être envisagées: la première consisterait à faire obligation à la partie demandant l'exécution d'informer la juridiction étatique de tout changement pouvant être intervenu à la suite de l'octroi de la mesure; la seconde consisterait à disposer que la demande d'exécution doit être soumise au tribunal arbitral et approuvée par lui.

96. Le Groupe de travail a jugé acceptable, quant au fond, la règle telle que rédigée, avec l'ajout d'une référence à la suspension de la mesure provisoire ou conservatoire comme autre motif possible de refus d'exécution.

Variante 1, sous-alinéa v

97. Il a été souligné que le sous-alinéa v énonçait deux motifs de nature très différente.

98. Pour ce qui était du premier, à savoir le refus parce que la juridiction étatique ou un tribunal arbitral de l'État n'aurait pas pu ordonner le type de mesure dont l'exécution était demandée, divers avis ont été exprimés.

99. Il a été noté qu'il n'était pas nécessaire de considérer quelles mesures provisoires ou conservatoires les tribunaux arbitraux nationaux pourraient ordonner, mais plutôt quelles étaient celles qui seraient exécutoires en vertu de la loi de l'État d'exécution, puisque c'est sur l'exécution que l'accent était mis. Il a donc été proposé de supprimer la référence au tribunal arbitral. Pour ce qui était de la forme, il a été proposé de supprimer les mots "du présent État", car, dans de nombreux cas, l'exécution était demandée dans un pays autre que celui où la mesure provisoire ou conservatoire avait été accordée et aucune relation particulière n'était requise entre le pays où était établi le tribunal arbitral, le pays dont la loi était appliquée et celui où l'exécution était demandée. Une proposition tendant à remplacer les mots "n'aurait pas pu ordonner" par les mots "n'aurait pas ordonné" a suscité des objections, au motif qu'elle risquerait d'être source d'incertitude quant au type d'examen auquel la juridiction étatique serait censée procéder.

100. Certains ont estimé que la disposition, telle qu'elle était rédigée, risquait d'avoir des résultats différents selon les pays. Vu les différences entre les mesures pouvant être ordonnées selon les systèmes juridiques, il a été jugé que le fait qu'une juridiction étatique ne puisse ordonner une mesure particulière n'était pas un motif suffisant pour refuser l'exécution d'une mesure similaire ordonnée dans un autre pays. Selon un avis contraire, on ne saurait attendre d'une juridiction étatique qu'elle fasse exécuter une mesure qu'elle-même ne pourrait ordonner, car, dans un tel cas, il n'y aurait pas de mécanisme d'exécution d'une telle mesure, qui resterait donc sans effet. Il a été noté que l'on pourrait résoudre partiellement le problème des mesures "inconnues" en donnant à la juridiction étatique la possibilité de reformuler la mesure, en disposant par exemple ce qui suit: "à moins que la juridiction étatique ne puisse reformuler la mesure provisoire ou conservatoire conformément à ses pouvoirs et ses règles de procédure" (il a été noté que la question d'une éventuelle reformulation était traitée aux paragraphes 71 et 72 du document A/CN.9/WG.II/WP.110 à propos des dispositions supplémentaires éventuelles). Une autre suggestion tendant à supprimer cette disposition, dans la mesure où elle était déjà traitée au sous-alinéa vi, n'a pas reçu d'appui.

101. Afin de tenir compte des avis exprimés au sein du Groupe de travail, certaines variantes ont été proposées: rédiger la disposition comme suit: "si le type de mesure provisoire ou conservatoire ne peut être exécuté dans la limite des pouvoirs de la juridiction étatique tels que définis dans les règles de procédure"; ou inclure le libellé suivant: "l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire peut être refusée dans la mesure où elle est incompatible avec les pouvoirs en matière de procédure conférés à la juridiction étatique par les règles de procédure". En dépit des incertitudes quant à la meilleure solution possible, on a reconnu dans l'ensemble que la disposition se fondait sur un principe acceptable et raisonnable et devrait donc être conservée. L'idée d'habiliter une juridiction étatique à reformuler la mesure conformément à ses pouvoirs en matière de procédure a également bénéficié d'un large appui. Le secrétariat a été prié de revoir cette

disposition en proposant des variantes et, éventuellement, de préciser les types de situations qui entreraient dans son champ d'application. On a présenté un certain nombre d'exemples de mesures provisoires ou conservatoires qui n'entreraient peut-être pas dans les attributions d'une juridiction étatique donnée, à savoir les amendes, les ordonnances d'immobilisation ne portant pas sur la totalité des biens d'une partie, les injonctions faisant obligation à une partie de construire quelque chose et, en général, les ordonnances pour lesquelles une juridiction étatique ne disposait pas de moyens d'exécution.

102. Pour ce qui était de la partie de la disposition relative à la disproportionnalité, le Groupe de travail est convenu de ne pas l'inclure.

Sous-linéa vi et dispositions supplémentaires éventuelles

103. Faute de temps, il a été convenu de reporter l'examen des autres projets de dispositions figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.110, y compris le sous-alinéa vi de la variante 1, à la prochaine session du Groupe de travail.

C. Travaux futurs

104. À sa trente-deuxième session (Vienne, 20-31 mars 2000), le Groupe de travail a procédé à un échange de vues et d'informations sur un certain nombre de questions relatives à l'arbitrage jugées susceptibles de faire l'objet de travaux futurs. Certaines de ces questions ont été évoquées au cours des délibérations du Groupe de travail, d'autres avaient déjà été examinées par la Commission à sa trente-deuxième session (voir document A/CN.9/468, par. 107 et 108) et d'autres encore avaient été proposées par des spécialistes de l'arbitrage (voir document A/CN.9/468, par. 109).

105. À l'actuelle session, le Groupe de travail a examiné le document A/CN.9/WG.II/WP.111, qui décrivait les travaux préparatoires du secrétariat sur trois de ces questions, à savoir:

a) les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par une juridiction étatique à l'appui de l'arbitrage (afin d'élaborer des règles uniformes destinées aux juridictions étatiques lorsqu'elles ordonnent de telles mesures) (par. 2 à 29);

b) la portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par les tribunaux arbitraux (afin d'élaborer un texte de caractère pratique, dont les tribunaux arbitraux s'inspireraient lorsqu'une partie demanderait que soient ordonnées des mesures provisoires ou conservatoires) (par. 30 à 32); et

c) la validité de la convention d'arbitrage [étude des règles uniformes sur le lien entre le principe selon lequel "le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage" (article 16-1 de la Loi type sur l'arbitrage) et l'étendue des pouvoirs dont dispose la juridiction étatique pour décider de renvoyer ou non les parties à l'arbitrage lorsque le défendeur, dans le cadre de la procédure judiciaire, invoque une convention d'arbitrage et que le demandeur allègue la nullité de cette dernière (par. 33)].

106. Les travaux futurs envisagés sur les trois questions ont bénéficié d'un large appui. Il a été déclaré que, forte du succès de certains de ses textes comme le Règlement d'arbitrage, la Loi type sur l'arbitrage et l'Aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales, la Commission pourrait encore accroître l'efficacité des procédures d'arbitrage dans le commerce international. Si les points *a* et *c* touchaient à la procédure judiciaire, domaine dans lequel l'harmonisation avait toujours été difficile, une plus grande certitude sur le plan juridique était jugée souhaitable pour assurer le bon fonctionnement de l'arbitrage commercial international. Quant au point *b*, on a estimé que le texte à élaborer devrait analyser les pratiques en matière d'arbitrage, analyse qui serait utile en soi et pourrait aboutir à un texte revêtant la forme d'un guide pratique non contraignant. Il a été noté qu'en particulier les travaux sur le point *b* ainsi que sur les deux autres points devraient s'appuyer sur de nombreuses informations pratiques et que le secrétariat se mettrait en contact avec les institutions d'arbitrage et les gouvernements afin de recueillir ces informations. Le Groupe de travail a invité les gouvernements et les institutions concernées à communiquer les informations nécessaires au secrétariat. Bien que, selon certains avis, le rang de priorité le plus élevé doive être accordé au point *a*, le Groupe de travail n'a pris aucune décision concernant l'ordre de priorité des différents points et a prié le secrétariat d'établir, pour une prochaine session, des études et propositions préliminaires.

V. CONCILIATION

A. Observations générales

107. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa précédente session on avait constaté le recours de plus en plus fréquent à la conciliation pour régler les litiges commerciaux et que l'élaboration d'un projet de dispositions sur ce point avait été très favorablement accueillie. Il a ensuite procédé à un échange de vues sur les dispositions législatives types proposées aux paragraphes 87 à 112 du document A/CN.9/WG.II/WP.110.

108. On a fait observer qu'outre le mot "conciliation" d'autres termes étaient employés dans la pratique, comme "médiation" et "évaluation impartiale", souvent indifféremment. Dans d'autres cas, une distinction était faite en fonction des formes ou des techniques procédurales employées. Il restait que, même si un sens particulier était attaché à un terme, l'usage n'était pas cohérent.

109. Le Groupe de travail s'est donc rangé à l'avis selon lequel, faute de terminologie figée, le terme "conciliation" serait employé dans le projet pour désigner une notion large englobant différents types de procédures dans lesquelles les parties au litige étaient aidées par une personne indépendante et impartiale pour tenter de parvenir à un règlement.

110. Le Groupe de travail a procédé à un échange général de vues sur la forme que les dispositions devraient revêtir, mais a décidé de ne pas se prononcer définitivement sur la question, tant que les dispositions de fond n'auraient pas été finalisées. Si certaines délégations étaient favorables à l'élaboration d'une loi type, il a été généralement convenu qu'en attendant le Groupe de travail partirait du principe qu'il s'agirait de dispositions législatives types.

B. Article premier

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

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

[Sauf convention contraire des parties,] les présentes dispositions législatives s'appliquent à la conciliation dans des transactions de caractère commercial*.

2. Une conciliation est internationale si:

a) les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou

b) un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement:

i) le lieu où doivent se tenir les rencontres avec le conciliateur [si ce lieu est stipulé dans la convention de conciliation ou déterminé en vertu de cette convention];

ii) tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit; ou

c) les parties sont convenues [expressément] que l'objet de la convention de conciliation a des liens avec plus d'un pays.

3. Aux fins du présent article:

a) si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention de conciliation;

b) si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu."

Caractère facultatif du projet de dispositions

112. Le Groupe de travail est généralement convenu de partir du principe que les dispositions seraient facultatives. De ce fait, on s'est déclaré favorable au maintien du membre de phrase "sauf convention contraire des parties". Toutefois, la question de savoir s'il conviendrait d'insérer une disposition permettant aux parties d'exclure l'application du régime type n'a pas été définitivement réglée. Il a néanmoins été noté que le caractère plus ou moins facultatif des différentes dispositions proposées devrait être examiné à mesure que les travaux sur les dispositions de fond avanceraient (voir également par. 142 ci-après).

Définition du mot "commercial"

113. Le Groupe de travail s'est demandé si le projet de dispositions devrait être limité aux litiges commerciaux.

114. On a estimé qu'il était difficile d'établir une distinction entre les litiges commerciaux et les litiges non commerciaux et qu'il était prématuré de fixer ainsi une limite au stade actuel des délibérations du Groupe de travail, car le contenu du texte final des dispositions serait un élément déterminant à cet égard. L'idée selon laquelle le Groupe de travail devrait partir du principe que les dispositions types s'appliqueraient uniquement aux transactions de nature commerciale a néanmoins bénéficié d'un large appui. À ce propos, l'emploi d'une note, telle qu'elle figure dans le projet de texte, pour exprimer cette restriction a été très favorablement accueilli.

115. Une autre solution a été proposée, à savoir prendre pour modèle la note *** se rapportant à l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (qui envisageait l'application la plus large possible de la Loi type tout en prévoyant certaines exceptions) pour permettre aux États adoptants, s'ils le souhaitaient, d'élargir le champ d'application des dispositions législatives types sur la conciliation tout en ayant la possibilité d'exclure certains types de transactions.

116. On a, par ailleurs, estimé que l'expression "transactions de caractère commercial" employée dans le projet d'article premier était trop restrictive et que son interprétation pourrait varier selon les législations nationales. Afin de résoudre ce problème, il a été proposé de remplacer le mot "transactions" par "activités" conformément à la terminologie utilisée dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Cette proposition a toutefois suscité des objections au motif que le mot "transaction" laissait entendre qu'une convention était nécessaire.

Caractère international ou international et interne

117. Le Groupe de travail a noté que l'adoption du régime type serait sans doute facilitée si les dispositions n'étaient applicables qu'à la conciliation internationale. Toutefois, il réexaminerait l'utilité des dispositions législatives dans un contexte interne une fois que le texte aurait été finalisé quant au fond. Il a également été noté qu'indépendamment de la décision que prendrait le Groupe de travail concernant la portée des dispositions tout État pouvait choisir d'adopter ces dernières pour les

*Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes: toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

conciliations tant internes qu'internationales, comme certains l'avaient déjà fait pour la Loi type sur l'arbitrage.

118. Il a été suggéré de restreindre la définition du terme "international" au libellé de l'article 1-2 *a*, mais le Groupe de travail a jugé qu'il était nécessaire de disposer de critères additionnels pour englober un grand nombre de cas et s'assurer que certains cas puissent être considérés comme internationaux, même si les deux parties au différend avaient leur établissement dans un même État. Une autre raison militait en faveur du maintien de la définition plus large du terme "international": le projet actuel était similaire, quant à son champ d'application, au paragraphe 3 de l'article premier de la Loi type sur l'arbitrage et il était important, comme un arbitrage pouvait intervenir après la conciliation, d'avoir une définition similaire dans les dispositions relatives à la conciliation. À l'appui de l'avis selon lequel le projet devrait conserver une définition souple du terme "international", il a été proposé que le Groupe de travail envisage d'inclure dans le champ d'application des dispositions types toutes les situations comportant un "élément d'extranéité".

119. Le Groupe de travail a également étudié si les projets d'articles devraient comporter d'autres dispositions précisant quand les dispositions législatives types s'appliqueraient. En principe, on s'est déclaré favorable à ce que le régime type soit applicable si la procédure de conciliation avait lieu dans un État ayant adopté les dispositions types. Toutefois, il a été noté que, dans certains cas, il était difficile de déterminer le lieu de la conciliation, par exemple lorsque les participants communiquaient par des moyens électroniques, sans se rencontrer effectivement dans un État. On s'est demandé si le lieu de la conciliation constituait le critère approprié, lorsque ce lieu était choisi pour de simples raisons d'opportunité, sans qu'il ait nécessairement un lien avec le différend ou les parties.

120. Il a également été noté que certains projets de dispositions avaient trait aux effets d'une procédure de conciliation dans des États autres que l'État adoptant et semblaient traiter des effets d'une telle procédure non seulement dans ce dernier, mais également dans d'autres États (par exemple l'article 7 sur la prescription et l'article 8 sur la recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure). On a estimé qu'il faudrait en tenir compte lorsqu'on rédigerait la disposition relative à l'application des dispositions types (voir également par. 134 ci-après).

C. Article 2

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

"Article 2. ***[Dispositions générales] [Conduite de la conciliation]***

1. Le conciliateur ou un groupe de conciliateurs aide les parties, d'une manière indépendante et impartiale, dans leurs efforts pour parvenir à un règlement concerté du litige.

2. Les parties déterminent, [par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base], le choix du conciliateur ou du groupe de conciliateurs, le mode de conduite de la conciliation et d'autres aspects de la procédure de conciliation.

3. [Sous réserve de la convention des parties] [En l'absence de convention des parties] le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des désirs que les parties peuvent avoir exprimés, [y compris toute demande d'une partie tendant à ce que le conciliateur procède à des auditions,] et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige.

4. Le conciliateur est guidé par les principes d'objectivité, d'équité et de justice. [Sous réserve de la convention des parties, le conciliateur peut tenir compte, entre autres, des droits et des obligations des parties, des usages dans la branche de commerce considérée et des circonstances du litige, y compris les habitudes commerciales qui se sont établies entre les parties.]

[5. Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, faire des propositions en vue du règlement du litige.]"

122. Il a été suggéré de placer le paragraphe 2 dans un article distinct et d'aligner le reste de la disposition sur l'article 7 du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

123. Durant le débat, il a été proposé (et le Groupe de travail en est convenu) que les actuels projets d'articles 2-2 et 1er soient développés et transformés en des dispositions séparées qui devraient, suivant la structure du Règlement de conciliation de la CNUDCI, porter sur les éléments suivants: définition de la conciliation, champ d'application des dispositions types, début de la procédure de conciliation, nombre et nomination des conciliateurs et rôle des conciliateurs, y compris les principes devant présider à la conduite de la conciliation.

124. Lors de l'examen des éléments à insérer dans la définition de la conciliation, il a été proposé de tenir compte de la convention des parties, de l'existence d'un différend, de l'intention des parties d'arriver à un règlement amiable et de la participation d'un tiers ou de tiers impartiaux et indépendants ayant pour rôle d'aider les parties à tenter d'arriver à un règlement amiable. Ces éléments permettaient d'établir une distinction entre la conciliation et, d'une part, l'arbitrage ayant force obligatoire et, d'autre part, les négociations entre les parties ou les représentants des parties. Selon le libellé proposé, la conciliation devait être considérée comme un processus dans lequel un tiers, ou des tiers, aidaient des parties souhaitant toutes deux une telle assistance à arriver, par consentement mutuel, à un règlement amiable de leur différend. Selon un avis, certaines formes de conciliation pouvaient ne pas faire intervenir de tiers, mais, de l'avis général, de tels cas n'entreraient pas dans le champ d'application des dispositions types.

125. Il a été noté que le texte, tel qu'il était actuellement libellé, ne prévoyait aucune conséquence si un conciliateur n'agissait pas de manière impartiale. On a reconnu

que, dans un tel cas, toute partie était libre de mettre fin à la procédure de conciliation. Il a toutefois été demandé si les dispositions législatives types ne cesseraient pas alors de s'appliquer. S'il a été en général convenu qu'un manque d'impartialité du conciliateur n'entraînerait pas l'inapplicabilité de dispositions telles que celles relatives à la confidentialité et à la recevabilité des moyens de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire, il a été jugé nécessaire de revoir ce texte, afin de veiller à ce que cette interprétation découle des dispositions types.

D. Articles 3 à 5

126. Le texte des projets d'articles 3, 4 et 5 soumis au Groupe de travail pour examen était le suivant (il faut noter toutefois que les articles 3 et 4 n'ont pas été examinés durant la session):

"Article 3. ***Communications entre le conciliateur et les parties***

Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément.

Article 4. ***Communication de renseignements***

[Variante 1:] Lorsque le conciliateur ou le groupe de conciliateurs reçoit d'une partie des informations concernant le litige, il peut en révéler le contenu à l'autre partie afin que celle-ci soit en mesure de lui présenter toute explication qu'elle juge utile. Toutefois, [les parties peuvent convenir d'autres dispositions, notamment prévoir que] le conciliateur ou le groupe de conciliateurs ne doit pas dévoiler une information reçue d'une partie lorsque celle-ci fournit l'information au conciliateur ou au groupe de conciliateurs sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle.

[Variante 2:] Sous réserve de la convention des parties, aucun élément communiqué en privé par une partie au conciliateur ou au groupe de conciliateurs à propos du litige ne peut être dévoilé à l'autre partie sans le consentement exprès de la partie qui a fourni l'information.

Article 5. ***Début de la conciliation***

La procédure de conciliation à l'égard d'un litige particulier débute à la date à laquelle une invitation [écrite] à la conciliation de ce litige faite par une partie est acceptée [par écrit] par l'autre partie."

127. Selon certaines délégations, il serait utile de préciser quand une conciliation était supposée avoir débuté, notamment aux fins des projets d'articles 7 (qui traitait de l'effet de la conciliation sur la prescription) et 8 (qui traitait de la recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure). Le Groupe de travail a certes noté que l'application d'un certain nombre de dispositions dépendait du projet d'article 5, mais il a procédé à l'examen de ce dernier sans préjudice de la décision qui serait prise à propos des articles suivants.

128. Tout d'abord, il a été proposé que le projet d'article 5 s'applique, que la convention de conciliation ait été conclue avant ou après la survenance du différend.

129. Selon un avis largement partagé, le projet d'article 5 était une disposition utile qu'il faudrait conserver et à laquelle il convenait d'ajouter un libellé indiquant que, si une partie ne recevait pas de réponse à une invitation à la conciliation, l'offre de conciliation serait alors supposée avoir pris fin. Il a été admis que la disposition devrait se fonder sur l'article 2-4 du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

130. Il a été noté que les parties, lorsqu'elles convenaient d'entamer une conciliation, pouvaient le faire à l'initiative de l'une d'elles, en application de la convention qu'elles avaient conclue ou comme suite à une proposition ou une décision d'une juridiction étatique ou d'un organisme officiel compétent, et que le projet d'article 5 devrait être compatible avec ces différentes situations et harmonisé, quant au fond, avec le projet d'article 10 (Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire) et, en particulier, à la variante 3 de cet article. Le Groupe de travail a prié le secrétariat d'étudier divers exemples de décisions ou de demandes de juridictions étatiques ou d'organismes relatives à l'ouverture d'une procédure de conciliation et a prié les gouvernements de soumettre de tels exemples au secrétariat.

131. Afin d'éviter toute incertitude lorsque la convention de conciliation était conclue autrement que par écrit, le Groupe de travail a jugé dans l'ensemble qu'il faudrait supprimer, à l'article 5, la référence expresse à la forme écrite. Toutefois, vu qu'il pouvait avoir notamment pour effet d'interrompre le délai de prescription, il serait utile, à des fins de preuve, que le commencement de la conciliation puisse être attesté par écrit, y compris par des formes équivalant à l'écrit.

132. Il a été proposé que le projet d'article 5 soit modifié de manière à ce qu'il soit applicable sauf convention contraire des parties, et il a été noté qu'il fallait encore décider si le principe de la liberté des parties devrait être énoncé en termes généraux au début du projet de dispositions types ou en termes plus précis à l'article 5.

E. Articles 6 et 7

133. Le texte des projets d'articles 6 et 7 soumis au Groupe de travail pour examen était le suivant (on notera toutefois que l'article 6 n'a pas été examiné durant la session):

"Article 6. ***Fin de la conciliation***

La procédure de conciliation prend fin:

a) par la signature de l'accord de transaction par les parties, à la date de l'accord;

b) par une déclaration écrite du conciliateur, après consultation des parties, constatant que de nouveaux efforts de conciliation ne sont plus justifiés, à la date de la déclaration;

c) par une déclaration écrite adressée au conciliateur par les parties en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration; ou

d) par une déclaration écrite adressée par une partie à l'autre partie et si un conciliateur a été nommé à ce dernier, en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration.

Article 7. *Prescription*

1. *[Variante 1:]* Lorsque débute la procédure de conciliation, le délai de prescription relatif à la demande soumise à la conciliation cesse de courir.

[Variante 2:] Aux fins de l'interruption du délai de prescription, le début de la procédure de conciliation est réputé constituer un acte qui interrompt le cours de la prescription.

2. Lorsque la procédure de conciliation s'est terminée sans qu'un règlement soit intervenu, le délai de prescription est réputé avoir continué de courir. Si, dans ce cas, le délai de prescription est expiré ou doit expirer dans moins de [six mois], le demandeur bénéficie d'un nouveau délai de [six mois] à partir de la fin de la procédure de conciliation."

134. Des questions ont été posées à propos des effets du projet d'article 7 dans des États autres que les États adoptants. L'idéal serait, a-t-on estimé, que les dispositions types produisent des effets non seulement dans l'État où avait lieu la conciliation, mais également dans d'autres États. Il a toutefois été noté qu'elles pourraient et devraient certes traiter de l'interruption du délai de prescription dans l'État adoptant suite à une conciliation entamée dans ledit État ou dans un État étranger, mais qu'elles ne pourraient régir l'interruption de ce délai dans un État étranger. Il a été proposé de modifier le libellé du projet d'article 7 afin d'accroître les probabilités qu'un État étranger reconnaisse la conciliation engagée dans l'État adoptant comme motif d'interruption du délai de prescription. Selon un avis, une des solutions possibles était d'élaborer une disposition selon laquelle il serait supposé que les parties étaient convenues de ne pas invoquer le délai de prescription applicable.

135. On a évoqué certaines des difficultés qui se poseraient pour assurer une application universelle de l'article 7 afin de justifier sa suppression. Il a par ailleurs été déclaré que la question de la prescription devait être régie par des règles autres que les dispositions types sur la conciliation. On a également avancé que le projet d'article 7 n'était pas indispensable pour protéger les droits du demandeur, car le projet d'article 10 disposait expressément qu'une partie pouvait entamer une procédure arbitrale ou judiciaire lorsque, "à son avis, une telle démarche est nécessaire pour préserver ses droits". Il a été ajouté que les parties étaient libres de convenir de prolonger le délai de prescription et qu'il n'était donc pas véritablement nécessaire que celui-ci cesse de courir. (Il a toutefois été répondu que de telles conventions entre les parties n'étaient pas autorisées dans tous les systèmes juridiques). On a en outre avancé, en faveur d'une suppression de cet article, que, dans la pratique, les parties entamaient souvent une procédure judiciaire uniquement pour éviter de perdre leurs droits du fait de l'expiration du délai de prescription et qu'une telle pratique n'entravait pas la procédure de conciliation. On a également noté que, vu la complexité du texte et les incertitudes sur le point de savoir s'il produirait les effets voulus dans la juridiction compétente, on risquerait d'introduire un certain formalisme dans une procédure par ailleurs informelle. On a aussi fait remarquer que le projet d'article 7 semblait, de manière inappropriée, mettre sur le même plan, pour ce qui était du délai de prescription, la procédure de conciliation et une procédure judiciaire ou arbitrale; cette comparaison a été contestée, en raison de la différence fondamentale entre le caractère purement volontaire de la conciliation et le caractère impératif de l'aboutissement d'une procédure judiciaire ou arbitrale. Toujours à l'encontre du projet d'article 7, il a été avancé que celui-ci risquerait d'entraver l'acceptation des dispositions types dans leur ensemble, car les États pourraient hésiter à adopter un texte traitant d'une question qui, dans nombre d'entre eux, touchait à l'ordre public.

136. Toutefois, à l'appui du maintien de cet article, il a été jugé que, d'un point de vue pratique, celui-ci offrait une solution simple et utile dans un grand nombre de cas et rendait la conciliation plus attrayante en préservant les droits des parties sans les inciter à entamer une procédure contradictoire (supposant des frais de justice qui auraient pu être évités). Il a également été noté que cette disposition était particulièrement utile lorsque le délai de prescription était bref, ce qui était le plus souvent le cas, par exemple dans les différends découlant de contrats de transport.

137. Après un débat approfondi, le Groupe de travail a estimé qu'il serait prématuré de supprimer cette disposition avant d'avoir examiné dans le détail comment elle pourrait être améliorée, de manière à être largement acceptable. Aucune décision n'a été prise sur le point de savoir si cette disposition, au cas où elle serait retenue, devrait figurer dans le corps même du texte, ou être présentée dans une note de bas de page ou dans un guide pour l'incorporation des dispositions types, en tant que suggestion adressée aux États désireux de l'adopter. Vu ces considérations, il a été convenu que l'article 7 serait placé entre crochets et figurerait dans le projet révisé.

138. Pour ce qui était du fond, la variante 1 du paragraphe 1 a reçu un très large appui. Quant au paragraphe 2, il a été noté que la procédure de conciliation pouvait influer sur le délai de prescription essentiellement de trois manières. Premièrement, après avoir été interrompu du fait de l'ouverture de la procédure de conciliation, le délai de prescription recommencerait à courir depuis le début. Deuxièmement, si la conciliation se terminait sans qu'un règlement soit intervenu, le délai de prescription serait réputé avoir continué de courir, comme s'il n'y avait pas eu de conciliation (auquel cas il y aurait un délai de grâce de [six mois] si, entre-temps, le délai de prescription avait expiré ou avait moins de [six mois] à courir). Cette approche avait été retenue dans le projet d'article 7-2 dont était saisi le Groupe de travail et s'inspirait de l'article 17 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974). Troisiè-

mement, durant la conciliation, le délai de prescription serait interrompu et recommencerait de courir dès que la conciliation s'achèverait sans résultat. Parmi ces trois possibilités, la dernière (appelée également solution de l'"horloge d'échecs" ou, dans certains systèmes juridiques, "suspension") a reçu un appui considérable.

F. Article 8

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

"Article 8. ***Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure***

1) Sauf convention contraire des parties, une partie qui a participé à la procédure de conciliation [ou un tiers] ne peut invoquer ni proposer comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire, liée ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation:

a) Les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie à la conciliation à l'égard [des questions en litige ou] d'une solution éventuelle du litige;

b) Les faits admis par une partie au cours de la procédure de conciliation;

c) Les propositions présentées par le conciliateur;

d) Le fait qu'une partie à la conciliation a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition de transaction présentée par le conciliateur.

2) La divulgation des informations visées au paragraphe 1 du présent article ne peut être ordonnée par le tribunal arbitral ou par le tribunal [que la procédure arbitrale ou judiciaire se rapporte ou non au litige soumis à la procédure de conciliation].

3) Lorsque des éléments de preuve ont été présentés en contravention aux dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral ou le tribunal traitent ces éléments de preuve comme irrecevables."

140. Tous les membres du Groupe de travail ont appuyé le principe général qui sous-tendait le projet d'article 8, à savoir faciliter la communication entre les parties pendant la procédure de conciliation sans crainte que, lorsque celle-ci échouait et que les parties engageaient une procédure judiciaire ou arbitrale, certaines informations (en particulier celles qui étaient énumérées aux alinéas *a* à *d* soient utilisées dans cette procédure. On a rappelé que cette disposition était inspirée de l'article 20 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. Il a été noté toutefois qu'elle était libellée sous forme d'une interdiction légale alors que l'article 20 l'était sous forme d'engagement contractuel des parties de ne pas invoquer certains éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire.

141. Il a été généralement convenu que le projet de disposition devrait être interprété de telle manière que les éléments de preuve qui étaient recevables ne deviennent pas irrecevables du seul fait qu'ils étaient utilisés dans la conciliation (document A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 99). Il a été proposé d'inclure une telle précision dans le texte même ou dans le guide pour l'incorporation. Celle-ci pourrait aussi faire ressortir le fait que la disposition type ne traitait pas la question générale de la recevabilité des éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire.

142. Il a été convenu que la disposition devrait être soumise à l'autonomie des parties, mais aucune décision n'a été prise quant à la question de savoir s'il fallait énoncer ce point de manière générale dans les dispositions législatives types ou dans cette disposition en particulier. Il a été déclaré, toutefois, que pour faciliter l'application du régime uniforme par les praticiens la technique adoptée devrait être claire (voir également par. 112 ci-dessus).

143. Il a été proposé de préciser que le terme "tiers" au paragraphe 1 ne visait pas une partie à la procédure de conciliation, mais une personne qui n'y était pas partie et qui était à même d'utiliser comme moyens de preuve des vues, faits admis, propositions et d'autres éléments mentionnés aux alinéas *a* à *d* du paragraphe 1. Les mots "des questions en litige ou" à l'alinéa *a* ont été laissés entre crochets en attendant de pouvoir déterminer si l'élargissement de la portée de cette disposition qu'ils entraînaient était approprié, pas trop important et suffisamment clair. Il a été proposé de supprimer les alinéas *b*, *c* et *d* du paragraphe 1 et de conserver uniquement l'alinéa *a*, qui devrait être libellé sous forme de règle générale, afin de simplifier la disposition. Le Groupe de travail n'a pas adopté cette proposition, préférant la précision et la clarté plus grandes du texte actuel. Il a été proposé d'inclure également une référence à une invitation à la conciliation ou à une déclaration indiquant que la conciliation a échoué, de façon qu'il soit bien clair que ni l'une ni l'autre ne pouvaient être invoquées ou utilisées d'une autre manière.

144. Selon un avis, il fallait supprimer les paragraphes 2 et 3 parce qu'ils traitaient du droit de la preuve dans les procédures judiciaires et arbitrales et que la législation sur la conciliation n'avait pas à empiéter sur le droit procédural. Toutefois, le Groupe de travail a considéré que ces paragraphes étaient nécessaires dans la mesure où ils clarifiaient et renforçaient le paragraphe 1 et parce que l'utilité pratique du paragraphe 1 pour les parties exigeait une disposition expresse adressée aux juridictions étatiques et aux tribunaux arbitraux. Si l'on décidait de conserver ces paragraphes, il faudrait, a-t-on estimé, prévoir également une réserve, libellée par exemple comme suit: "sauf si une telle divulgation est autorisée ou requise par la loi qui régit la procédure arbitrale ou judiciaire". Il a été souligné, toutefois, qu'une telle exception pourrait infirmer la règle. De nombreux membres du Groupe de travail ont approuvé les différentes exceptions d'ordre public mentionnées au paragraphe 100 du document A/CN.9/WG.II/WP.110.

145. Le paragraphe 1, selon l'interprétation qui en a été faite, visait les éléments de preuve concernant les faits et d'autres informations énumérés aux alinéas *a* à *d*, que ceux-ci soient sous forme écrite ou sous toute autre forme. Aucune décision n'a été prise concernant la question de savoir si cette interprétation découlait clairement de la disposition ou s'il serait utile d'inclure dans cette dernière une précision sur ce point.

146. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si les dispositions types devraient comporter une règle établissant une obligation générale pour le conciliateur et les parties de respecter le caractère confidentiel de toutes les questions relatives à la conciliation sur le modèle de l'article 14 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. L'inclusion d'une telle disposition n'a bénéficié d'aucun appui, notamment pour les raisons suivantes: la règle devrait énoncer un certain nombre d'exceptions, ce qui en compliquerait l'élaboration; une obligation légale de ce type entraînerait une responsabilité en cas de violation, ce qui poserait un certain nombre de problèmes de fond difficiles à résoudre dans les dispositions types; enfin, une telle disposition n'était pas nécessaire, puisque les parties pouvaient convenir d'une obligation de confidentialité quand et comme elles le souhaitaient, par exemple en convenant d'engager une conciliation conformément au Règlement de conciliation de la CNUDCI.

G. Article 9

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

"Article 9. ***Rôle du conciliateur dans d'autres procédures***

a) Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ne peut remplir les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation.

b) Le témoignage du conciliateur concernant les faits visés à l'article 8 1 n'est pas recevable dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation.

c) Les paragraphes 1 et 2 sont également applicables à un autre litige né du même contrat ou d'un autre contrat faisant partie d'une unique transaction commerciale."

148. S'agissant de la forme, on a proposé de remplacer les lettres *a*, *b* et *c* par les numéros 1, 2 et 3 pour que l'article soit conforme à la structure générale du document.

149. Il a été proposé soit de supprimer les mots "sauf convention contraire des parties" de façon que la disposition n'autorise en aucun cas un conciliateur à agir en qualité de représentant ou de conseil d'une partie, soit de ne pas traiter, dans les dispositions types, les cas où le conciliateur remplissait une telle fonction. Selon une proposition connexe, il ne fallait pas laisser uniquement aux parties le soin de décider si le conciliateur pouvait remplir la fonction d'arbitre, car on risquerait ainsi de compromettre l'intégrité du processus d'arbitrage et de créer des problèmes pour l'exécution de la sentence. Toutefois, le Groupe de travail a considéré que l'approche retenue dans le libellé actuel du paragraphe 1, à savoir soumettre la disposition à l'autonomie des parties, était appropriée. En effet, les parties devraient conserver toute liberté concernant cette question. S'agissant de la désignation du conciliateur comme arbitre, il était entendu qu'en convenant que le conciliateur remplirait les fonctions d'arbitre les parties renonceraient à toute objection pouvant découler de cette convention.

150. Il a été proposé de remplacer, à l'alinéa *a*, les mots "au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation" par les mots "au litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation", sur le modèle de l'alinéa *b*.

151. Selon un avis, la règle énoncée à l'alinéa *a* devrait être étendue aux conciliateurs remplissant la fonction de juge. On a noté que, dans certains pays, cette question ne serait pas soumise à l'autonomie des parties. Selon l'avis qui a prévalu, elle n'entrait pas dans le champ d'application du régime uniforme et devrait être réglée entièrement par d'autres lois du pays adoptant.

152. Selon un avis, la portée de l'interdiction énoncée à l'alinéa *b* était trop restreinte en ce que, par exemple, elle n'incluait pas le témoignage d'un conciliateur selon lequel une partie aurait agi de mauvaise foi pendant la conciliation. Elle devrait donc être élargie. Le Groupe de travail a décidé de revenir sur cette question à une future session.

153. S'agissant de l'alinéa *c*, il a été largement estimé qu'il faudrait préciser le type de contrats visés dans le membre de phrase "un autre contrat faisant partie d'une unique transaction commerciale". Le Groupe de travail a donc prié le secrétariat de revoir cette disposition.

H. Article 10

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

"Article 10. ***Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire***

[Variante 1:] Les parties ne peuvent entamer, au cours de la procédure de conciliation, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige soumis à la procédure de conciliation, étant entendu toutefois qu'une partie peut entamer une procédure arbitrale ou judiciaire lorsque, à son avis, une telle démarche est nécessaire pour préserver ses droits.

[Variante 2:] Les parties peuvent convenir de n'entamer, au cours de la procédure de conciliation, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige soumis à la procédure de conciliation. Toutefois, une partie peut entamer une procédure arbitrale ou judiciaire si, à son avis, une telle démarche est nécessaire pour préserver ses droits [et si la partie avise l'autre partie de son intention d'entamer la procédure]. L'engagement d'une telle procédure par la partie n'est pas réputé en soi mettre fin à la procédure de conciliation.

[Variante 3:] Dans la mesure où les parties se sont expressément engagées à n'entamer [pendant un

certain délai ou tant que la procédure de conciliation est en cours] aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par le tribunal ou le tribunal arbitral tant que le délai n'est pas expiré ou que la procédure de conciliation n'est pas terminée."

155. On a fait observer que le projet d'article 10 visait à rendre l'idée qu'il fallait empêcher les parties d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire tant que la conciliation n'était pas terminée et que les diverses variantes représentaient différentes manières d'exprimer cette idée.

156. Il a été proposé de reformuler le projet d'article 10 de manière à y faire figurer les éléments suivants: l'obligation pour les parties de ne pas entamer une procédure judiciaire ou arbitrale; l'effet donné à cette obligation par une juridiction étatique ou un tribunal arbitral; le fait qu'une procédure judiciaire ou arbitrale ne doit être entamée que pour sauvegarder des droits; le fait que l'ouverture d'une telle procédure ne doit pas être réputée en soi mettre fin à la procédure de conciliation.

157. La variante 2 a été celle qui a remporté le moins de suffrages, car elle se limitait à reconnaître le droit des parties de convenir de ne pas entamer une procédure arbitrale ou judiciaire et n'offrait aucune solution en l'absence d'une telle convention. Les variantes 1 ou 3, ou éventuellement une combinaison des deux, ont été préférées, car elles offraient une solution simple et il a été décidé qu'elles constituaient la meilleure base pour un débat futur.

158. Il a été proposé, pour la reformulation du projet d'article 10, de tenir compte de la nécessité de déterminer si cette disposition devrait également traiter la question de savoir si une partie était libre, malgré l'existence d'une convention de conciliation, de s'adresser à une autorité de nomination afin de constituer un tribunal arbitral.

I. Articles 11 et 12

159. Le texte des projets d'articles 11 et 12 soumis au Groupe de travail pour examen était le suivant (il convient de noter toutefois que ces articles n'ont pas été examinés à la session faute de temps et qu'ils le seront à la prochaine):

"Article 11. ***Arbitre faisant office de conciliateur***

Il n'est pas incompatible avec les fonctions d'un arbitre que celui ci pose la question d'une éventuelle conciliation et, dans la mesure où les parties en conviennent, participe aux efforts en vue de parvenir à un règlement concerté.

Article 12. ***Force exécutoire de la transaction***

Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige et qu'un accord de transaction obligatoire est signé par les parties et le conciliateur ou le groupe de conciliateurs, cet accord est exécutoire *[l'État adoptant insère ici les dispositions précises relatives à la force exécutoire de telles transactions]*."

B. Document soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-troisième session: règlement des litiges commerciaux: règles uniformes éventuelles sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux: forme écrite de la convention d'arbitrage, mesures provisoires ou conservatoires, conciliation: rapport du Secrétaire général

(A/CN.9/WG.II/WP.110) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Pages*
INTRODUCTION	1-9	393
I. PRESCRIPTION DE LA FORME ÉCRITE POUR LA CONVENTION D'ARBITRAGE	10-51	395
A. Remarques liminaires	10-14	395
B. Disposition législative type sur la forme écrite de la convention d'arbitrage	15-26	395
Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage	16-26	395

		Paragraphes	Pages
C.	Instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York	27-51	398
a)	Introduction	27	398
b)	Convention de Vienne sur le droit des traités	28-34	398
c)	Exemple de recours à un instrument interprétatif	35-41	399
d)	Organe compétent pour élaborer un instrument interprétatif	42-48	400
e)	Avant-projet de déclaration et recommandation éventuelles	...	401
f)	Questions connexes	49-51	402
II.	EXÉCUTION DE MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES	52-80	402
A.	Remarques liminaires	52-55	402
B.	Disposition législative type relative à l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires	56-62	403
C.	Dispositions supplémentaires éventuelles	63-80	404
III.	CONCILIATION	81-112	406
A.	Remarques liminaires	81-86	406
B.	Dispositions législatives types relatives à la conciliation	87-112	407
	Article premier. Champ d'application	87-90	407
	Article 2. [Dispositions générales] [Conduite de la conciliation]	91-92	408
	Article 3. Communications entre le conciliateur et les parties	93	409
	Article 4. Communication de renseignements	94	409
	Article 5. Début de la conciliation	95-96	409
	Article 6. Fin de la conciliation	...	409
	Article 7. Prescription	97	409
	Article 8. Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure	98-100	410
	Article 9. Rôle du conciliateur dans d'autres procédures	101	410
	Article 10. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire	102	411
	Article 11. Arbitre faisant office de conciliateur	103-104	411
	Article 12. Force exécutoire de la transaction	105-112	411

INTRODUCTION

1. Au cours de 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) ("Convention de New York"). Outre les représentants d'États membres de la Commission et des 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[1].

2. Dans les exposés présentés lors de cette Journée, 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

[1] *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).

envisageables dans le domaine de l'arbitrage à sa trente-deuxième session, et avait prié le secrétariat d'établir une note qui servirait de base à ses débats[2].

3. 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" (A/CN.9/460)[3]. 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[4].

4. Lorsque la Commission a débattu du sujet, elle n'a pas tranché la question de savoir quelle forme prendraient 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 de New York)[5].

5. 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[6], la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage[7], la force exécutoire des mesures conservatoires[8] et la possibilité d'exécution d'une sentence annulée dans l'état d'origine[9]. Le Groupe de travail sur l'arbitrage (auparavant appelé Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux) a commencé ses travaux à sa trente-deuxième session, tenue à Vienne du 20 au 31 mars 2000 (le rapport de cette session est publié sous la cote A/CN.9/468).

6. Le Groupe de travail a envisagé la possibilité d'élaborer des textes harmonisés sur la conciliation, les mesures provisoires ou conservatoires et la forme écrite des conventions d'arbitrage. Il a pris des décisions concernant ces trois thèmes, sur lesquelles le secrétariat a été prié de se fonder pour établir des projets en vue de l'actuelle session du Groupe de travail. Ce dernier a en outre procédé à un premier échange de vues sur d'autres questions qui pourraient être abordées ultérieurement (A/CN.9/468, par. 107 à 114).

7. La Commission, à sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000), s'est déclarée satisfaite du travail accompli à ce jour par le Groupe de travail. 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. La Commission a noté que le Groupe de travail avait également recensé un certain nombre d'autres sujets ayant différents niveaux de priorité, qu'il avait été proposé d'inclure dans les travaux futurs (A/CN.9/468, par. 107 à 114). La Commission a réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter ces sujets (A/55/17, par. 395).

8. Il a été déclaré à plusieurs reprises que, d'une façon générale, en décidant de la priorité des futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les cas où des décisions judiciaires laissaient subsister une situation juridique incertaine ou non satisfaisante. Les sujets mentionnés au sein de la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier en tant que tels, 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; les demandes aux fins de compensation dans les procédures arbitrales et la compétence du tribunal d'arbitrage pour ce qui est de ces demandes; la liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par des personnes de leur choix; 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; et le pouvoir du tribunal d'arbitrage d'accorder des intérêts. 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), 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, on a estimé que la question ne devrait pas soulever de nombreux problèmes et que la jurisprudence qui en était à l'origine ne devrait pas être considérée comme une tendance (A/55/17, par. 396).

9. Le présent document fait suite aux débats sur les trois sujets précités qui ont eu lieu au sein du Groupe de travail et renferme des projets de dispositions élaborés compte tenu des décisions prises par ce dernier.

---

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément nº 17* (A/53/17, par. 235).

[3] 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: expérience et perspectives (*publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.2; 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 intitulée "Does the world need additional uniform legislation on arbitration?" (*Arbitration International,* vol. 15 (1999), nº 3, p. 211).

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément nº 17* (A/54/17*)*, par. 337.

[5] Ibid., par. 337 à 376 et 380.

[6] Ibid., par. 340 à 343.

[7] Ibid., par. 344 et 345.

[8] Ibid., par. 371 à 373.

[9] Ibid., par. 374 à 375.

I. PRESCRIPTION DE LA FORME ÉCRITE POUR LA CONVENTION D'ARBITRAGE

A. Remarques liminaires

10. Lorsque le Groupe de travail a examiné, à sa trente-deuxième session, la question de la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, il a été noté dans l'ensemble qu'il faudrait élaborer sur cette question des dispositions conformes à la pratique actuelle dans le commerce international. En effet, à certains égards, cette pratique n'était plus en harmonie avec les principes énoncés au paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York (et dans d'autres textes législatifs internationaux inspirés de cet article) si on les interprétait étroitement. Il a également été noté que les tribunaux nationaux adoptaient de plus en plus souvent une interprétation libérale de ces dispositions, conformément à la pratique internationale et aux attentes des parties au commerce international. Il a toutefois été noté qu'il subsistait certains doutes, ou que les avis divergeaient, sur l'interprétation appropriée de ces dispositions, ce qui posait problème dans le commerce international, car cela portait atteinte à la prévisibilité et à la certitude des engagements contractuels internationaux. Il a en outre été noté que la pratique actuelle en matière d'arbitrage différait de ce qu'elle était lorsque la Convention de New York a été adoptée, car l'arbitrage était maintenant largement accepté pour le règlement des litiges commerciaux internationaux et pouvait être considéré comme une pratique habituelle, et non une exception exigeant des parties un examen approfondi avant de décider de recourir à une procédure autre que la soumission de leur litige à un tribunal judiciaire (A/CN.9/468, par. 88; il est rendu compte du reste des débats aux paragraphes 89 à 99 de ce document).

11. Après un débat, le Groupe de travail a estimé que l'on pourrait atteindre l'objectif d'une interprétation uniforme des conditions de forme répondant aux exigences du commerce international en élaborant une disposition législative type précisant, pour éviter tout doute, le champ d'application de l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international; en élaborant un guide faisant l'historique et décrivant l'objet de la disposition législative type; et en adoptant une déclaration ou une résolution relative à l'interprétation de la Convention de New York, reflétant une interprétation plus large des conditions de forme. Pour ce qui est de la teneur de la disposition législative type et de l'instrument interprétatif à élaborer, le Groupe de travail a estimé que, pour qu'une convention d'arbitrage soit valablement conclue, il fallait qu'il soit établi qu'il y avait eu accord compromissoire et qu'il existait une attestation écrite de cet accord (A/CN.9/468, par. 99).

12. Le Groupe de travail a également examiné la question de savoir si l'article II-2 de la Convention de New York devait être interprété de manière extensive afin d'englober les communications par des moyens électroniques, tels que définis à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. On a rappelé que le Guide pour l'incorporation de cette loi, instrument adopté par la Commission, avait pour objet de préciser la relation entre la Loi type sur le commerce électronique et des instruments internationaux tels que la Convention de New York et d'autres instruments de droit commercial. Le paragraphe 5 de ce *guide* indique que la Loi type sur le commerce électronique "peut servir, dans certains cas, d'outil pour interpréter les conventions internationales et autres instruments internationaux existants qui créent des obstacles juridiques au recours au commerce électronique, par exemple en prescrivant la forme écrite pour certains documents ou certaines clauses contractuelles" (A/CN.9/468, par. 100; il est rendu compte de la suite des débats aux paragraphes 101 à 106).

13. Après un débat, le Groupe de travail a prié le secrétariat de préparer un projet d'instrument qui confirmerait que l'article II-2 de la Convention de New York devrait être interprété comme englobant les communications électroniques telles que définies à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (A/CN.9/468, par. 106).

14. Les projets présentés ci-dessous aux sections B et C ont été préparés compte tenu des observations ainsi formulées par le Groupe de travail.

B. Disposition législative type sur la forme écrite de la convention d'arbitrage

15. Conformément à la décision du Groupe de travail, le secrétariat a élaboré une disposition législative type modifiant l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[10].

Article 7. *Définition et forme de la convention d'arbitrage*

[Premier paragraphe inchangé de la Loi type:]

1) Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

Projet de paragraphe 2 de l'article 7:

2) La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Aux fins de la présente loi, la "forme écrite" comprend toute forme *[variante 1:]* à condition que le [texte] [contenu] de la convention d'arbitrage soit accessible pour être consulté ultérieurement, que celle-ci soit ou non signée par les parties *[variante 2:]*

[10]Certains des textes législatifs nationaux qui ont servi à élaborer les projets sont reproduits aux paragraphes 24 à 32 du document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, intitulé "Règles uniformes éventuelles sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux: conciliation, mesures provisoires ou conservatoires, forme écrite de la convention d'arbitrage".

qui [atteste] [constate] l'existence de la convention[11], que celle-ci soit ou non signée par les parties.

3) Une convention d'arbitrage satisfait à la condition énoncée au paragraphe 2 si:

a) elle est contenue dans un document établi conjointement par les parties;

b) elle prend la forme d'un échange de communications écrites;

c) elle est contenue dans l'offre ou la contre-offre écrite d'une partie, à condition que le contrat ait été [valablement] conclu par acceptation ou par un fait valant acceptation, telle que l'exécution ou le défaut d'objection de l'autre partie;

d) elle est contenue dans une confirmation de contrat, à condition que les termes de ladite confirmation aient été [valablement] acceptés par l'autre partie soit [expressément] [par référence expresse à la confirmation ou à ses termes], soit dans la mesure prévue par la loi ou l'usage, par défaut d'objection;

e) elle est contenue dans une communication écrite adressée par un tiers aux deux parties et si la teneur de la communication est réputée faire partie du contrat;

f) elle est contenue dans un échange de conclusions [en demande et en réponse] [sur le fond du litige] dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre;

g) [elle est contenue dans un texte auquel il est fait référence dans un contrat conclu verbalement, à condition que la conclusion de ce type de contrat soit habituelle, [que des conventions d'arbitrage dans de tels contrats soient habituelles] et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.]

4) La référence dans un contrat à un texte contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

Notes

16. Le projet de paragraphe 3 décrit de manière assez détaillée les situations dans lesquelles une convention d'arbitrage satisfait à la condition énoncée au paragraphe 2. Le Groupe de travail souhaitera peut être examiner s'il serait possible d'exprimer l'objectif général du paragraphe 3 en des termes plus succincts et plus généraux comme suit:

3) Une convention d'arbitrage satisfait à la condition énoncée au paragraphe 2 si elle est contenue dans un document transmis d'une partie à l'autre partie ou par un tiers aux deux parties, à condition que la teneur de ce document soit réputée faire partie du contrat conformément à la loi ou à l'usage.

17. Le Groupe de travail s'est penché, à sa trente-deuxième session, sur plusieurs exemples classiques de situations dans lesquelles les parties conviennent de la teneur d'un contrat contenant une convention d'arbitrage, avec preuve écrite du contrat, mais dans lesquelles la loi en vigueur, si elle est interprétée de manière restrictive, peut être considérée comme invalidant ou mettant en cause la validité de la convention d'arbitrage. Les parties se trouvent dans ce cas de figure si: *a)* elles n'ont pas signé un document contenant la convention d'arbitrage (ce qui arrive régulièrement lorsqu'elles ne se trouvent pas au même endroit lors de la conclusion du contrat); et *b)* la procédure qu'elles ont suivie pour conclure le contrat ne satisfait pas à la condition d'"échange de lettres ou de télégrammes" (article II-2 de la Convention de New York), si l'on interprète littéralement cette condition. Ces situations sont les suivantes:

a) Un contrat contenant une clause compromissoire est formé par une partie qui l'envoie par écrit à l'autre partie. Cette dernière exécute ses obligations au titre du contrat mais sans le renvoyer ou sans qu'il y ait un autre "échange" écrit concernant les clauses dudit contrat;

b) Un contrat contenant une clause compromissoire est formé sur la base d'un texte proposé par une partie, sans que celui-ci soit explicitement accepté par écrit par l'autre partie. Toutefois, cette autre partie fait référence par écrit à ce contrat dans un courrier, une facture ou une lettre de crédit ultérieurs en mentionnant, par exemple, sa date ou son numéro;

c) Un contrat est conclu par l'intermédiaire d'un courtier qui établit le texte constatant l'objet du contrat et contenant notamment la clause compromissoire, sans qu'il y ait de communications écrites directes entre les parties;

d) Référence est faite, dans une convention verbale, à un ensemble de clauses écrites, pouvant se présenter sous forme de contrat type, comprenant une clause compromissoire;

e) Connaissements incorporant par référence les termes et conditions de la charte-partie sous-jacente;

f) Un des contrats d'une série de contrats conclus entre les mêmes parties au cours d'une opération n'a pas été attesté par un écrit signé ou n'a pas fait l'objet d'un échange d'écrits, alors que les contrats précédents comportaient des clauses compromissoires valides;

g) Le contrat original contient une clause compromissoire valablement conclue, mais cette clause n'apparaît pas dans un additif, un accord de prorogation, de novation ou de transaction relatif au contrat (un tel contrat "subséquent" peut avoir été conclu verbalement ou par écrit);

h) Un connaissement contenant une clause compromissoire qui n'est pas signée par le chargeur ou par le porteur ultérieur;

i) Droits et obligations des tiers au titre des conventions d'arbitrage dans les contrats dans lesquels une prestation est prévue à leur profit ou en cas de stipulation pour autrui;

j) Droits et obligations d'un tiers au titre d'une convention d'arbitrage à la suite de la cession ou de la novation du contrat sous-jacent au profit de ce tiers;

k) Droits et obligations d'un tiers au titre d'une convention d'arbitrage lorsque le tiers exerce des droits par subrogation;

[11] La variante 1 est tirée de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, tandis que la variante 2 est inspirée du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

l) Droits et obligations au titre des conventions d'arbitrage lorsque, à la suite de la fusion ou de la scission d'entreprises entraînant la création d'une personne morale différente, les successeurs des parties font valoir leurs droits au titre des contrats[12].

18. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le projet de disposition type à la lumière de ces situations, afin de déterminer si ces dernières sont dûment prises en considération dans ledit projet, dans la mesure où il entend qu'elles le soient.

19. Le cas *a* (conclusion du contrat autrement que par l'envoi d'un message) devrait être réglé par les alinéas *c* et *d* du projet de paragraphe 3. Le cas *b* (référence aux clauses du contrat dans la correspondance ultérieure) peut être considéré comme résolu en ce que le projet n'exige pas d'acceptation écrite des clauses du contrat contenant une clause compromissoire (de surcroît, de nombreux tribunaux ont interprété le texte actuel de l'article II de la Convention de New York de sorte qu'une référence, dans la correspondance ultérieure, au texte proposé par l'autre partie vaut acceptation desdites clauses, dont la clause compromissoire). Le cas *c* (courtier) relève de l'alinéa *e* du projet de paragraphe 3, tandis que le cas *d* (référence verbale à des clauses écrites) est traité à l'alinéa *g*.

20. Quant aux cas *f* et *g* (un contrat contenant une clause compromissoire est suivi d'un autre contrat, d'un additif, d'un accord de prorogation, de novation ou de transaction), il apparaît que les conclusions des tribunaux dépendent dans une large mesure des circonstances de l'espèce. En particulier, les tribunaux ont cherché des solutions en interprétant le contrat initial et les accords postérieurs et en déterminant si l'intention des parties était que certaines clauses du contrat initial, y compris la clause compromissoire, s'appliquent également à ces accords. Néanmoins, on constate que, indépendamment des circonstances de l'espèce, les tribunaux ont été guidés par leurs idées sur l'arbitrage et sur la question de savoir si l'exigence d'une forme écrite doit être interprétée d'une façon large ou restrictive. Par exemple, lorsqu'il a examiné si un accord verbal postérieur entrait dans le champ d'application de la clause compromissoire figurant dans le contrat initial, un tribunal a déclaré que, eu égard à la tendance délibérément favorable à l'arbitrage, le litige ne serait exclu de l'arbitrage que dans les cas où l'on pouvait affirmer avec une certitude absolue que les parties n'avaient pas l'intention de l'y soumettre. Dans une espèce similaire où le contrat initial écrit avait été suivi d'un contrat connexe, un autre tribunal a considéré que même s'il devait interpréter l'accord de manière étroite, les éléments de preuve étaient insuffisants pour établir de manière concluante que les parties n'avaient pas l'intention de régler leur différend par l'arbitrage, de sorte que le tribunal s'estimait tenu de soumettre le litige à l'arbitrage. En revanche, lorsqu'il a examiné si un protocole se rapportant à un contrat était régi par la clause compromissoire contenue dans le contrat initial, le tribunal a considéré que la clause ne s'appliquait pas audit protocole, car, pour que celle-ci s'impose, les parties devaient exprimer très précisément cette intention. Par ailleurs, la question de savoir si, lorsqu'un litige relatif à un contrat est réglé et que naît un autre litige concernant l'accord de transaction, la clause compromissoire figurant dans le contrat initial s'applique au litige subséquent n'a pas non plus été résolue par les tribunaux de manière uniforme.

21. On peut considérer que cette absence d'uniformité dans les décisions prises pour régler les cas *f* et *g* pose un problème dans le commerce international. Toutefois, comme ces décisions semblent dépendre largement des circonstances de chaque espèce et de l'interprétation de l'intention des parties, il sera peut-être difficile de concevoir une solution législative qui soit valable et généralement acceptable. Néanmoins, le projet de disposition type peut aider à résoudre certains de ces problèmes, en particulier lorsque les parties avaient l'intention de subordonner le contrat postérieur au contrat antérieur contenant une clause compromissoire, mais que le contrat postérieur n'a pas été signé par les deux parties ou n'est pas contenu dans un échange d'écrits.

22. S'agissant des cas *i* à *l*, on part du principe que la convention d'arbitrage a été valablement conclue par deux parties (ou plus), la question étant de savoir si un tiers qui devient ultérieurement partie au contrat, ou est admis à se prévaloir des clauses de ce contrat, devient également partie à la convention d'arbitrage. Un tiers peut devenir partie au contrat, ou accepter les droits et obligations en découlant, moyennant accord entre les parties initiales au contrat (par exemple lorsqu'un contrat prévoit une prestation au profit d'un tiers, lorsqu'un contrat ou certains droits contractuels sont cédés au profit d'un tiers, lorsqu'un tiers devient partie au contrat par novation ou lorsque, à la suite de la fusion ou de la scission de personnes morales, une nouvelle personne morale est à même d'exercer des droits et d'assumer des obligations). Un tiers peut également devenir partie au contrat par l'effet de la loi, par exemple lorsqu'un assureur, par subrogation, est admis à exercer des droits de la partie assurée. Ces cas ont été examinés par les tribunaux, qui ont élaboré des solutions en interprétant les règles de droit régissant les transferts de droits et d'obligations contractuels.

23. Lorsque le Groupe de travail a examiné les cas *i* à *l*, il a été suggéré que ces cas ne soient pas traités par une disposition législative type (A/CN.9/468, par. 95). Le Groupe de travail souhaitera peut-être souscrire à cette suggestion. Il pourra souhaiter au contraire approfondir la question en vue de décider s'il convient ou non d'exprimer le principe selon lequel, lorsqu'une personne qui n'est pas partie à un contrat devient (par convention entre les parties au contrat ou par application de la loi) une partie au contrat, ou peut en, son nom propre, invoquer ou faire exécuter une condition du contrat, toute clause compromissoire figurant dans le contrat s'impose à elle.

[12]Ces situations étaient énumérées au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1. Parmi elles figurait également le cas où un requérant demande un arbitrage contre une entité qui n'était pas initialement partie à la convention d'arbitrage, ou lorsqu'une entité qui n'était pas initialement partie à la convention d'arbitrage demande à s'en prévaloir pour entamer un arbitrage en se fondant, par exemple, sur la théorie du "groupe de sociétés" (ibid ., par. 12 *m*). Toutefois, le Groupe de travail a considéré que cette situation soulevait des questions difficiles et que l'idée d'une règle harmonisée ne suscitait pas une large acceptation (A/CN.9/468, par. 95).

Connaissement (cas e *et* h*)*

24. L'utilisation de connaissements pose plusieurs questions quant à la validité d'une convention d'arbitrage. L'une d'elles dépend du point de savoir si le connaissement lui-même comporte une clause compromissoire ou s'il est émis conformément à une charte-partie, ce qui, généralement, signifie que le connaissement ne comporte pas de clause compromissoire mais renvoie au contraire, dans des termes divers, aux clauses figurant dans la charte-partie et, notamment, à une clause compromissoire. Le droit (y compris la jurisprudence) n'est pas très bien fixé sur la question de savoir quel type de référence est nécessaire pour que la clause compromissoire soit valablement incorporée dans le connaissement. Par exemple, une référence générale, du type "l'ensemble des termes et conditions découlant de la charte-partie", est parfois jugée suffisante pour incorporer la clause compromissoire, mais ce n'est pas toujours le cas. Ainsi, cela a été considéré comme insuffisant dans le cas où la clause compromissoire de la charte-partie vise les "différends relatifs à la charte-partie" sans viser expressément les différends nés du connaissement; dans ce cas, une référence plus spécifique a été exigée pour que le texte de la clause compromissoire puisse être "manipulé" afin de couvrir également les différends nés du connaissement. En revanche, une référence générale a été considérée comme suffisante si le libellé de la clause compromissoire figurant dans la charte-partie vise les différends nés de la charte-partie et du connaissement émis en vertu de la charte-partie. Certaines législations nationales ont adopté une disposition particulière sur cette question. Le Groupe de travail souhaitera peut-être considérer que cette question est dûment traitée par le projet de paragraphe 4 qui, sur la question de savoir en quoi consiste une référence valable, s'en remet à la loi régissant de manière générale l'incorporation par référence ou à toute disposition particulière concernant l'incorporation dans des connaissements de clauses compromissoires figurant dans des chartes-parties.

25. Un autre problème pourrait résulter de la pratique consistant à faire signer les connaissements uniquement par le transporteur et non par l'autre partie contractante (l'expéditeur/chargeur). Dans le cadre du droit existant, cette question a été réglée de différentes manières, en considérant par exemple que des clauses compromissoires figurant dans des connaissements lient le chargeur, parce qu'elles sont censées constituer des cas *sui generis* qui ne requièrent pas un message écrit ou une signature du chargeur; parce que l'exigence d'un écrit est interprétée de manière extensive afin de couvrir les pratiques d'émission de connaissements; ou parce que le chargeur (en préparant et en donnant au transporteur certaines informations écrites à insérer dans le connaissement, pour ce qui est en particulier de la description des marchandises, ou en remplissant le formulaire vierge d'un connaissement qui comporte une clause compromissoire) est réputé avoir transmis une communication écrite au transporteur, qui, à son tour, signe le connaissement et le remet au chargeur. En tout état de cause, le Groupe de travail peut considérer que cette question est dûment traitée par le projet de paragraphe 3 *c*.

26. Une autre question concernant les connaissements est celle de savoir si le destinataire (qui n'est pas la partie contractante au moment de l'émission du connaissement) se trouve lié par la clause compromissoire figurant dans le connaissement du fait d'une transmission ou d'un endossement valable du connaissement[13]. Bien que de nombreux tribunaux aient conclu (en s'appuyant ou non sur une législation spécifique) que le destinataire est lié par la clause compromissoire figurant dans le connaissement, certains refusent une telle conclusion. Même si le destinataire se trouve lié par la clause compromissoire inscrite dans le connaissement, il peut y avoir des doutes quant au moment exact où il se trouve ainsi lié (par exemple le moment où il a reçu ou exigé du transporteur la livraison des marchandises). Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager cette question comme un problème particulier analogue à ceux examinés ci-dessus aux paragraphes 22 et 23, qui s'enracine dans le droit des transports, et considérer que, si une solution quelconque devait être adoptée, elle ne devrait pas empiéter sur le droit régissant le transfert de droits et d'obligations contractuels à des tiers.

C. Instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York

a) *Introduction*

27. Comme il a déjà été noté au paragraphe 11, le Groupe de travail a estimé que, pour atteindre l'objectif d'une interprétation uniforme de la prescription de forme qui réponde aux besoins du commerce international, il serait également possible d'adopter une déclaration ou une résolution relative à l'interprétation de la Convention de New York reflétant la manière dont la prescription de forme est généralement entendue. Il a été noté qu'il faudrait étudier plus avant la question de savoir comment arriver au mieux à une interprétation uniforme de la Convention au moyen d'une déclaration ou d'une résolution, et notamment les incidences de cette solution en matière de droit international (A/CN.9/468, par. 93). Le texte ci-après a été élaboré en vue de faciliter l'examen de la meilleure approche à adopter.

b) *Convention de Vienne sur le droit des traités*

28. La Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (la "Convention de Vienne") définit plusieurs méthodes permettant de déterminer le sens d'une disposition conventionnelle. L'article 31, intitulé "Règle générale d'interprétation", se lit ainsi:

"1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:

a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;

[13]Cette question peut se conjuguer à un problème d'incorporation par référence dans le cas où le connaissement renvoie aux termes et conditions de la charte-partie, y compris la clause compromissoire, la question étant alors de savoir si le destinataire (qui n'a peut-être pas connaissance de la clause compromissoire) se trouve lié par une telle clause du fait de l'endossement du connaissement; cette question est traitée, par exemple, à l'article 22-2 des Règles de Hambourg.

b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:

a) *de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;*

b) *de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;*

c) *de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. (Italique ajouté)*

4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties."

29. L'article 32, intitulé "Moyens complémentaires d'interprétation", se lit ainsi:

"Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu en vue soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31:

a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou

b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable."

30. Il semble qu'un instrument interprétatif susceptible d'être examiné par le Groupe de travail pourrait se fonder sur l'article 31-3 *b* de la Convention de Vienne, étant donné que la nécessité de préciser l'interprétation de l'article II-2 de la Convention de New York résulte des transformations des techniques de communication et des pratiques commerciales, ainsi que d'un recours accru à l'arbitrage commercial et d'une meilleure acceptation de celui-ci dans le commerce international.

31. Une autre possibilité consisterait à fonder l'instrument sur un accord ultérieur entre les États parties à la Convention de New York (comme cela est envisagé à l'article 31-3 *a* de la Convention de Vienne). Il semble toutefois que, dans ce cas, chaque État partie serait tenu d'exprimer individuellement son accord, ce qui, compte tenu de la durée du processus, risquerait d'entraîner une période d'incertitude quant à l'interprétation correcte de la Convention.

32. Comme il est dit aux paragraphes 1 et 2 de l'article 31 de la Convention de Vienne, le contexte du traité ainsi que son objet et son but sont également pertinents aux fins de l'interprétation. Une indication de ce contexte et de l'objet et du but peut être trouvée dans la résolution figurant dans l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international au cours de laquelle a été conclue la Convention de New York. Aux termes de cette résolution, l'objectif de la Convention est de contribuer "à faire de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé...".

33. La suite de la résolution adoptée par la Conférence se lit ainsi:

"Elle considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé, prend note des travaux déjà accomplis dans ce domaine par diverses organisations[2] et suggère, pour compléter les efforts de ces organisations, que l'on s'attache dûment à définir les sujets qui se prêtent à des lois types d'arbitrage et à prendre d'autres mesures qui encouragent la mise au point de ces lois;"

[2]"Par exemple, l'Institut international pour l'unification du droit privé et le Conseil interaméricain de juristes."

(Résolution de la Conférence reproduite dans l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international — 10 juin 1958)

34. La résolution, dont l'adoption a été concomitante de l'ouverture à la signature de la Convention, rappelle que la Conférence a été "chargée d'adopter une convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et d'examiner les autres mesures que l'on pourrait prendre pour faire de l'arbitrage un moyen plus efficace de règlement des litiges de droit privé".

c) *Exemple de recours à un instrument interprétatif*

35. À titre d'exemple et de précédent du recours à un instrument interprétatif d'une convention, on peut citer la déclaration et la recommandation formulées par la quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé relatives à la Convention de 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

36. Dans le rapport explicatif publié par la Conférence de La Haye, il est dit ce qui suit:

"En général, au début des années 50, il n'existait pas, en droit interne, une réglementation particulière portant sur les ventes aux consommateurs; celles-ci étaient soumises aux règles applicables à l'ensemble des contrats. Par conséquent, il parut inutile, à l'époque, de créer un régime particulier pour déterminer la loi applicable aux ventes aux consommateurs. La Convention de 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ne réglemente donc que le choix de la loi applicable aux "ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels", sans faire de distinction entre les ventes aux consommateurs et les autres ventes.

À partir des années 60, le traitement des ventes aux consommateurs subit, en droit interne, une transformation radicale dans de nombreux pays; en particulier, il était accordé à l'acheteur une protection plus étendue contre de nombreux procédés abusifs ou risques spéciaux[14]."

[14]Rapport explicatif de M. Arthur Taylor von Mehren, Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Quatorzième session, 6 au 25 octobre 1980, tome II, ventes aux consommateurs,* édités par le Bureau permanent de la Conférence, 1982, p. 182.

37. On jugeait en particulier que les règles de la Convention sur le choix de la loi applicable ne faisaient pas une place suffisante à la politique de protection que pouvait, par exemple, prévoir le droit interne du pays de la résidence habituelle du consommateur. Dans ce contexte, il a été d'abord proposé d'élaborer un protocole à la Convention de 1955 permettant aux États parties à la Convention de faire une réserve aux fins de ne pas appliquer la Convention aux ventes aux consommateurs, ou excluant ces ventes du champ d'application de la Convention[15]. Toutefois, comme il est indiqué dans le rapport explicatif:

> "On s'était aperçu que le projet de Protocole non seulement soulevait de délicats problèmes de droit international public, mais posait aussi à la Conférence une question de politique générale, celle de savoir si l'on pouvait et, dans ce cas de quelle manière, adapter des Conventions de La Haye en vigueur pour qu'elles puissent prendre en considération les nouveaux problèmes qui se posent et les modifications fondamentales qui se dégagent dans le développement d'un domaine du droit[16]."

38. Après d'amples débats, la quatorzième session n'adopta pas un protocole à la Convention de 1955. Par contre, elle adopta une décision relative aux ventes aux consommateurs sous la forme d'une déclaration et d'une recommandation, qui sont reproduites au paragraphe 41 ci-après.

39. Comme il est noté dans le rapport explicatif:

> "Sur un plan juridique, la nature précise ainsi que les effets de la déclaration peuvent donner lieu à plusieurs interprétations. Néanmoins, la quatorzième session arriva à la conclusion que cette déclaration représentait la solution la plus valable, en même temps que la plus pratique, au problème de l'adaptation de la Convention aux changements intervenus dans le dernier quart du siècle dans la réglementation matérielle des contrats de vente aux consommateurs[17]."

40. Dans le but de réunir et de diffuser les informations sur les mesures prises conformément à la déclaration, la recommandation suggère d'en informer le Bureau permanent de la Conférence de La Haye[18].

41. Le texte de la déclaration et de la recommandation se lit ainsi:

> "Déclaration et recommandation relatives au domaine de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, conclue le 15 juin 1955:
>
> I — DÉCLARATION
>
> Les États présents à la quatorzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé,
>
> Conscients de l'existence aujourd'hui, dans beaucoup de pays, de mesures de protection des consommateurs,
>
> Constatant que les intérêts des consommateurs n'ont pas été pris en considération lorsque la *Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels* a été négociée,
>
> Reconnaissant le souhait de certains États qui ont ratifié cette Convention de voir régir les ventes aux consommateurs par des règles particulières sur la loi applicable,
>
> Déclarent que la *Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels* ne met pas obstacle à l'application par les États parties de règles particulières sur la loi applicable aux ventes aux consommateurs.
>
> II — RECOMMANDATION
>
> La Conférence recommande aux États parties à la *Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*, qui soumettraient les ventes aux consommateurs à des règles particulières sur la loi applicable, d'en informer le Bureau permanent[19]."

d) *Organe compétent pour élaborer un instrument interprétatif*

42. Le Groupe de travail, lorsqu'il a envisagé la possibilité d'élaborer un instrument interprétatif relatif à l'article II-2 de la Convention de New York, n'a pas approfondi la question de savoir quels organes seraient éventuellement compétents pour élaborer un tel instrument.

43. On pourrait tout d'abord envisager que cet instrument soit établi par les États parties à la Convention de New York. Un tel instrument interprétatif qui ferait l'objet d'un accord entre les États parties relèverait du champ d'application de l'article 31-3 *a* de la Convention de Vienne.

44. Une autre solution serait que la Commission élabore un instrument interprétatif dont il serait éventuellement pris note par la suite dans une résolution de l'Assemblée générale.

45. S'agissant de la compétence de la Commission pour interpréter la Convention de New York, elle pourrait être fondée sur le texte de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale qui a institué la CNUDCI[20]. Par cette résolution, l'Assemblée générale a créé la Commission "ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international..." (résolution 2205 (XXI), sect. I).

46. Dans la résolution 2205 (XXI), il est dit, au paragraphe 8 de la section II:

> "La Commission encourage l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international:

[15]Ibid., p. 183.

[16]Ibid., p. 184.

[17]Ibid., p. 186.

[18]Ibid., p. 187.

[19]Conférence de La Haye de droit international privé, *Actes et documents de la Quatorzième session, 6 au 25 octobre 1980, tome I, matières diverses*, p. 62.

[20]Voir Création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale (17 décembre 1966), reproduite dans *CNUDCI: la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.86.V.8), (1986), p. 55.

a) En coordonnant les activités des organisations qui s'occupent de ces questions et en les encourageant à coopérer entre elles;

b) En favorisant une participation plus large aux conventions internationales existantes et une acceptation plus générale des lois types et lois uniformes existantes;

c) En préparant de nouvelles conventions internationales et des lois types et lois uniformes nouvelles ou en encourageant l'adoption de tels instruments, ainsi qu'en encourageant la codification et une acceptation plus générale des termes, règles, usages et pratiques du commerce international, en collaboration chaque fois que cela est approprié avec les organisations qui s'occupent de ces questions;

d) *En recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international;*

e) En rassemblant et en diffusant des informations sur les législations nationales et sur l'évolution juridique moderne, y compris celle de la jurisprudence, dans le domaine du droit commercial international;

f) En établissant et en maintenant une étroite collaboration avec la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement;

g) En assurant la liaison avec d'autres organes des Nations Unies et des institutions spécialisées qui s'intéressent au commerce international;

h) En prenant toutes autres mesures qu'elle juge utiles à l'accomplissement de ses fonctions." *(Italique ajouté).*

47. L'Assemblée générale a plusieurs fois reconnu dans ses résolutions le rôle d'organe de coordination que joue la Commission dans le domaine du droit commercial international. La plus récente résolution de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission (54/103 du 17 janvier 2000) "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".

48. À supposer que la CNUDCI soit considérée comme l'organe compétent pour élaborer cet instrument, l'avant-projet joint vise à stimuler les débats sur la forme et le contenu souhaitables d'un instrument interprétatif.

e) *Avant-projet de déclaration et recommandation éventuelles*

[Recommandation] relative à l'interprétation de l'article II-2 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York, le 10 juin 1958

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Rappelant la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international,

Consciente du fait que la composition de la Commission tient dûment compte de la représentation adéquate des principaux systèmes économiques et juridiques du monde, ainsi que des pays développés et des pays en voie de développement,

Consciente également de ce qu'elle est chargée d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,

Convaincue que l'adoption généralisée de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a été une contribution essentielle au progrès de la légalité, en particulier dans le domaine du commerce international,

Notant que, conformément à l'article II-1 de la Convention, "Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage"; et notant en outre que, conformément à l'article II-2 de la Convention, "On entend par convention écrite une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes",

Notant également que la Convention a été élaborée compte tenu de pratiques commerciales internationales et de techniques de communication en usage à l'époque, et que l'évolution de ces techniques dans le commerce international s'est faite parallèlement au développement du commerce électronique,

Constatant en outre l'accroissement du recours à l'arbitrage commercial international et de son acceptation dans le commerce international,

Rappelant que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution dans laquelle il est dit, notamment, que la Conférence "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé…",

Considérant que le but de la Convention, tel qu'il est exprimé dans l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, à savoir faire de l'arbitrage un moyen plus efficace de règlement des litiges de droit privé, exige que l'interprétation de la Convention tienne compte des transformations des techniques de communication et des pratiques commerciales,

Tenant compte du fait que des instruments juridiques internationaux adoptés ultérieurement comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique reflètent l'opinion de la Commission et de

la communauté internationale selon laquelle la législation relative au commerce et à l'arbitrage devrait tenir compte des nouvelles méthodes de communication et pratiques commerciales,

Convaincue que l'interprétation uniforme de l'expression "convention écrite" est nécessaire pour améliorer la prévisibilité des transactions commerciales internationales,

Recommande aux gouvernements d'interpréter la définition d'une "convention écrite" figurant à l'article II-2 de la Convention comme désignant […] *[Il est proposé que le dispositif du texte à insérer ici s'inspire en substance du texte révisé du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage commercial international tel qu'il est examiné aux paragraphes 15 à 26 ci-dessus.]*

f) *Questions connexes*

49. Il peut être rappelé que d'autres dispositions de la Convention de New York, ainsi que d'autres conventions relatives à l'arbitrage commercial international, comportent des prescriptions supplémentaires quant à la forme écrite qui, si elles ne sont pas interprétées conformément aux décisions du Groupe de travail concernant la révision des dispositions relatives à l'exigence d'un écrit, risquent de faire obstacle à l'utilisation de moyens modernes de communication dans l'arbitrage commercial international.

50. Parmi ces prescriptions de forme, on trouve par exemple l'obligation de fournir des originaux de la convention d'arbitrage et de la sentence, qui figure à l'article IV de la Convention de New York, ainsi que la disposition de l'article 4 de la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (Panama, 1975), qui prévoit que l'exécution de la sentence est ordonnée de la même manière que celle de décisions rendues par des juridictions de droit commun nationales ou étrangères, conformément aux lois de procédure de pays où elle doit être exécutée et aux dispositions des traités internationaux. De même, l'article 35 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, inspiré de l'article IV de la Convention de New York, prévoit que la partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme, ainsi que l'original de la convention d'arbitrage ou une copie certifiée conforme. Lorsqu'il examinera les projets relatifs à la prescription de la forme écrite pour une convention d'arbitrage, le Groupe de travail souhaitera peut-être rechercher les moyens de répercuter l'interprétation modifiée de la prescription de la forme écrite (article 7-2 de la Loi type et article II-2 de la Convention de New York) sur l'interprétation des dispositions prescrivant que la partie qui demande l'exécution d'une sentence fournisse l'original de la convention d'arbitrage ou une copie certifiée conforme.

51. À la trente-deuxième session du Groupe de travail, l'idée à été émise que, pour traiter la question du commerce électronique, il ne fallait pas se limiter à la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, mais étudier aussi, lorsque'on considérait les mesures à prendre concernant cette prescription, d'autres conditions de formes énoncées dans les instruments qui régissaient l'arbitrage commercial international. On a également fait valoir qu'en traitant ces questions séparément on risquait d'encourager une prolifération de déclarations interprétatives sur des points que l'on voudrait peut-être, plus tard, clarifier (A/CN./468, par. 105). Il peut être noté à cet égard que le Groupe de travail sur le commerce électronique doit en principe examiner la question de savoir comment faire en sorte que l'interprétation des traités régissant le commerce international tienne compte de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Le secrétariat rendra compte de cet examen au Groupe de travail sur l'arbitrage.

II. EXÉCUTION DE MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES

A. Remarques liminaires

52. La proposition tendant à élaborer un régime législatif régissant l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par des tribunaux arbitraux a bénéficié d'un appui général au sein du Groupe de travail (document A/CN.9/468, par. 67). Il a été généralement considéré que ce régime devrait s'appliquer à l'exécution de mesures ordonnées dans le cadre d'arbitrages ayant lieu dans l'État où cette exécution était demandée ainsi qu'en dehors de cet État. Il a été noté qu'un certain nombre d'États avaient adopté des dispositions législatives portant sur l'exécution par les tribunaux des mesures provisoires ou conservatoires et il a été jugé souhaitable que la Commission établisse un régime harmonisé et largement acceptable (ibid., par. 68).

53. Pour l'examen général des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral et le débat relatif à l'opportunité d'élaborer des dispositions législatives relatives à leur force exécutoire, il convient de se reporter aux paragraphes 63 à 101 du document de travail A/CN.9/WG.II/WP.108 établi pour la trente-deuxième session du Groupe de travail.

54. Les considérations échangées à la trente-deuxième session du Groupe de travail sur cette question sont résumées dans le document A/CN.9/468, aux paragraphes 60 à 79. En conclusion, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir des projets de dispositions fondés sur les délibérations du Groupe de travail, aux fins d'examen à une session ultérieure.

55. Il peut être noté qu'étant donné le caractère préliminaire des débats, le Groupe de travail n'a pas pris de décision sur la question de savoir si le régime harmonisé d'exécution des mesures provisoires ou conservatoires devrait prendre la forme d'une convention internationale ou d'une loi type. Tout en prenant note de l'opinion selon laquelle une convention serait préférable, il a considéré que cette décision devrait être prise à un stade ultérieur. L'hypothèse retenue malgré tout pendant la majeure partie du débat a été que les solutions envisagées seraient rédigées sous forme de loi type (A/CN.9/468, par. 78). Compte tenu de ce débat, les projets présentés ci-après pourraient constituer les éléments d'une disposition législative type susceptible d'être ajoutée à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

B. Disposition législative type relative à l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires

Variante 1

Une mesure provisoire ou conservatoire visée à l'article 17, quel que soit le pays où elle a été ordonnée, est exécutée, sur requête adressée par la partie intéressée au tribunal compétent du présent État, sauf dans les cas où

i) Un tribunal a déjà été saisi d'une demande de mesure provisoire ou conservatoire correspondante;

ii) La convention d'arbitrage visée à l'article 7 n'est pas valable;

iii) La partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits [relativement à la mesure provisoire ou conservatoire][21];

iv) La mesure provisoire ou conservatoire a été annulée ou modifiée par le tribunal arbitral;

v) Le tribunal ou un tribunal arbitral du présent État n'aurait pas pu ordonner le type de mesure provisoire ou conservatoire dont l'exécution est demandée[22] [ou la mesure provisoire ou conservatoire est manifestement disproportionnée]; ou

vi) La reconnaissance ou l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire serait contraire à l'ordre public du présent État.

Notes

56. Cette disposition législative type est fondée sur le chapitre VIII de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (articles 35 et 36), qui traite de l'exécution des sentences arbitrales (voir en particulier A/CN.9/468, par. 70 à 73).

57. Parmi les systèmes juridiques qui ont incorporé la Loi type, plusieurs y ont ajouté des dispositions prévoyant que le chapitre VIII de la Loi type s'applique à l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par le tribunal arbitral en vertu de l'article 17 de la Loi type (ou prévoyant qu'une mesure provisoire ou conservatoire est traitée, aux fins de l'exécution, comme une sentence). Le débat sur cette question est relaté au paragraphe 70 du document A/CN.9/468. Il a été généralement estimé que cette approche était trop rigide et ne tenait pas compte des particularités des mesures provisoires et conservatoires, qui distinguaient celles-ci des sentences arbitrales. Compte tenu de ce point de vue, la disposition type présentée ci-dessus se fonde sur l'article 36, adapté aux mesures provisoires ou conservatoires.

Variante 2

Le tribunal peut, sur requête adressée par la partie intéressée, ordonner l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire visée à l'article 17, quel que soit le pays où elle a été ordonnée.

Notes

58. La variante 1, qui revient à dire: "le tribunal ordonne l'exécution, sauf si ...", vise à établir une obligation d'exécution si les conditions prescrites sont remplies, tandis que la variante 2 consiste à dire: "le tribunal peut ordonner l'exécution ...", ce qui exprime un certain pouvoir d'appréciation. On pourrait toutefois considérer que même la variante 1 comporte une certaine marge d'appréciation, résultant par exemple de la disposition entre crochets de l'alinéa v, selon laquelle le tribunal apprécierait si la mesure provisoire ou conservatoire est manifestement disproportionnée et, dans ce cas, devrait refuser l'exécution.

59. Pour décider quelle approche adopter, le Groupe de travail pourra souhaiter examiner en quoi devrait consister le pouvoir d'appréciation prévu dans la variante 2. Il est proposé que ce pouvoir soit limité au refus de faire exécuter la mesure provisoire ou conservatoire (par exemple si le tribunal considère cette mesure comme gravement ou manifestement disproportionnée ou inutile) et, en particulier, qu'il n'implique pas la liberté de rendre une ordonnance d'exécution dont la teneur s'écarterait de celle de la mesure provisoire ou conservatoire ordonnée par le tribunal arbitral (par exemple, si la mesure provisoire consiste, dans l'ordre donné à une partie, de fournir à l'autre partie une caution d'un certain montant au titre des frais, le tribunal ne serait pas habilité à rendre une ordonnance d'exécution pour une caution d'un moindre montant).

60. On peut estimer qu'en autorisant le tribunal à rendre une ordonnance d'exécution qui s'écarte de la mesure provisoire ou conservatoire ordonnée par le tribunal arbitral on risque d'entraîner le tribunal dans une appréciation du bien-fondé de la décision, ce qui supposerait qu'il puisse ou doive répéter le processus de prise de décisions qui s'est déjà déroulé devant le tribunal arbitral. Cela signifierait, de fait, que le tribunal ne ferait pas exécuter la mesure ordonnée par le tribunal arbitral, mais ordonnerait sa propre mesure. En vue de l'examen de la question, il peut être rappelé qu'il y a eu un large accord au sein du

[21] "Étant donné que des mesures provisoires ou conservatoires sont généralement ordonnées avant que les parties aient présenté leurs arguments quant au fond du différend, il est proposé que les mots "il lui a été impossible de faire valoir ses droits" soient réputés viser la nécessité et la teneur de la mesure provisoire ou conservatoire considérée. Le Groupe de travail pourra souhaiter examiner l'opportunité de préciser cette interprétation par un libellé du type: "il lui a été impossible de faire valoir ses droits relativement à la mesure provisoire ou conservatoire".

[22] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les considérations de principe relatives aux types de mesures provisoires ou conservatoires que peut ordonner un tribunal arbitral ou un tribunal sont nécessairement les mêmes que les considérations de principe qui sous-tendent la disposition relative à l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire, en particulier lorsque la mesure a été ordonnée à l'étranger. Par exemple, il pourrait être justifié de restreindre la portée de mesures provisoires ou conservatoires parce que certains types de mesures provisoires ou conservatoires sont moins nécessaires (par exemple, parce que les parties peuvent atteindre l'objectif d'une mesure particulière par d'autres moyens, y compris par l'intermédiaire du système judiciaire). Si les considérations de principe ne sont pas les mêmes, l'alinéa *v* pourrait devoir être remanié afin d'élargir éventuellement la portée des mesures susceptibles d'être exécutées par rapport à celles que pourrait ordonner un tribunal de l'État adoptant à l'appui d'un arbitrage ou par un tribunal arbitral de l'État adoptant.

Groupe de travail pour considérer que le régime uniforme devait partir du principe que le tribunal ne devrait pas reprendre le processus de décision du tribunal arbitral et qu'en particulier il ne devrait pas revenir sur les constatations de fait du tribunal arbitral ou réexaminer la mesure quant au fond (A/CN.9/468, par. 71). (Pour un examen de la reformulation de la mesure à des fins de procédure, voir les paragraphes 71 et 72 ci-dessous.)

61. Conformément au point de vue généralement exprimé au sein du Groupe de travail, les deux variantes prévoient la possibilité de faire exécuter une mesure provisoire ou conservatoire "quel que soit le pays où elle a été ordonnée" (voir A/CN.9/468, par. 67 et A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 92).

62. De nombreuses législations nationales relatives à l'arbitrage ont adopté le principe selon lequel la partie peut décider soit de demander au tribunal arbitral d'ordonner une mesure provisoire ou conservatoire, soit de saisir un tribunal de la même demande. On peut considérer qu'un tel principe, largement considéré comme adapté à l'arbitrage commercial international, est consacré par les articles 9 et 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Compte tenu de ce principe, cependant, une partie pourrait, après avoir obtenu une mesure provisoire ou conservatoire du tribunal arbitral, saisir un tribunal aux fins d'obtenir substantiellement la même mesure et, parallèlement, saisir un tribunal d'une demande d'exécution de la mesure ordonnée par le tribunal arbitral. Cette succession d'actions peut aboutir à une situation inconfortable dans laquelle le tribunal doit examiner deux demandes de mesures conservatoires et dans laquelle deux décisions risquent par la suite d'être rendues. Afin d'éviter une telle situation, il existe dans une législation nationale une disposition prévoyant que le tribunal peut autoriser l'exécution d'une mesure, sauf si un tribunal a déjà été saisi d'une demande de mesure provisoire ou conservatoire correspondante. Une telle disposition (reprise dans la variante 1, à l'alinéa i pourrait aussi être éventuellement incluse dans une disposition fondée sur la variante 2.

C. Dispositions supplémentaires éventuelles

63. Le Groupe de travail pourra souhaiter examiner si l'une quelconque des questions mentionnées ci-dessous doit être traitée dans la disposition législative type, quelle que soit la variante qui sera adoptée en définitive.

Obligation d'informer le tribunal de toute modification éventuelle concernant la mesure provisoire ou conservatoire

64. De par sa nature, une mesure provisoire ou conservatoire peut être modifiée ou annulée par le tribunal arbitral avant le prononcé de la sentence et, en tout état de cause, elle prendra fin dès le prononcé de la sentence. Peut-être faudrait-il donc examiner si la loi devrait obliger la partie qui demande l'exécution à informer le tribunal de tels changements éventuels. L'objectif d'une telle obligation d'information (qui devrait exister au moment de la demande d'exécution et se poursuivre ensuite) serait de permettre au tribunal de modifier ou de rapporter l'ordonnance d'exécution. Le projet de texte ci-après, inspiré des articles 18 et 22-3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, est présenté en vue de faciliter le débat:

> À compter de la présentation de la demande d'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire, la partie informe rapidement le tribunal de toute décision du tribunal arbitral modifiant ou annulant ladite mesure. Le tribunal peut, à la demande de la partie touchée par la mesure, modifier ou rapporter l'ordonnance d'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire.

Demande d'exécution avec l'autorisation du tribunal arbitral

65. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'opportunité d'énoncer dans le projet de disposition que la partie intéressée peut demander l'exécution "avec l'approbation du tribunal arbitral". Une telle disposition aurait pour but de donner au tribunal qui ordonne l'exécution une garantie supplémentaire que les circonstances n'ont pas changé et que la mesure est toujours considérée comme nécessaire par le tribunal arbitral, tout en évitant de placer celui-ci dans une situation dans laquelle il devrait saisir un tribunal national pour obtenir l'exécution (A/CN.9/468, par. 75).

Conditions supplémentaires attachées à une ordonnance d'exécution

66. Le Groupe de travail pourra examiner si les dispositions législatives types devraient prévoir la possibilité, pour le tribunal, de subordonner une ordonnance d'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire à des conditions qu'il juge appropriées (par exemple quant à une caution à fournir par la partie qui demande l'exécution).

67. Des mesures provisoires ou conservatoires sont souvent assorties d'injonctions ou de conditions (qu'elles soient ordonnées par un tribunal arbitral ou par un tribunal). La question est alors de savoir si, après que le tribunal arbitral a ordonné la mesure (en la subordonnant à toutes injonctions ou conditions qu'il juge appropriées), le tribunal doit s'engager dans le processus de décision pour déterminer s'il convient d'assortir l'ordonnance d'exécution d'une éventuelle injonction ou condition. On pourrait estimer qu'une règle habilitant le tribunal à assortir de conditions des ordonnances d'exécution va à l'encontre des principes affirmés par le Groupe de travail (visés ci-dessus par. 60) selon lesquels le régime uniforme ne devrait pas permettre au tribunal de reprendre le processus de décision du tribunal arbitral.

Demande d'exécution concomitante d'une contestation de la compétence du tribunal arbitral

68. Il se peut, lorsqu'une partie demande l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire, que l'autre partie ait soulevé une exception d'incompétence du tribunal arbitral ou que, après que celui-ci a affirmé sa compé-

tence, la question de la compétence soit contestée devant le tribunal. Cette situation est traitée à l'article 16 de la Loi type. Dans ce cas, le tribunal saisi d'une demande d'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire se prononcerait sur un point sur lequel il pourrait être ultérieurement conclu que le tribunal arbitral n'a pas compétence. Cela pourrait inciter le tribunal à s'abstenir de statuer sur l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire jusqu'à ce que la question de la compétence ait été élucidée. Toutefois, le sursis à statuer pourrait en fait encourager l'autre partie à exciper de l'incompétence du tribunal arbitral dans le seul but de retarder l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire, même si l'exception a peu de chance d'aboutir. Dans ces conditions, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner une disposition, inspirée de l'article 36-2 de la Loi type de la CNUDCI, qui se lirait à peu près ainsi:

> S'il a été demandé à un tribunal de statuer sur la décision du tribunal arbitral affirmant sa compétence, le tribunal saisi d'une demande d'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire peut, s'il le juge approprié, surseoir à statuer et peut aussi, à la requête de la partie demandant l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

Mesures ex parte

69. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner comment des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte* (c'est-à-dire des mesures ordonnées par le tribunal arbitral sans que l'autre partie ait été entendue) devraient être traitées. Il a été dit que ce type de mesures peut être approprié dans les cas où un élément de surprise est nécessaire, c'est-à-dire lorsqu'il se peut que la partie touchée tente de priver la mesure de sa substance en intervenant pour rendre la mesure sans objet ou inexécutable. Par exemple, lorsqu'une mesure provisoire ou conservatoire est demandée afin d'empêcher une partie de transférer des avoirs hors de la juridiction, la partie pourrait précisément transférer ces avoirs entre le moment où elle apprend l'existence de la demande et celui où la mesure est ordonnée; ainsi, la partie peut effectivement faire échec à la mesure sans l'enfreindre techniquement.

70. Le Groupe de travail estimera peut-être que les dispositions législatives types ne devraient pas traiter des conditions dans lesquelles un tribunal arbitral pourrait ordonner des mesures provisoires ou conservatoires *ex parte*. On peut toutefois se demander si, au moment où le tribunal est saisi d'une demande d'exécution d'une mesure, l'autre partie devrait en avoir été avisée et avoir eu la possibilité de s'y conformer spontanément (ou de demander qu'elle soit rapportée ou modifiée). On peut considérer que la fonction de surprise est suffisamment préservée si la partie touchée est avisée de la mesure par le tribunal arbitral une fois qu'il l'a ordonnée (dans le cadre d'une telle notification, le tribunal arbitral peut, par exemple, inviter la partie à exécuter la mesure ou à la contester dans le nombre de jours fixé par lui). Si tel est le cas, la question est de savoir ce que devrait faire le tribunal si, au moment où il est saisi d'une demande d'exécution, la partie touchée n'a pas été avisée de la mesure. On pourrait envisager que le tribunal refuse l'exécution, ou qu'il sursoie à statuer sur l'exécution jusqu'à ce que la partie touchée ait eu la possibilité d'exécuter spontanément la mesure ou de faire valoir ses moyens.

Possibilité de reformuler la mesure provisoire ou conservatoire ordonnée par le tribunal arbitral

71. Il est prévu dans une législation nationale que le tribunal, aux fins de l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire, peut remanier ou reformuler la mesure, le cas échéant. Si le Groupe de travail devait souscrire à une conception de ce type, il pourrait juger nécessaire de définir la portée d'une reformulation ou d'un remaniement éventuel. Il est proposé de ne prévoir la possibilité de remanier ou de reformuler la mesure que pour rendre la mesure exécutoire conformément aux règles de procédure du tribunal, en excluant toute latitude de celui-ci pour changer la teneur de la mesure. Si le tribunal estime que la mesure, en raison de sa teneur, n'est pas susceptible d'exécution, il devrait refuser l'exécution sans modifier la mesure.

72. Les circonstances dans lesquelles il pourrait être souhaitable d'autoriser une reformulation de la mesure peuvent être, par exemple, celles où la mesure, telle que formulée par le tribunal arbitral, ne correspond pas aux règles d'exécution du tribunal. Ainsi, le tribunal saisi de la demande d'exécution peut être tenu de respecter des règles ou pratiques de procédure en ce qui concerne certaines mentions particulières de l'ordonnance d'exécution ou la manière dont l'exécution doit être menée à bien, ce qui peut exiger une reformulation de la mesure pour la mettre en conformité avec ces règles et pratiques de procédure. Un autre exemple pourrait être constitué par une mesure provisoire imposant à une partie de remettre certains documents à l'autre partie. La loi du pays d'exécution pourrait comporter des règles protégeant le secret de la vie privée et le secret professionnel qui obligeraient le tribunal à exclure de l'exécution de la mesure les documents visés par ces règles.

Obligation pour le tribunal de ne pas remettre en cause les conclusions du tribunal arbitral

73. Certains systèmes juridiques qui laissent à une partie le choix de solliciter une mesure provisoire ou conservatoire, soit du tribunal arbitral, soit d'un tribunal national (voir par. 62 ci dessus), ont adopté une disposition prévoyant que "lorsqu'une partie saisit un tribunal d'une demande de mesure conservatoire ou de toute autre mesure provisoire et qu'un tribunal arbitral s'est déjà prononcé sur toute question relative à la demande, le tribunal, aux fins de la demande, est lié par la décision ou toute constatation de fait liée à la décision". Une disposition analogue prévoit que "lorsqu'il examine une demande de mesure provisoire ou conservatoire, le tribunal est lié par toute constatation de fait du tribunal arbitral, y compris la probable validité de la demande qui fait l'objet de la sentence ordonnant une mesure provisoire ou conservatoire que le tribunal arbitral a déjà prononcée dans la procédure considérée, sous réserve que cette sentence provisoire soit conforme à l'ordre public".

74. Ces clauses de législations nationales ne traitent pas, à proprement parler, de l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral; elles visent plutôt le pouvoir du tribunal d'ordonner ses propres mesures provisoires ou conservatoires, mais prévoient que, ce faisant, le tribunal considère comme acquises certaines constatations du tribunal arbitral. Il conviendra peut-être d'examiner si l'idée sous-jacente pourrait être adaptée à la disposition à l'examen au sein du Groupe de travail relative à l'exécution; par exemple, s'il est reconnu un certain pouvoir d'appréciation au tribunal pour faire exécuter des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral, il pourrait aussi être prévu que le tribunal ne devrait pas revenir sur certaines constatations du tribunal arbitral (par exemple quant à l'urgence et à la nécessité de la mesure, y compris le fait que le requérant subirait un préjudice grave et irréparable si la mesure n'était pas ordonnée).

Possibilité de refuser l'exécution d'une mesure parce que le tribunal arbitral n'était pas compétent pour l'ordonner

75. Une autre question que le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner est celle de savoir si le tribunal devrait refuser l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire si le tribunal arbitral, conformément à la convention des parties ou en vertu de la loi régissant la procédure arbitrale, n'avait pas compétence pour l'ordonner. Par exemple, selon certaines législations nationales, le tribunal arbitral n'est pas compétent pour ordonner des mesures conservatoires ou certains types de mesures (par exemple la saisie de biens) ou il ne peut ordonner des mesures que s'il y est habilité par la convention des parties.

76. Si la compétence du tribunal arbitral pour ordonner la mesure doit faire partie des conditions expresses posées à l'exécution, il faudrait se demander s'il convient de présumer sa compétence, sauf preuve contraire. Une autre question peut être celle de savoir si, dans le cas d'une exécution transfrontière (c'est-à-dire lorsque le tribunal est saisi d'une demande d'exécution d'une mesure ordonnée au cours d'une procédure arbitrale dans un pays étranger), la compétence du tribunal arbitral doit être appréciée par rapport à la loi du lieu de l'arbitrage, du lieu de l'état d'exécution ou en fonction de ces deux législations.

Appel contre une décision d'un tribunal ordonnant l'exécution

77. L'urgence étant souvent un élément déterminant des mesures provisoires ou conservatoires, on peut se demander si la disposition législative type (ou le guide pour son incorporation) devrait recommander de restreindre le droit de faire appel d'une décision du tribunal autorisant l'exécution de la mesure (par exemple en interdisant tout appel ou en subordonnant l'appel à une autorisation).

Portée des mesures susceptibles d'exécution

78. Il peut être rappelé que, dans le cadre du Groupe de travail, trois groupes de mesures provisoires ou conservatoires ont souvent été mentionnés: *a)* les mesures destinées à faciliter la conduite de la procédure arbitrale; *b)* les mesures visant à empêcher une perte ou un dommage et à préserver un état de choses jusqu'au règlement du litige; et *c)* les mesures destinées à faciliter l'exécution ultérieure de la sentence (toutes ces mesures sont décrites plus précisément dans le document A/CN.9/WG.II/WP.108, par. 63). Tout en notant que cette classification constituait une possibilité parmi d'autres, et que les exemples de mesures donnés dans chaque catégorie n'étaient pas exhaustifs, il a été souligné que la nécessité d'un mécanisme d'exécution concernait surtout les mesures de la catégorie *c* (par exemple la saisie de biens, l'ordre de ne pas transférer l'objet du différend hors de la juridiction ou de fournir une sûreté) et certaines des mesures de la catégorie *b* (par exemple l'ordre de poursuivre l'exécution d'un contrat pendant la procédure arbitrale ou de s'abstenir de toute action jusqu'au prononcé de la sentence). S'agissant des mesures de la catégorie *a*, il a été noté que, dès lors que le tribunal arbitral pouvait "tirer des conclusions négatives" de l'inobservation de la mesure par la partie, ou tenir compte de cette inobservation lors de sa décision définitive sur les frais de la procédure arbitrale, l'intervention d'un tribunal pour faire exécuter la mesure était moins nécessaire. Toutefois, le Groupe de travail n'a émis aucun avis définitif à ce stade du débat sur la question de savoir si, et de quelle manière, ces différences entre les mesures provisoires ou conservatoires devraient influer sur l'élaboration du futur régime d'exécution (document A/CN.9/468. par. 69).

79. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'opportunité de décrire ou de définir la portée des mesures auxquelles la disposition législative type devrait s'appliquer. À cet égard, il peut être considéré que, l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international contenant déjà une référence générale aux mesures provisoires que peut ordonner un tribunal arbitral, il n'y a pas lieu d'ajouter une autre description dans les dispositions relatives à l'exécution de ces mesures.

80. Le Groupe de travail pourra aussi souhaiter examiner les rapports entre certaines mesures provisoires ou conservatoires visées par les projets de dispositions types en cours d'élaboration (en particulier les mesures destinées à la conservation ou à la garde de la preuve) et l'article 27 de la Loi type de la CNUDCI qui traite de l'assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves.

III. CONCILIATION

A. Remarques liminaires

81. À sa trente-deuxième session, le Groupe de travail a décidé d'élaborer des règles uniformes concernant les procédures dans lesquelles une personne ou un groupe de personnes sont invités par les parties en litige à les aider de manière indépendante et impartiale à parvenir à un règlement amiable (procédures de conciliation). Les délibérations du Groupe de travail sont relatées dans le document A/CN.9/468, aux paragraphes 18 à 59.

82. Le Groupe de travail n'a pas pris de décision définitive quant à la forme ultime que prendraient les règles uniformes. Toutefois, dans la logique des débats préliminaires au sein du Groupe de travail (A/CN.9/468, par. 20), le secrétariat a établi les projets sous la forme de dispositions législatives types. Il a été généralement convenu au sein du Groupe de travail que l'applicabilité d'éventuelles règles uniformes devrait être limitée aux questions commerciales (ibid., par. 21).

83. Il peut être noté que, outre le mot "conciliation", d'autres termes sont employés dans la pratique, comme "médiation" et "évaluation impartiale". Ces termes sont souvent employés indifféremment. Dans d'autres cas, il est fait une distinction en fonction des formes et techniques procédurales employées. Il reste que, même si un sens particulier est attaché à un terme, l'usage n'est pas cohérent. Par exemple, selon une distinction, la médiation impliquerait une participation active du tiers dans le processus destiné à amener les parties à un règlement concerté, tandis que la conciliation serait un processus au cours duquel le conciliateur ne serait qu'un modérateur du dialogue entre les parties en litige. Selon une autre distinction, un conciliateur assumerait un rôle actif, notamment en exprimant un avis quant aux forces et faiblesses relatives des dossiers présentés par les parties et en faisant des propositions ou des recommandations quant à la teneur d'un éventuel règlement, tandis qu'un médiateur s'abstiendrait en principe de recourir à des méthodes d'évaluation et faciliterait au contraire un dialogue entre les parties de façon que les parties elles-mêmes formulent et concluent un règlement. Ces différentes voies ou approches procédurales, même si elles peuvent être théoriquement distinguées, constituent dans la pratique une panoplie de techniques qui peuvent être choisies, conjuguées et adaptées suivant les attentes des parties. En fonction des parties, le médiateur ou le conciliateur pourra devoir recourir à plusieurs techniques différentes afin de parvenir à un règlement.

84. Compte tenu du fait que la terminologie n'est pas fixée, le terme "conciliation" a été employé dans le projet pour viser une large notion englobant différents types de procédures dans lesquelles les parties au litige sont aidées par une personne indépendante et impartiale pour tenter de parvenir à un règlement.

85. Le projet d'article 2-1 des dispositions législatives types vise à exprimer cette conception large de la conciliation. Cela pourra être précisé dans un texte explicatif joint aux règles uniformes (un "guide pour l'incorporation", suivant la pratique de la Commission), que le Groupe de travail pourrait décider d'élaborer parallèlement aux dispositions législatives types.

86. Les projets de dispositions législatives types présentés ci-dessous ont été établis conformément aux délibérations et décisions du Groupe de travail. Après les avoir examinés, le Groupe de travail souhaitera peut-être charger le secrétariat d'élaborer un projet révisé en vue de la trente-quatrième session du Groupe de travail (New York, 21 mai-1er juin 2001).

B. Dispositions législatives types relatives à la conciliation

Article premier. *Champ d'application*

[Sauf convention contraire des parties,] les présentes dispositions législatives s'appliquent à la conciliation dans des transactions de caractère commercial*.

*Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes: toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

Notes

87. *Caractère facultatif des dispositions législatives types.* Le Groupe de travail n'a pas pris de position générale sur le point de savoir si toutes les dispositions législatives types relatives à la conciliation auraient un caractère facultatif ou si l'une quelconque des dispositions serait censée être applicable nonobstant toute convention contraire des parties. Le Groupe de travail pourra souhaiter étudier cette question en examinant les projets de dispositions. Si l'ensemble des dispositions types est censé avoir un caractère facultatif, cela pourrait être exprimé par une formule générale du type "sauf convention contraire des parties", qui serait ajoutée dans le projet d'article premier tel que présenté ci-dessus.

88. *Note de bas de page relative au terme "commercial".* Il a été convenu, au sein du Groupe de travail, que l'applicabilité d'éventuelles règles uniformes devrait être limitée aux questions commerciales. Il a été avancé qu'un moyen approprié de définir quelles questions devaient être considérées comme commerciales était d'adopter une disposition souple, telle que celle qui figure à la note relative à l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (A/CN.9/468, par. 21). Une autre solution consisterait à expliquer l'acceptation large donnée au terme "commercial" dans un guide pour l'incorporation des dispositions législatives types.

89. *Caractère international, ou international et interne.* Le Groupe de travail pourra souhaiter examiner si les dispositions législatives types devraient s'appliquer à la conciliation de manière générale, que celle-ci soit ou non considérée comme internationale, ou exclusivement à la conciliation internationale. S'il est décidé que les dispositions devraient s'appliquer exclusivement à la conciliation internationale, une disposition définissant le sens du terme "international" (sur le modèle de l'article 1-3 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage) pourrait se lire à peu près comme suit:

2) Une conciliation est internationale si:

a) Les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou

b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement:

i) Le lieu où doivent se tenir les rencontres avec le conciliateur[23] [si ce lieu est stipulé dans la convention de conciliation ou déterminé en vertu de cette convention];

ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit; ou

c) Les parties sont convenues [expressément] que l'objet de la convention de conciliation a des liens avec plus d'un pays.

3) Aux fins du présent article:

a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention de conciliation;

b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

90. *Applicabilité des dispositions législatives types.* Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le projet d'article devrait comporter d'autres dispositions définissant l'applicabilité des dispositions législatives types. Les critères éventuels d'applicabilité pourraient être, par exemple, le fait que la procédure de conciliation a lieu dans un État qui a incorporé les dispositions législatives types (ou que les rencontres avec le conciliateur doivent avoir lieu dans l'État adoptant), que l'une des partie a un établissement dans l'État, ou que les parties sont convenues d'appliquer la loi de l'État adoptant. En outre, compte tenu du recours accru aux communications électroniques et aux réunions-téléphone pour le règlement de litiges commerciaux, il pourrait être opportun d'inclure d'autres critères comme la convention des parties quant au lieu réputé être le lieu de la conciliation, le siège de l'organisation qui facilite ou administre le processus (comme un centre de médiation ou de conciliation) et l'établissement ou la résidence du conciliateur ou de la personne présidant la commission de conciliation.

Article 2. *[Dispositions générales] [Conduite de la conciliation]*

1) Le conciliateur ou un groupe de conciliateurs aide les parties, d'une manière indépendante et impartiale, dans leurs efforts pour parvenir à un règlement concerté du litige.

2) Les parties déterminent [par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base] le choix du conciliateur ou du groupe de conciliateurs, le mode de conduite de la conciliation et d'autres aspects de la procédure de conciliation[24].

3) [Sous réserve de la convention des parties] [En l'absence de convention des parties], le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des désirs que les parties peuvent avoir exprimés, [y compris toute demande d'une partie tendant à ce que le conciliateur procède à des auditions,] et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige.

4) Le conciliateur est guidé par les principes d'objectivité, d'équité et de justice. [Sous réserve de la convention des parties, le conciliateur peut tenir compte, entre autres, des droits et des obligations des parties, des usages dans la branche de commerce considérés et des circonstances du litige, y compris les habitudes commerciales qui se sont établies entre les parties.]

[5) Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, faire des propositions en vue du règlement du litige.]

Notes

91. Le projet d'article 2 a été établi pour faire suite à l'avis du Groupe de travail selon lequel il serait utile d'élaborer une disposition uniforme énonçant les principes directeurs d'une procédure de conciliation. Une telle disposition générale contribuerait à harmoniser les normes de conciliation et aiderait également à définir les procédures de conciliation auxquelles seraient applicables les dispositions législatives types relatives à la conciliation. Il a été convenu que l'article 7 du Règlement de conciliation de la CNUDCI constituerait un bon point de départ pour l'élaboration du projet de disposition uniforme (A/CN.9/468, par. 56 à 59; voir en particulier les paragraphes 57 et 58 pour d'éventuelles modifications du projet d'article).

92. *Paragraphes 4 et 5.* Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, au paragraphe 4, le texte entre crochets est nécessaire. Compte tenu des différents modes d'approche de la conciliation, l'axe du processus ne sera pas toujours le même: par exemple, les droits et obligations des parties ou les habitudes commerciales établies jouent effectivement un rôle important dans maintes procédures de conciliation, mais il y a aussi de nombreux cas dans lesquels le conciliateur s'abstient d'évaluer les droits et obligations de caractère contractuel, et où la solution est recherchée dans une modification de ces droits et obligations ou dans de futures pratiques commerciales. Pour exprimer cette diversité, le texte emploie la formule "le conciliateur *peut* tenir compte". Toutefois, en raison de l'emploi du mot "peut", qui risque d'être source d'imprécision, il pourrait être envisagé de reporter

[23]L'expression "le lieu où doivent se tenir les rencontres avec le conciliateur" est empruntée à l'article 9-2 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. Pour tenir compte des cas où les parties communiquent avec le conciliateur par des moyens électroniques sans qu'une rencontre soit envisagée, l'établissement ou la résidence habituelle du conciliateur pourrait constituer un critère supplémentaire à ajouter à l'alinéa *b*.

[24]On pourrait aussi envisager une disposition (un peu plus détaillée) qui se lirait ainsi: 2) Les parties déterminent, [par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base], le choix du conciliateur ou du groupe de conciliateurs, le moment et le lieu de la procédure de conciliation, les modes de communication entre le conciliateur ou le groupe de conciliateurs et les parties, toute assistance administrative destinée à faciliter la conduite de la conciliation et d'autres aspects de la procédure de conciliation.

la description de la teneur du processus de décision dans un guide pour l'incorporation. Pour des raison analogues, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le paragraphe 5 est nécessaire. Si l'on estime que la possibilité de faire des propositions en vue du règlement existerait incontestablement sans la disposition, celle-ci peut être supprimée, notamment parce que s'abstenir de faire des propositions sur la manière de régler les litiges est souvent considéré comme la meilleure pratique.

Article 3. *Communications entre le conciliateur et les parties*

Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément.

Note

93. Débat au sein du Groupe de travail: document A/CN.9/468, paragraphes 54 et 55. Il se peut que des rencontres séparées entre le conciliateur et les parties soient une pratique si courante que le conciliateur soit censé avoir toute latitude pour y recourir, sous réserve de toute restriction expresse convenue par les parties. L'objet de cette disposition est de supprimer toute incertitude sur cette question.

Article 4. *Communication de renseignements*

[Variante 1:] Lorsque le conciliateur ou le groupe de conciliateurs reçoit d'une partie des informations concernant le litige, il peut en révéler le contenu à l'autre partie afin que celle-ci soit en mesure de lui présenter toute explication qu'elle juge utile. Toutefois, [les parties peuvent convenir d'autres dispositions, notamment prévoir que] le conciliateur ou le groupe de conciliateurs ne doit pas dévoiler une information reçue d'une partie lorsque celle-ci fournit l'information au conciliateur ou au groupe de conciliateurs sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle.

[Variante 2:] Sous réserve de la convention des parties, aucun élément communiqué en privé par une partie au conciliateur ou au groupe de conciliateurs à propos du litige ne peut être dévoilé à l'autre partie sans le consentement exprès de la partie qui a fourni l'information.

Note

94. Débat au sein du Groupe de travail: document A/CN.9/468, paragraphes 54 et 55.

Article 5. *Début de la conciliation*[25]

La procédure de conciliation à l'égard d'un litige particulier débute à la date à laquelle une invitation [écrite] à la conciliation de ce litige faite par une partie est acceptée [par écrit] par l'autre partie.

[25]Cf. article 2 du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

Notes

95. Le Groupe de travail pourrait examiner s'il serait acceptable, s'agissant de la question du début (et de la fin) d'une conciliation, de s'en remettre au jugement de toute instance saisie à cet effet (comme un tribunal), en fonction des faits et circonstances d'espèce, sans réglementer cette question dans les dispositions législatives types. Il peut cependant être souhaitable de fixer une date certaine à laquelle débute la procédure de conciliation si cette procédure a une incidence sur le délai de prescription.

96. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner s'il serait utile d'inclure dans le projet d'article une disposition relative à l'absence de réponse à l'invitation à la conciliation. Une telle disposition, inspirée de l'article 2-4 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, pourrait se lire ainsi: Si la partie qui prend l'initiative de la conciliation n'a pas reçu de réponse dans les [30] jours à compter de la date d'envoi de l'invitation, ou après l'expiration de toute autre délai spécifié dans ce document, elle peut choisir de considérer le défaut de réponse comme un rejet de l'invitation à la conciliation.

Article 6. *Fin de la conciliation*[26]

La procédure de conciliation prend fin:

a) par la signature de l'accord de transaction par les parties, à la date de l'accord;

b) par une déclaration écrite du conciliateur, après consultation des parties, constatant que de nouveaux efforts de conciliation ne sont plus justifiés, à la date de la déclaration;

c) par une déclaration écrite adressée au conciliateur par les parties en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration; ou

d) par une déclaration écrite adressée par une partie à l'autre partie et si un conciliateur a été nommé à ce dernier, en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration.

Article 7. *Prescription*[27]

1) *[Variante 1:]* Lorsque débute la procédure de conciliation, le délai de prescription relatif à la demande soumise à la conciliation cesse de courir. *[Variante 2:]* Aux fins de l'interruption du délai de prescription, le début de la procédure de conciliation est réputé constituer un acte qui interrompt le cours de la prescription.

2) Lorsque la procédure de conciliation s'est terminée sans qu'un règlement soit intervenu, le délai de prescription est réputé avoir continué de courir. Si dans ce cas, le délai de prescription est expiré ou doit expirer dans moins de [six mois], le demandeur bénéficie d'un nouveau délai de [six mois] à partir de la fin de la procédure de conciliation.

[26]Ibid., article 15.

[27]Cf. articles 13 et 17 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, modifiée par le Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises.

Note

97. Débat au sein du Groupe de travail: document A/CN.9/468, paragraphes 50 à 53.

Article 8. *Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure*

1) Sauf convention contraire des parties, une partie qui a participé à la procédure de conciliation [ou un tiers][28] ne peut invoquer ni proposer comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire, liée ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation:

a) Les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie à la conciliation à l'égard [des questions en litige ou] d'une solution éventuelle du litige;

b) Les faits admis par une partie au cours de la procédure de conciliation;

c) Les propositions présentées par le conciliateur;

d) Le fait qu'une partie à la conciliation a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition de transaction présentée par le conciliateur.

2) La divulgation des informations visées au paragraphe 1 du présent article ne peut être ordonnée par le tribunal arbitral ou par le tribunal [que la procédure arbitrale ou judiciaire se rapporte ou non au litige soumis à la procédure de conciliation].

3) Lorsque des éléments de preuve ont été présentés en contravention aux dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral ou le tribunal traitent ces éléments de preuve comme irrecevables[29].

Notes

98. Débat au sein du Groupe de travail: document A/CN.9/468, paragraphes 22 à 30.

99. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il serait utile de préciser, dans la disposition type ou ailleurs, que toute information admissible à titre de preuve ne devient pas irrecevable du seul fait qu'elle est mentionnée au cours d'une conciliation. Seules certaines déclarations faites au cours d'une procédure de conciliation (points de vue exprimés, faits admis par une partie, propositions et indications de la volonté de conclure un accord de transaction) sont irrecevables, et non tout élément de preuve sous-jacent à la déclaration. Ainsi, des moyens de preuve employés dans le cadre d'une conciliation constituent des moyens de preuve admissibles dans toute autre procédure ultérieure, comme si la procédure de conciliation n'avait pas eu lieu.

100. L'établissement du principe de confidentialité pour certains types d'informations dans le projet d'article 8 vise à encourager la sincérité des parties au cours de la conciliation. Pour y parvenir, il faut que les parties puissent s'engager dans la conciliation en toute connaissance de cause quant à la portée de la règle et à son application. Toutefois, comme il est noté au paragraphe 33 du document A/CN.9/468, il peut y avoir des cas où certains faits seraient irrecevables à titre de preuve en vertu du projet d'article 8, mais où des raisons d'ordre public obligeraient à passer outre à cette règle. Ce type de situation exceptionnelle peut se produire par exemple dans les cas suivants: lorsqu'il est nécessaire de révéler des menaces d'atteintes corporelles ou matérielles formulées par un participant; lorsqu'un participant tente d'utiliser la conciliation pour organiser ou commettre une infraction; lorsque des éléments de preuve sont nécessaires pour établir ou réfuter une allégation de faute professionnelle fondée sur le comportement au cours d'une conciliation; lorsque des moyens de preuve sont nécessaires dans le cadre d'une procédure dans laquelle sont invoquées la fraude ou la contrainte pour remettre en cause la validité ou la force exécutoire d'un accord de transaction conclu par les parties; lorsque des déclarations faites au cours d'une procédure de conciliation témoignent d'une menace importante contre la santé ou la sécurité publiques. S'il semble que, dans de tels cas, il serait passé outre à la règle de confidentialité des preuves énoncée dans le projet d'article 8, que l'exception soit ou non prévue dans la disposition législative type, la question est de savoir si, pour des raisons de clarté et afin de lever tout doute éventuel, de telles exceptions devraient être prévues dans les dispositions législatives types ou s'il faudrait s'en remettre à la loi applicable relative à l'admissibilité des preuves pour régler ces exceptions lorsqu'elles se présentent.

Article 9. *Rôle du conciliateur dans d'autres procédures*

a) Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ne peut remplir les fonctions d'arbitre[30], de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation.

b) Le témoignage du conciliateur concernant les faits visés à l'article 8-1 n'est pas recevable dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation.

c) Les paragraphes 1 et 2 sont également applicables à un autre litige né du même contrat ou d'une autre contrat faisant partie d'une unique transaction commerciale[31].

[28] Il a été proposé au sein du Groupe de travail que la disposition type traite des cas où ce n'était pas une partie à la conciliation mais un tiers, par exemple le sous-traitant d'une partie, qui tentait d'invoquer dans une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure des avis, des admissions ou propositions faits pendant la procédure de conciliation; A/CN.9/468, paragraphe 25.

[29] A/CN.9/468, par. 27.

[30] Il peut être noté que les règles existantes régissant le comportement des arbitres visent la question de savoir si, et dans quelles conditions, une personne qui a rempli les fonctions de conciliateur peut accepter d'être désignée comme arbitre. Néanmoins, le Groupe de travail souhaitera peut-être considérer qu'il est souhaitable de viser les arbitres dans l'alinéa *a* pour établir de manière indubitable que les parties sont libres, par convention, de désigner un conciliateur en tant qu'arbitre.

[31] A/CN.9/468, par. 36.

Note

101. Débat au sein du Groupe de travail: document A/CN.9/468, paragraphes 31 à 37.

Article 10. *Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire*

[Variante 1] Les parties ne peuvent entamer, au cours de la procédure de conciliation, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige soumis à la procédure de conciliation, étant entendu toutefois qu'une partie peut entamer une procédure arbitrale ou judiciaire lorsque, à son avis, une telle démarche est nécessaire pour préserver ses droits.

[Variante 2] Les parties peuvent convenir de n'entamer, au cours de la procédure de conciliation, aucune procédure arbitrale judiciaire relative à un litige soumis à la procédure de conciliation. Toutefois, une partie peut entamer une procédure arbitrale ou judiciaire si, à son avis, une telle démarche est nécessaire pour préserver ses droits [et si la partie avise l'autre partie de son intention d'entamer la procédure]. L'engagement d'une telle procédure par la partie n'est pas réputé en soi mettre fin à la procédure de conciliation.

[Variante 3] Dans la mesure où les parties se sont expressément engagées à n'entamer [pendant une certain délai ou tant que la procédure de conciliation est en cours] aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par le tribunal ou le tribunal arbitral tant que le délai n'est pas expiré ou que la procédure de conciliation n'est pas terminée[32].

Note

102. Débat au sein du Groupe de travail: document A/CN.9/468, paragraphes 45 à 49.

Article 11. *Arbitre faisant office de conciliateur*

Il n'est pas incompatible avec les fonctions d'un arbitre que celui-ci pose la question d'une éventuelle conciliation et, dans la mesure où les parties en conviennent, participe aux efforts en vue de parvenir à un règlement concerté.

Notes

103. Débat au sein du Groupe de travail: document A/CN.9/468, paragraphes 41 à 44.

104. Comme il a été noté par la Commission lors de l'élaboration du texte qui a été plus tard adopté sous le nom d'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (en particulier son paragraphe 47), les attitudes et les pratiques divergent sur la question de savoir si, et dans l'affirmative de quelle manière, il est opportun qu'un arbitre évoque la possibilité d'un règlement par accord des parties et si l'arbitre pourrait jouer, dans une certaine mesure, le rôle de conciliateur[33]. De plus, certaines règles relatives à l'arbitrage (y compris des codes de déontologie régissant le comportement des arbitres) comportent des dispositions applicables aux arbitres qui font office de conciliateurs. Compte tenu de ces divergences, le Groupe de travail pourrait éventuellement juger préférable de ne pas formuler de disposition uniforme sur la question et de s'en remettre aux règles et pratiques de l'arbitrage.

Article 12. *Force exécutoire de la transaction*

Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige et qu'un accord de transaction obligatoire est signé par les parties et le conciliateur ou le groupe de conciliateurs, cet accord est exécutoire *[l'État adoptant insère ici les dispositions précises relatives à la force exécutoire de telles transactions]*.

Notes

105. Débat au sein du Groupe de travail: document A/CN.9/468, paragraphes 38 à 40

106. Les solutions législatives relatives à la force exécutoire d'accords de transaction conclus dans le cadre d'une procédure de conciliation sont très différentes. Certains États n'ont aucune disposition particulière relative à la force exécutoire de tels accords, qui seraient donc soumis au même régime d'exécution que tout contrat entre les parties. Ce principe a été réaffirmé dans certaines législations relatives à la conciliation.

[32] A/CN.9/468, par. 48.

[33] Dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-septième session (1994), document A/49/17 (reproduit dans l'*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXV: 1994), il est indiqué:

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

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

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

107. Toutefois, certaines lois prévoient une procédure accélérée d'exécution de tels accords de transaction. L'institution d'une telle procédure est habituellement justifiée par la volonté d'encourager le recours à la conciliation et d'éviter des situations dans lesquelles, pour obtenir un jugement puis l'exécution, l'action risque de durer des mois ou des années.

108. Plusieurs législations comportent des dispositions prévoyant qu'un accord de transaction écrit est traité comme une sentence rendue par un tribunal arbitral et a le même effet qu'une sentence arbitrale définitive, sous réserve que le résultat de la conciliation soit consigné par écrit et signé par le conciliateur ou les conciliateurs et les parties ou leurs représentants.

109. Suivant une autre approche qu'a adoptée une législation nationale, l'accord de transaction est censé constituer un titre exécutoire, et les droits, créances et obligations consignés dans l'accord de transaction qui ont un caractère certain et explicite et qui sont susceptibles d'exécution sont exécutoires conformément aux dispositions relatives à l'exécution des décisions judiciaires. Il faut toutefois noter que cette disposition s'applique aux procédures de conciliation administrées par des institutions agréées où les conciliateurs sont nommés sur une liste tenue par un organe officiel.

110. Dans d'autres législations, il est prévu que les accords de transaction sont traités comme des sentences, mais que ces accords "peuvent, sur autorisation du tribunal", être exécutés de la même manière qu'un jugement, ce qui semble laisser une marge d'appréciation au tribunal pour faire exécuter l'accord.

111. Il existe aussi un projet de solution législative dont les éléments sont notamment les suivants: une partie qui conclut un accord de transaction peut, avec le consentement de toutes les parties à cet accord, saisir un tribunal aux fins d'obtenir un jugement conforme à l'accord de transaction, à condition i) qu'une requête soit déposée au tribunal dans un nombre de jours déterminé après la signature de l'accord; ii) que toutes les parties ayant signé l'accord soient dûment avisées dans un nombre de jours déterminé après le dépôt de la requête; et iii) que, dans un nombre de jours déterminé après la réception de cet avis, aucune partie à l'accord n'ait soumis d'objection au tribunal. Si le tribunal est saisi d'une objection, il peut, dans certains cas, notamment lorsque l'intérêt de la justice l'exige, rejeter la requête, sous réserve, le cas échéant, de tous droits contractuels ou voies de recours disponibles par ailleurs.

112. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il serait souhaitable et possible d'élaborer une disposition législative type qui serait universellement acceptable et, dans l'affirmative, quelle devrait être la teneur de la règle uniforme. On pourrait en revanche considérer que, compte tenu de la diversité des approches, le projet d'article 12 ne devrait pas prévoir une solution uniforme, les diverses solutions possibles étant au contraire envisagées dans le guide pour l'incorporation que le Groupe de travail souhaitera peut-être adopter parallèlement aux dispositions législatives types. Le guide pour l'incorporation pourrait, d'une part, présenter des solutions comme celles mentionnées ci-dessus et, d'autre part, indiquer les mécanismes qui, dans certaines législations nationales, permettent éventuellement une exécution accélérée des accords de transaction (par exemple si l'accord de transaction fait l'objet d'un acte notarié, est authentifié par un juge ou consigné par les conseils des parties). Le guide pourrait également mentionner la solution consistant à habiliter les parties qui ont réglé un litige par voie d'accord à désigner un tribunal arbitral expressément chargé de rendre une sentence d'accord partie fondée sur l'accord de transaction. Cette faculté expresse pourrait être nécessaire lorsque la loi applicable à la procédure arbitrale n'autorise pas l'engagement d'une telle procédure en l'absence de litige entre les parties.

C. Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-troisième session: travaux futurs envisageables: mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les juridictions étatiques pour appuyer l'arbitrage, portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par les tribunaux arbitraux, validité de la convention d'arbitrage: rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.II/WP.111) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Pages*
INTRODUCTION	1	413
I. MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES ORDONNÉES PAR UNE JURIDICTION ÉTATIQUE À L'APPUI DE L'ARBITRAGE	2-29	413
A. Observations générales	6-13	413

		Paragraphes	Pages
B.	Questions susceptibles d'être traitées par un régime uniforme	14-29	415
a)	Champ d'application	14	415
b)	Disponibilité des mesures provisoires et conservatoires	15-16	415
c)	Nature discrétionnaire de l'octroi de mesures provisoires	17	416
d)	Dissimulation des biens	18	416
e)	Garantie d'une procédure régulière et protection du défendeur	19-20	416
f)	Accès aux informations concernant les biens du défendeur	21	416
g)	Compétence	22-25	417
h)	Durée de validité de la mesure provisoire ou conservatoire	26	417
i)	Devoir d'information	27	417
j)	Reconnaissance à l'étranger et coopération judiciaire internationale	28-29	417
II.	PORTÉE DES MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES POUVANT ÊTRE ORDONNÉES PAR LES TRIBUNAUX ARBITRAUX	30-32	418
III.	VALIDITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE	33	418

INTRODUCTION

1. À sa trente-deuxième session (Vienne, 20-31 mars 2000), le Groupe de travail a procédé à un échange de vues et d'informations sur un certain nombre de questions relatives à l'arbitrage jugées susceptibles de faire l'objet de travaux futurs. Certaines ont été évoquées au cours des délibérations, d'autres avaient déjà été examinées par la Commission à sa trente-deuxième session (voir A/CN.9/468, par. 107 et 108), et d'autres encore avaient été proposées par des spécialistes de l'arbitrage (voir A/CN.9/468, par. 109). Le Groupe de travail s'est déclaré favorable à la réalisation par le secrétariat de travaux préparatoires sur plusieurs de ces questions et la présente note a pour objet de lui soumettre un rapport sur l'état d'avancement de ces travaux.

I. MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES ORDONNÉES PAR UNE JURIDICTION ÉTATIQUE À L'APPUI DE L'ARBITRAGE

1. À sa trente-deuxième session (Vienne, 20-31 mars 2000), le Groupe de travail a examiné, dans le cadre de ses débats sur les mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par un tribunal arbitral, une proposition relative à l'élaboration de règles uniformes concernant les cas où une partie à une convention d'arbitrage saisit une juridiction étatique pour demander une mesure provisoire ou conservatoire (A/CN.9/468, par. 85 à 87). Il a été noté qu'il était particulièrement important pour les parties de pouvoir solliciter l'assistance d'une juridiction étatique avant la constitution du tribunal arbitral, mais qu'une partie pouvait avoir de bonnes raisons de le faire même après cette constitution. Il a été ajouté que de telles demandes pouvaient être présentées aux juridictions de l'État où devait avoir lieu l'arbitrage ou d'un autre État.

3. Il a été noté que dans plusieurs États il n'existait pas de dispositions traitant du pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires en faveur de parties à une convention d'arbitrage; de ce fait, dans certains États, les juridictions étatiques n'étaient pas disposées à ordonner de telles mesures, alors que dans d'autres on ne pouvait déterminer avec certitude si, et dans quelles circonstances, une telle assistance était possible. Il a été déclaré que, si le Groupe de travail décidait d'élaborer des dispositions uniformes sur cette question, les Principes de l'Association de droit international sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international (voir par. 8 ci-après), ainsi que les travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption de ces principes, seraient utiles lors de l'examen de la teneur des règles uniformes envisagées.

4. Le Groupe de travail a pris note de la proposition et a décidé de l'examiner à une session future.

5. La présente note donne un exposé préliminaire de certaines des questions relatives à l'octroi par les juridictions étatiques de mesures provisoires ou conservatoires à l'appui de l'arbitrage. Le Groupe de travail voudra peut-être l'examiner en vue de déterminer, premièrement, s'il est souhaitable ou possible d'élaborer des règles ou des dispositions uniformes sur ces questions et, deuxièmement, si d'autres travaux sont souhaitables, pour permettre au secrétariat d'établir un projet de texte qui pourrait être examiné à une session future.

A. Observations générales

6. Les mesures provisoires ou conservatoires sont essentielles dans tout système juridique pour faciliter le processus de règlement des différends. Elles ont en gros

deux objectifs, à savoir maintenir le statu quo entre les parties en attendant le règlement de leur différend et garantir l'exécutabilité du jugement définitif.

7. Différents systèmes juridiques ont défini et classé différemment les mesures provisoires ou conservatoires. En outre, la portée et la diversité de ces mesures varient selon les pays. Dans les litiges comportant un élément international, ces différences peuvent conduire à des situations dans lesquelles la partie demandant une mesure provisoire ou conservatoire peut être contrainte de saisir une juridiction étatique d'un pays étranger où les mesures pouvant être ordonnées et les conditions à remplir pour qu'elles le soient ne lui sont pas familières. Toutefois, on constate un nombre croissant de demandes de mesures provisoires ou conservatoires au niveau international, tout d'abord en raison de la facilité et de la rapidité avec laquelle des avoirs peuvent être aujourd'hui transférés pour échapper à la décision d'une juridiction étatique ou à une sentence arbitrale, et ensuite parce que les parties contractantes ont davantage d'espoirs de pouvoir faire exécuter leurs droits. La crainte est qu'une partie peu scrupuleuse ne puisse, par exemple, vendre les marchandises, ou plus simplement encore faire sortir des fonds du pays avant le jugement, étant donné l'extrême rapidité avec laquelle il est possible d'effectuer des virements bancaires internationaux grâce aux techniques modernes.

8. Les problèmes que posent l'efficacité et la disponibilité des mesures provisoires ou conservatoires au niveau international ont fait l'objet de nombreuses études, y compris de travaux par un groupe d'experts sous l'égide de l'Association de droit international. À sa soixante-septième conférence, en 1996, cette association a adopté des Principes sur les mesures provisoires et conservatoires dans le contentieux privé international[1] (les Principes de l'Association de droit international sont reproduits au paragraphe 108 du document A/CN.9/WG.II/WP.108). Ces principes ont pour but d'établir des règles d'application générale pour permettre aux réformateurs du droit, aux niveaux tant national qu'international, d'aider les juridictions étatiques à exercer une compétence indépendante pour l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires visant à garantir les biens qui serviront l'exécution d'un jugement définitif[2]. Les Principes ont été rédigés "en ayant à l'esprit une situation type ayant trait à des mesures de blocage des biens du défendeur sous la forme de fonds déposés sur un compte bancaire[3]". L'Association de droit international a recommandé qu'ils soient utilisés par la CNUDCI et par la Conférence de La Haye de droit international privé ainsi que pour les réformes législatives nationales[4]. Il convient de noter, toutefois, que leurs auteurs avaient à l'esprit le contentieux international, par opposition aux mesures provisoires ou conservatoires octroyées par une juridiction étatique pour appuyer un arbitrage international.

9. L'obtention de mesures provisoires ou conservatoires dans un arbitrage se heurte à de nombreuses difficultés. Bien que ce ne soit pas vrai dans tous les États, il est aujourd'hui largement admis que les parties peuvent demander des mesures provisoires ou conservatoires soit au tribunal arbitral, soit aux juridictions étatiques. Toutefois, cette liberté de choix est limitée dans un certain nombre de cas. Premièrement, le pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires est souvent limité à ce que les parties ont convenu ou par les règles institutionnelles qu'elles ont choisies pour régir l'arbitrage. Deuxièmement, le tribunal arbitral ne peut accorder des mesures provisoires ou conservatoires qu'aux parties au différend[5]. Troisièmement, il ne peut agir qu'une fois constitué, avant quoi les mesures doivent être demandées à une juridiction étatique. Quatrièmement, le pouvoir de cette dernière est également restreint. En effet, certaines d'entre elles considèrent qu'une convention d'arbitrage valide constitue une décision par les parties d'exclure leur compétence, leur interdisant ainsi l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires. Dans un certain nombre de pays, elles ont tenté de fixer les limites de cette exclusion, d'où la constitution d'un nombre croissant de précédents qui définissent les cas dans lesquels une juridiction étatique peut légitimement intervenir pour appuyer les travaux du tribunal arbitral sans pour autant usurper ses pouvoirs. Malheureusement, les conclusions dégagées varient en fonction des pays, et il est par conséquent difficile de prévoir dans quelle mesure une juridiction étatique nationale sera disposée à intervenir. De façon générale, toutefois, on établit une distinction entre le stade qui précède la constitution du tribunal arbitral et celui qui la suit. Comme on l'a vu, avant cette constitution la juridiction étatique est généralement la seule instance habilitée à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et l'éventail de ces mesures est alors plus large. Une fois le tribunal arbitral constitué, la juridiction étatique doit se limiter, a-t-il été suggéré, à aider ce dernier et en particulier à lui apporter une "assistance technique" pour permettre la bonne administration de la procédure d'arbitrage[6]. En outre, dans certains pays, les juridictions étatiques estiment que leur pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires ne devrait jamais s'étendre à un examen du fond ou à une décision préliminaire sur le fond[7]. Enfin, dans un différend international avec demande de mesures provisoires ou conservatoires dans un pays autre que celui où se trouve le siège de l'arbitrage, se pose la question de la compétence: les juridictions étatiques nationales ont-elles compétence pour octroyer des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage étranger et pour quels motifs?

[1]Association de droit international, rapport de la soixante-septième conférence tenue à Helsinki du 12 au 17 août 1996, Comité sur la procédure civile et commerciale internationale, deuxième rapport intérimaire sur les mesures provisoires et conservatoires dans les différends internationaux, publié par l'Association de droit international, Londres 1996.

[2]Le principe de l'indépendance de la compétence pour l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires est conforme à l'article 24 de la Convention de Bruxelles de 1968 (et de la Convention de Lugano) concernant la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

[3]Rapport de l'Association de droit international, p. 186.

[4]Ibid., p. 201.

[5]Cette restriction découle de la nature consensuelle de la convention d'arbitrage: ce sont les parties, et personne d'autre, qui sont convenues de régler leur différend par l'arbitrage. Si la mesure demandée lie des tiers, il est nécessaire de saisir les juridictions étatiques.

[6]CCI, 1993, "Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international", ICC Publishing S.A., p. 78.

[7]*Channel Tunnel Group Ltd* c. *Balfour Beatty Construction Ltd* [1993] 1 All ER 664, House of Lords.

10. Les pays ont adopté à cet égard des approches différentes. Certains ont dans leur législation des règles adéquates visant en particulier à offrir la possibilité de saisir une juridiction étatique non seulement dans les cas où l'arbitrage a lieu dans le pays où est située cette juridiction, mais également dans les cas où il a lieu hors du pays, alors que les biens du débiteur, y compris d'un débiteur non résident, se trouvent sur son territoire[8]. Toutefois, dans beaucoup d'autres, la loi ne prévoit pas l'octroi d'une telle assistance par les juridictions étatiques locales. Par exemple, dans certains pays, celles-ci ne peuvent être saisies pour des mesures provisoires ou conservatoires que lorsqu'elles l'ont déjà été pour rendre une décision sur le fond, ce qui est impossible lorsqu'une convention d'arbitrage existe. De même, dans d'autres pays, la juridiction étatique peut ordonner des mesures provisoires ou conservatoires uniquement dans les cas où l'arbitrage a lieu sur le territoire relevant de sa compétence mais non à l'étranger.

11. En conséquence, s'il est vrai que certains pays possèdent déjà des régimes législatifs adéquats pour traiter ces questions, le Groupe de travail pourra estimer que l'absence d'uniformité exige un examen plus approfondi. Un régime uniforme peut être jugé souhaitable non seulement du point de vue des pays qui voudraient disposer d'un modèle qui facilite la modernisation de leur législation, mais aussi du point de vue des utilisateurs des procédures d'arbitrage dans les pays qui ont un régime satisfaisant, mais qui pourraient souhaiter bénéficier d'une assistance efficace des juridictions étatiques d'autres pays.

12. Après cet exposé succinct d'un certain nombre de questions concernant les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les juridictions étatiques, on trouvera un examen d'un certain nombre de questions traitées dans les Principes de l'Association de droit international ainsi que des informations et des explications de caractère général. Les solutions proposées peuvent servir d'inspiration pour un texte que le Groupe de travail jugerait bon d'établir. Les titres de la partie B renvoient aux Principes de l'Association de droit international. Lorsqu'un principe n'est pas applicable dans le contexte de l'arbitrage international, il n'est pas mentionné.

13. Il convient également de noter qu'il peut exister d'autres moyens d'améliorer l'efficacité et la disponibilité de mesures provisoires ou conservatoires dans l'arbitrage international. Il est ainsi possible de préciser les pouvoirs des arbitres, en particulier pour ce qui est de la portée des mesures qu'ils peuvent ordonner, point examiné aux paragraphes 69 à 72 du document A/CN.9/WG.II/WP.108. Il a été noté, par ailleurs, qu'il serait utile d'améliorer l'exécutabilité des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral[9].

B. Questions susceptibles d'être traitées par un régime uniforme

a) *Champ d'application (Principes 1 et 2)*

14. Les Principes attribuent aux mesures provisoires ou conservatoires dans les contentieux civil et commercial deux objectifs: *a)* préserver le statu quo en attendant que le fond du litige soit tranché; ou *b)* saisir des biens pouvant servir à satisfaire les condamnations du jugement à intervenir. Cette distinction est couramment faite dans les systèmes juridiques nationaux et traduit le besoin de disposer de différents types de mesures provisoires ou conservatoires (la division des mesures provisoires ou conservatoires en plusieurs catégories a été traitée au paragraphe 63 du document A/CN.9/WG.II/WP.108). Comme il a été noté au paragraphe 8 ci-dessus, les Principes sont axés sur les mesures de la catégorie *b* simplement parce qu'elles sont couramment disponibles et se prêtent donc à une analyse comparative. Si le Groupe de travail décide qu'il serait souhaitable d'entreprendre l'élaboration d'un ensemble de règles uniformes sur ces questions, il faudra déterminer les types de mesures auxquels ces règles devront s'appliquer.

b) *Disponibilité des mesures provisoires et conservatoires (Principe 3)*

15. Il faudrait que les mesures puissent être demandées tant par les étrangers que par les ressortissants d'un pays et pour les arbitrages ayant lieu à la fois dans le pays où est située la juridiction étatique ordonnant les mesures et dans un pays étranger. Dans certains pays, les juridictions étatiques ordonnent des mesures provisoires ou conservatoires uniquement pour appuyer la procédure arbitrale qui a lieu dans le pays même[10]. Dans d'autres, des mesures peuvent être ordonnées pour appuyer une procédure arbitrale étrangère à certaines conditions, notamment que la sentence arbitrale étrangère soit exécutable dans ces pays[11], que l'existence de la convention d'arbitrage ait été

[8]Par exemple, dans un pays, la législation prévoit que les pouvoirs conférés à la juridiction étatique concernant les mesures provisoires ou conservatoires peuvent être exercés même si le siège de l'arbitrage se situe hors du pays ou si aucun siège n'a été désigné ou déterminé. La juridiction étatique peut néanmoins refuser d'octroyer une mesure provisoire ou conservatoire si elle juge que cela est inapproprié du fait que le siège de l'arbitrage se situe hors du pays. Cette loi étant récente, il est encore difficile de savoir si les juridictions étatiques exerceront cette liberté, mais il semble probable que si les juridictions du lieu où l'arbitrage a son siège sont elles-mêmes compétentes pour ordonner des mesures, les premières pourront estimer que les secondes constituent l'instance naturelle pour l'octroi de telles mesures et refuseront de les ordonner elles-mêmes.

[9]A/CN.9/468, par. 60 à 79; à l'heure actuelle, l'Allemagne est le seul pays qui prévoit expressément l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire octroyée par un tribunal arbitral étranger: loi allemande de 1998 sur l'arbitrage, Livre 10 du Code de procédure civile, art. 1041 (2), 1062 (1), (2).

[10]En Inde, les juridictions étatiques ont interprété la loi sur l'arbitrage et la conciliation de 1996 comme signifiant qu'une juridiction étatique indienne peut ordonner des mesures provisoires ou conservatoires uniquement pour appuyer un arbitrage local. Selon deux décisions des Hautes Cours de Delhi et de Calcutta, étant donné que la disposition portant sur les mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par les juridictions étatiques se trouve dans la première partie de la loi, qui s'applique lorsque l'arbitrage a lieu en Inde, si le siège de l'arbitrage se trouve en dehors de l'Inde, une juridiction étatique indienne n'est pas habilitée à ordonner une mesure provisoire. Ce jugement a toutefois été critiqué et la jurisprudence n'est pas uniforme bien que la question n'ait pas encore été tranchée par la Cour suprême. En outre, en Chine, il semblerait qu'il ne soit pas possible de demander une mesure provisoire ou conservatoire si le siège de l'arbitrage n'est pas situé dans ce pays.

[11]Autriche, art. 387 (2) Exekutionsordnung.

pleinement révélée[12], que la demande de mesures provisoires ou conservatoires ait été faite par le tribunal arbitral ou que les exigences de la législation du pays dans lequel la mesure est demandée soient satisfaites[13]. Dans une troisième catégorie de pays, la situation n'est pas claire, soit parce que la législation pertinente ne traite pas la question, soit parce qu'on ne connaît pas d'affaires dans lesquelles de telles demandes ont été présentées[14].

16. En outre, quand la mesure demandée a des incidences sur les biens d'une partie à l'arbitrage, il peut ne pas être approprié d'établir une distinction entre ces derniers selon qu'ils appartiennent à un résident ou à un non-résident du pays où la mesure est demandée, étant donné que celle-ci a uniquement pour objectif de protéger ces biens. Dans certains pays, par exemple, la loi exige que la juridiction étatique ait compétence à l'égard du défendeur avant qu'une mesure provisoire ou conservatoire puisse être ordonnée ou exécutée, alors que dans d'autres certaines mesures ne peuvent être octroyées que si les biens sur lesquels elles portent appartiennent à des débiteurs non résidents.

c) *Nature discrétionnaire de l'octroi de mesures provisoires (Principe 4)*

17. L'octroi de mesures provisoires ou conservatoires est généralement discrétionnaire plutôt qu'obligatoire et s'appuie sur certaines considérations particulières. Il peut s'agir par exemple de l'examen du fond de l'affaire et des conséquences pour chaque partie de l'octroi ou du refus d'une mesure. Cela peut poser des problèmes dans le domaine de l'arbitrage où la jurisprudence d'un certain nombre de pays montre que les juridictions étatiques ne sont pas disposées à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires dans toute situation qui impliquerait un examen préliminaire du fond. Toutefois, pour accorder des mesures, la juridiction étatique se base généralement et dans une large mesure sur l'urgence et le préjudice potentiel pour le demandeur en cas de refus. S'il est manifeste que le demandeur n'essaie pas simplement de faire échouer la procédure arbitrale, il semblerait qu'il y ait de plus grandes chances que la mesure soit octroyée et la juridiction étatique contournera le problème de l'examen du fond.

d) *Dissimulation des biens (Principe 5)*

18. Les Principes reconnaissent que le défendeur ne devrait pas pouvoir dissimuler ses avoirs en les incorporant, par exemple, dans une société ou dans un trust, tout en demeurant, *de facto* ou à titre de bénéficiaire, le véritable propriétaire. Tout en énonçant le principe général, le Comité de l'Association de droit international a noté que le problème était complexe et exigeait davantage de recherches et une étude plus approfondie.

e) *Garantie d'une procédure régulière et protection du défendeur (Principes 6 à 8)*

19. Bien qu'il ne soit pas toujours possible d'informer à l'avance le défendeur qu'une demande de mesures provisoires ou conservatoires est présentée, en particulier lorsque l'élément de surprise est important, ce dernier a, en règle générale, le droit d'être informé promptement de la mesure ordonnée. Conformément à l'article 18 de la Loi type, il doit avoir la possibilité d'être entendu dans un délai raisonnable et de contester la mesure provisoire ou conservatoire ordonnée.

20. Pour protéger le défendeur, il peut aussi être nécessaire d'habiliter la juridiction étatique à exiger du demandeur des garanties ou à poser d'autres conditions (telles que l'engagement par le demandeur d'indemniser le défendeur si la mesure se révèle injustifiée) en cas de préjudice causé au défendeur ou à des tiers du fait de l'octroi de la mesure, par exemple lorsque cette dernière est injustifiée ou trop large. Si un engagement du demandeur concernant le préjudice peut se révéler insuffisant et si la juridiction étatique envisage d'exiger des garanties, il peut être également nécessaire d'apprécier si le demandeur est effectivement capable de faire face à une action en dommages-intérêts pour compenser le préjudice subi. Dans certains pays, une mesure provisoire ou conservatoire ne sera ordonnée que si le demandeur s'engage tout au moins à verser des dommages-intérêts, le montant de la garantie dépendant du type de mesure demandée, ce qui est un critère déterminant commun aux conditions d'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire[15].

f) *Accès aux informations concernant les biens du défendeur (Principe 9)*

21. Dans certains pays, les mesures à la disposition d'un demandeur pour l'accès à des informations sur les biens du défendeur sont peu nombreuses et la loi peut, par exemple, ne lui donner aucun droit de recevoir d'un tiers des renseignements sur les avoirs que détient le défendeur dans une banque. D'autres systèmes juridiques ont des dispositions plus libérales concernant les divulgations accessoires.

---

[12]Canada, *Ruhrkohle Handel Inter GmbH et al. and Fednav Ltd. et al.*, jugement non publié de la Cour fédérale du Canada, Section de première instance T-212-91, selon lequel une suspension de l'exécution d'un jugement peut être maintenue dans un arbitrage étranger à condition que la convention d'arbitrage soit divulguée et que la procédure soit ultérieurement suspendue.

[13]Les juridictions étatiques allemandes ne font pas de différence entre les procédures arbitrales étrangères et nationales si elles ont, en vertu du Code de procédure pénale, compétence pour accorder des mesures provisoires ou conservatoires. De même, en Grèce, si les exigences du Code de procédure civile en matière de mesures provisoires ou conservatoires sont satisfaites, une juridiction étatique grecque accordera de telles mesures pour appuyer un arbitrage étranger.

[14]Aux États-Unis, par exemple, les textes législatifs fédéraux ou la loi fédérale sur l'arbitrage ne contiennent aucune disposition autorisant les juridictions étatiques à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires lorsque les parties sont convenues de recourir à l'arbitrage. Toutefois, les juridictions étatiques américaines tiennent souvent leur pouvoir d'ordonner ces mesures de la législation des États. Voir également: *David L. Threlkeld & Co.* c. *Metallgesellschaft Ltd*, 923 F.2d 245, 253 n° 2 (2d Cir.1991) *Borden Inc.* c. *Meiji Milk Products Co. Ltd.*, 919 F.2d 822 (2d Cir.1990).

[15]Par exemple, en Suède, l'article 6 du chapitre 15 du Code de procédure prévoit une garantie comme condition déterminante de l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire. Cette garantie peut prendre la forme d'une lettre, d'une garantie personnelle ou d'un gage. Les garanties bancaires sont également acceptées. Si le demandeur ne peut offrir une telle garantie, il peut en être exonéré uniquement en donnant des motifs exceptionnels à l'appui de sa demande (Code d'exécution, chap. 2, art. 25).

Comme il est noté dans les Principes de l'Association de droit international, d'importants intérêts concurrents sous-tendent ces deux positions; par exemple la nécessité d'assurer la divulgation, en particulier dans les affaires de fraude, pour permettre à un demandeur de retrouver des avoirs et les récupérer, contre l'importance du maintien du secret bancaire et le droit à la confidentialité quant à la situation financière des personnes privées.

g) *Compétence (Principes 10 à 12, 16 et 17)*

22. L'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire à l'appui d'une procédure étrangère peut dépendre de la compétence des juridictions étatiques du for dans lequel la mesure est demandée sur le fond du différend. Dans plusieurs pays, par exemple, certaines mesures provisoires ou conservatoires peuvent être ordonnées uniquement si l'action au fond a lieu, ou aurait lieu, dans une juridiction étatique ou un tribunal arbitral du pays. Dans d'autres pays, la disposition concernant l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'une procédure judiciaire étrangère est limitée à un groupe de pays parties à une convention (par exemple la Convention de Bruxelles de 1968), alors que dans d'autres encore elle s'appliquera aux procédures étrangères où que ce soit, sans que la partie qui demande une mesure doive établir une base sur laquelle la juridiction étatique du pays dans lequel la mesure est demandée puisse s'appuyer pour évaluer sa compétence sur le fond de la demande. Dans ces derniers, les juridictions étatiques ont indiqué que les mesures provisoires ou conservatoires ne devraient pas être octroyées uniquement à titre exceptionnel[16], étant entendu qu'elles ne devaient pas l'être non plus de manière routinière ou sans un examen préalable très approfondi. Il pouvait s'agir, par exemple, de déterminer si la mesure pouvait gêner ou entraver l'administration de l'affaire par la juridiction étatique saisie du fond, ou entraîner un risque de conflit, de chevauchement ou d'incohérence des décisions dans d'autres juridictions étatiques; ou de déterminer si la première juridiction saisie avait refusé d'octroyer la mesure.

23. Il est proposé, dans les Principes de l'Association de droit international, de faire découler la compétence de la seule présence de biens, sous réserve des conditions suivantes: la présence de biens (ou, en fait, l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire concernant ces biens) ne doit pas être utilisée pour établir une compétence plus générale sur le fond, condition qui traduit la position commune d'un certain nombre de pays; le demandeur doit avoir l'obligation d'introduire une action au fond dans un délai raisonnable soit dans l'état du for, soit à l'étranger, et il doit exister une possibilité raisonnable de reconnaissance de tout jugement étranger dans l'état du for ayant accordé la mesure provisoire ou conservatoire.

24. Lorsque la juridiction étatique exerce légitimement sa compétence au fond, la législation de nombreux pays prévoit un large éventail de décisions à l'encontre du défendeur en personne, notamment l'octroi de mesures provisoires et conservatoires visant à geler ses biens, quel que soit l'endroit où ils se trouvent et que le défendeur soit ou non physiquement présent dans le pays.

25. Toutefois, lorsque la juridiction étatique n'exerce pas sa compétence sur le fond, mais uniquement pour octroyer des mesures provisoires et conservatoires, il convient de faire preuve de prudence. Il peut être nécessaire de limiter la compétence aux biens situés dans le pays, en particulier pour protéger les tiers contre des conflits de compétence qui pourraient sinon surgir. Sous réserve du droit international, les règles nationales (y compris les règles de conflit de lois) déterminent le lieu de situation des biens.

h) *Durée de validité de la mesure provisoire ou conservatoire (Principe 13)*

26. La mesure provisoire ou conservatoire devrait avoir une validité temporelle spécifiée, principe qui est lié au droit du défendeur d'être entendu. Cela peut aussi être important lorsque la mesure demandée peut prêter à controverse, comme une mesure *ex parte*, ou lorsqu'elle peut devenir particulièrement onéreuse pour le défendeur si elle est prolongée. Dans le cas des mesures *ex parte*, l'obligation faite au demandeur de saisir de nouveau la juridiction étatique pour faire renouveler la mesure permet au défendeur d'être entendu à ce moment-là. La juridiction étatique peut alors envisager un renouvellement à la lumière des faits nouveaux intervenus dans le tribunal arbitral où l'affaire est examinée au fond.

i) *Devoir d'information (Principe 15)*

27. Il faudrait faire obligation à la personne demandant des mesures provisoires ou conservatoires d'informer promptement le tribunal arbitral des décisions rendues suite à sa demande. Il importe également d'exiger qu'elle informe la juridiction étatique saisie de l'état d'avancement de la procédure arbitrale sur le fond et des procédures d'octroi de mesures provisoires ou conservatoires dans d'autres pays (le devoir d'informer est examiné dans le cadre de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires au paragraphe 64 du document A/CN.9/WG.II/WP.110).

j) *Reconnaissance à l'étranger et coopération judiciaire internationale (Principes 18 à 20)*

28. Le fait d'encourager une coopération pour l'octroi de mesures locales complémentaires, sans chercher à imposer une obligation de reconnaître les décisions rendues dans d'autres États ou de coopérer avec les juridictions étatiques ou les tribunaux arbitraux d'autres États, peut donner des résultats tangibles, tant pour la reconnaissance que pour la coopération judiciaire. À la demande d'une partie, une juridiction étatique peut tenir compte des décisions rendues dans d'autres États. En outre, il peut être bon que les juridictions étatiques coopèrent, lorsque cela est nécessaire, pour assurer l'efficacité des mesures ordonnées par d'autres juridictions et voir quelles sont les mesures locales appropriées.

[16] Voir, par exemple, l'affaire *Crédit Suisse Fides Trust* c. *Cuoghi* [1998] Queen's Bench Division 818, Royaume-Uni.

29. Le fait qu'une décision d'octroi de mesures soit provisoire, et non définitive et sans appel, ne devrait pas être en soi un obstacle à la coopération, voire à la reconnaissance ou à l'exécution (l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires est examinée aux paragraphes 52 à 80 du document A/CN.9/WG.II/ WP.110).

II. PORTÉE DES MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES POUVANT ÊTRE ORDONNÉES PAR LES TRIBUNAUX ARBITRAUX

30. Les solutions législatives apportées au problème du pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires ne sont pas uniformes. Dans certains pays, ce pouvoir est implicite. Dans d'autres, il fait l'objet de dispositions expresses. Selon certaines lois sur l'arbitrage, le pouvoir du tribunal d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires dépend de l'accord des parties, et la loi se limitera à reconnaître l'efficacité de la convention des parties de lui accorder ce pouvoir. Dans d'autres pays encore, le tribunal arbitral est censé ne pas être habilité à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires et ces pays considèrent que les parties ne peuvent lui conférer ce pouvoir. De nombreux règlements d'arbitrage habilitent le tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires ou conservatoires (par exemple l'article 26 du règlement de la CNUDCI). Les règlements et les lois prévoyant une telle habilitation laissent généralement au tribunal un large pouvoir d'appréciation quant à la façon d'exercer son pouvoir.

31. Le Groupe de travail a examiné (à sa trente-deuxième session, en mars 2000) l'opportunité et la faisabilité d'un texte harmonisé à caractère non législatif sur la portée des mesures provisoires ou conservatoires qu'un tribunal arbitral peut ordonner et sur les règles de procédure en la matière (A/CN.9/468, par. 80 à 84). Lors du débat, un large appui a été exprimé en faveur de la rédaction d'un texte non législatif, tel que des principes directeurs ou un guide pratique, qui étudierait des questions telles que les types de mesures provisoires ou conservatoires qu'un tribunal arbitral peut ordonner; son pouvoir discrétionnaire en la matière; ainsi que des principes directeurs sur la façon d'exercer ce pouvoir ou les conditions ou circonstances dans lesquelles les mesures peuvent être ordonnées. Il a été proposé que de tels principes soient de large portée et englobent toutes les mesures provisoires ou conservatoires mentionnées au paragraphe 63 du document A/CN.9/ WG.II/WP.108 (à savoir: *a)* les mesures visant à faciliter la procédure arbitrale; *b)* les mesures visant à empêcher une perte ou un dommage et à préserver un état de chose jusqu'au règlement du litige; et *c)* les mesures visant à faciliter l'exécution ultérieure de la sentence). Toutefois, il a été ajouté que ces principes directeurs seraient particulièrement utiles pour les mesures pour lesquelles l'*exequatur* d'une juridiction étatique était plus souvent requis.

32. Il a été convenu que le secrétariat devrait rédiger un document analysant les règles et pratiques relatives aux mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les tribunaux arbitraux et donner les éléments d'un futur texte harmonisé à caractère non législatif. Le Groupe de travail était conscient du fait que les informations nécessaires à l'établissement de ce document n'étaient pas facilement disponibles et a donc demandé aux États et aux organisations internationales participant à ses travaux, ainsi qu'à des experts intéressés d'envoyer au secrétariat des renseignements pertinents (par exemple des règlements d'arbitrage, des travaux d'universitaires et de praticiens, ainsi que des exemples de textes de mesures provisoires ou conservatoires, en omettant le nom des parties et d'autres informations confidentielles). Le secrétariat s'emploie actuellement à rassembler ces informations et prépare une étude qui expose les grandes lignes d'un projet de principes directeurs, que le Groupe de travail pourrait examiner à une future session. Les travaux préliminaires indiquent qu'il serait possible d'inclure dans ces principes les points suivants: type de mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par un tribunal arbitral; mesures procédurales précédant l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire; exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour l'octroi de mesures conservatoires ou provisoires et questions liées à la décision une fois celle-ci rendue, telles que sa teneur, les conséquences d'une non-application et la modification de la mesure. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'étude en cours à une future session afin de décider s'il convient que la Commission y donne suite.

III. VALIDITÉ DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

33. À sa trente-deuxième session, le Groupe de travail a examiné les questions qui pourraient faire l'objet de travaux futurs, à savoir notamment les questions liées à l'interprétation des dispositions législatives telles que l'article II-3 de la Convention de New York (ou l'article 8-1 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international) (A/CN.9/468, par. 107 à 114). Dans la pra-tique, ces dispositions ont donné des résultats divergents, en particulier pour ce qui est des pouvoirs dont dispose la juridiction étatique i) pour décider de renvoyer ou non les parties à l'arbitrage, ii) pour déterminer si la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être exécutée, iii) lorsque le défendeur fait valoir qu'une procédure arbitrale est en cours et qu'une sentence arbi-trale a été rendue (A/CN.9/ 468, par. 108). De l'avis du Groupe de travail, ces questions ont une grande importance pratique dans la mesure où elles sont source d'incertitudes et, potentiellement, de retards dans un certain nombre d'États. Le secrétariat a entrepris une étude dans laquelle il examine la façon dont ces questions ont été traitées par les juridictions étatiques et la mesure dans laquelle les interprétations divergent. Des recherches préliminaires indiquent que si l'article 8 de la Loi type et l'article II-3 de la Convention de New York sont très semblables, les tribunaux nationaux ont pourtant eu tendance à les interpréter différemment sur certains points. S'agissant de la validité de la convention d'arbitrage, les juridictions éta-tiques qui examinent la question en se fondant sur l'article 8 ont tendance à se limiter à un examen *prima facie*, alors que celles qui se basent sur l'article II-3 considèrent qu'elles ont "plein pouvoir" pour examiner les arguments, y compris pour obtenir des preuves si nécessaire, afin d'exa-miner non seulement le respect des conditions de forme, mais aussi la validité quant au fond. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'étude en cours à une session ultérieure afin de décider si la Commission doit y donner suite.

D. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-quatrième session (New York, 21 mai-1er juin 2001) (A/CN.9/487) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	Pages
INTRODUCTION	1-16	419
I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	17-21	421
II. PRESCRIPTION DE LA FORME ÉCRITE POUR LA CONVENTION D'ARBITRAGE	22-63	422
A. Dispositions législatives types sur la forme écrite de la convention d'arbitrage	22-41	422
B. Instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York	42-63	425
III. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES RELATIVES À L'EXÉCUTION DES MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES	64-87	429
IV. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES RELATIVES À LA CONCILIATION	88-159	433
Article premier. Champ d'application	88-99	433
Article 2. Conciliation	100-104	434
Article 3. Conciliation internationale	105-109	435
Article 4. Début de la procédure de conciliation	110-115	436
Article 5. Nombre de conciliateurs	116-117	436
Article 6. Nomination des conciliateurs	118-119	436
Article 7. Conduite de la conciliation	120-127	436
Article 8. Communications entre le conciliateur et les parties	128-129	438
Article 9. Communication de renseignements	130-134	438
Article 10. Fin de la procédure de conciliation	135-136	439
Article 11. Prescription	137-138	439
Article 12. Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure	139-141	439
Article 13. Rôle du conciliateur dans d'autres procédures	142-145	440
Article 14. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire	146-150	440
Article 15. Arbitre faisant office de conciliateur	151-152	441
Article 16. Force exécutoire de la transaction	153-154	441

INTRODUCTION

1. Durant sa trente et unième session, la Commission a organisé, le 10 juin 1998, la Journée de la Convention de New York afin de célébrer le quarantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958). Outre les représentants d'États membres de la Commission et des observateurs, quelque 300 invités ont participé à cette célébration. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a prononcé l'allocution d'ouverture. En sus des discours d'anciens participants à la conférence diplomatique ayant adopté la Convention, d'éminents spécialistes de l'arbitrage ont présenté des exposés sur des questions telles que la promotion de la Convention, son adoption et son application. Des exposés ont également été présentés sur des questions dépassant le cadre de la Convention elle-même, par exemple sur l'interaction entre cette dernière et d'autres textes juridiques internationaux relatifs à l'arbitrage commercial internatio-

nal et les problèmes rencontrés dans la pratique mais non traités dans les textes actuels sur l'arbitrage, législatifs ou non[1].

2. Dans les exposés présentés à cette conférence commémorative, diverses propositions ont été faites tendant à soumettre à la Commission certains des problèmes mis en évidence dans la pratique, afin qu'elle puisse déterminer s'il serait souhaitable et possible qu'elle entreprenne des travaux dans ce domaine. À sa trente et unième session tenue en 1998, la Commission, se référant aux discussions qui ont eu lieu lors de la Journée de la Convention de New York, a considéré qu'il serait utile de débattre des travaux futurs possibles dans le domaine de l'arbitrage à sa trente-deuxième session. Elle a prié le secrétariat d'établir une note qui servirait de base à ces débats[2].

3. 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" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international, la Commission avait 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) (également dénommée "la Loi type" dans le présent rapport) et l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, 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[3].

4. La Commission a mené ses débats sans avoir d'idée arrêtée sur la forme que prendraient en définitive ses travaux futurs. Il a été convenu qu'on devrait décider de la forme de tels travaux 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 un traité international était envisagé, l'intention n'était pas de modifier la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958, également dénommée "Convention de New York" dans le présent rapport)[4].

5. La Commission a confié cette activité à l'un de ses trois groupes de travail, qu'elle a appelé "Groupe de travail sur l'arbitrage", et a décidé que les points prioritaires que devrait traiter le Groupe de travail seraient la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage[5], la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires[6], la conciliation[7] et la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine[8].

6. Le Groupe de travail sur l'arbitrage (précédemment appelé "Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux") a commencé ses travaux à sa trente-deuxième session, tenue à Vienne du 20 au 31 mars 2000 (rapport paru sous la cote A/CN.9/468). Il s'est interrogé sur l'élaboration éventuelle de textes harmonisés sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation. Il a procédé à un échange de vues préliminaires sur d'autres sujets qu'il pourra examiner à l'avenir (voir A/CN.9/468, par. 107 à 114).

7. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission s'est déclarée satisfaite du travail accompli par le Groupe de travail 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. La Commission a noté que le Groupe de travail avait également recensé un certain nombre d'autres sujets ayant différents niveaux de priorité, qu'il avait été proposé d'inclure dans les travaux futurs (voir A/CN.9/468, par. 107 à 114). Elle a réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter ces sujets (voir A/55/17, par. 395). 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 pour lesquelles les décisions judiciaires ne donnaient pas une situation juridique claire et satisfaisante. Les sujets mentionnés à la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter étaient, outre ceux que le Groupe de travail pourrait retenir, 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; les demandes aux fins de compensation dans des procédures arbitrales et la compétence du tribunal d'arbitrage pour ce qui est de ces demandes; la liberté des parties d'être représentées dans une procédure arbitrale par des personnes de leur choix; 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; et le pouvoir du tribunal d'arbitrage d'accorder des intérêts. 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) 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, 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 (voir A/55/17, par. 396).

---

[1] *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).

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

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

[4] Ibid., par. 337 à 376 et 380.

[5] Ibid., par. 344 à 350.

[6] Ibid., par. 371 à 373.

[7] Ibid., par. 340 à 343.

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

8. À sa trente-troisième session (novembre/décembre 2000), le Groupe de travail a examiné un projet d'instrument interprétatif concernant la condition de l'écrit à l'article II-2 de la Convention de New York ainsi que l'élaboration de textes harmonisés sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation (sur la base de documents établis par le secrétariat; voir A/CN.9/WG.II/WP.110 et 111). Le rapport de cette session figure dans le document A/CN.9/485.

9. S'agissant de la condition de l'écrit, le Groupe de travail a examiné un projet de disposition législative type modifiant l'article 7-2 de la Loi type (voir A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 15 à 26) ainsi qu'un autre projet établi en cours de session (voir A/CN.9/485, par. 52). Le secrétariat a été prié de préparer des projets de textes, comportant éventuellement des variantes, pour examen à la trente-quatrième session, sur la base des échanges de vues ayant eu lieu au sein du Groupe de travail. Pour ce qui est de l'avant-projet d'instrument interprétatif concernant l'article II–2 de la Convention de New York (voir A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 27 à 51 et A/CN.9/485, par. 61), le Groupe de travail a demandé au secrétariat d'établir un projet révisé d'instrument tenant compte de ses débats (voir A/CN.9/485, par. 60 à 77). S'agissant des mesures provisoires ou conservatoires, le Groupe de travail était saisi de deux projets de variantes établis par le secrétariat (voir A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 55 et 57 et A/CN.9/485, par. 79). Faute de temps, il a reporté à sa trente-quatrième session l'examen du paragraphe iv de la variante 1 et d'éventuelles dispositions supplémentaires (pour le débat, voir le document A/CN.9/485, par. 78 à 103). S'agissant de la conciliation, le Groupe de travail a examiné les articles 1, 2, 5, 7, 8, 9 et 10 du projet de dispositions législatives types (voir A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 81 à 111). Il a prié le secrétariat d'établir des projets révisés de ces articles en tenant compte des vues exprimées (voir A/CN.9/485, par. 107 à 159). Les autres articles (3, 4, 6, 11 et 12) n'ont pas été examinés faute de temps.

10. Le Groupe de travail a aussi examiné les points qui pourraient faire l'objet de travaux futurs, à savoir: les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par une juridiction étatique à l'appui de l'arbitrage; le champ d'application des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par des tribunaux arbitraux et la validité des conventions d'arbitrage. Il a approuvé l'idée d'entreprendre des travaux sur tous ces sujets et a prié le secrétariat de préparer pour une session ultérieure des études et des propositions préliminaires (voir A/CN.9/485, par. 104 à 106).

11. À sa trente-quatrième session (New York, 21 mai-1er juin 2001), le Groupe de travail sur l'arbitrage était composé de tous les États membres de la Commission. Ont participé à la session les États membres suivants: Algérie, Allemagne, Australie, Autriche, Brésil, Bulgarie, Burkina Faso, Cameroun, Chine, Colombie, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, Finlande, France, Honduras, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Lituanie, Mexique, Nigéria, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour et Thaïlande.

12. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Arabie saoudite, Bélarus, Bosnie-Herzégovine, Canada, Chypre, Croatie, ex-République yougoslave de Macédoine, Équateur, Éthiopie, Gabon, Guatemala, Indonésie, Israël, Koweït, Lesotho, Malte, Monaco, Pérou, Philippines, République de Corée, République tchèque, Slovénie, Suède, Suisse et Venezuela.

13. Étaient également représentées par des observateurs les organisations internationales suivantes: Comité consultatif sur l'article 2022 de l'Accord de libre-échange nord-américain; Cour permanente d'arbitrage; Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit); Ligue des États arabes; Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international; Centre d'arbitrage et d'expertise du Rwanda; Comité maritime international; Association européenne des étudiants en droit suivant (ELSA); Chambre de commerce internationale (CCI); London Court of International Arbitration (LCIA); Chartered Institute of Arbitrators.

14. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

Président: M. José María ABASCAL ZAMORA (Mexique)
Rapporteur: M. Hossein GHAZIZADEH (République islamique d'Iran)

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

a) Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.112);

b) Rapport du Secrétaire général intitulé "Règlement des litiges commerciaux: élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation" (A/CN.9/WG.II/WP.113 et Add.1).

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

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration de textes harmonisés sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires et conservatoires et la conciliation.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

17. Le Groupe de travail a examiné le point 3 de l'ordre du jour sur la base des documents établis par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.113 et Add.1). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point dans les chapitres III à V du présent rapport. Le Groupe de travail a demandé au secrétariat d'établir, pour examen ultérieur, des projets révisés de disposition tenant compte des avis exprimés lors du débat.

18. S'agissant de la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, le Groupe de travail a examiné le projet de disposition législative type modifiant l'article 7-2 de la Loi type (voir A/CN.9/WG.II/WP.113, par. 13 et 14). Il a été demandé au secrétariat d'élaborer une version révi-

sée de cette disposition, tenant compte des avis exprimés pendant le débat, qui serait examinée ultérieurement. Le Groupe de travail a également examiné un projet d'instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York (ibid., par. 16) et a demandé au secrétariat d'établir un projet révisé d'instrument tenant compte de ses débats, pour examen lors d'une session ultérieure.

19. En ce qui concerne les mesures provisoires ou conservatoires, le Groupe de travail a examiné un projet de texte portant révision de l'article 17 de la Loi type et le texte du paragraphe 1 *a* i du projet de nouvel article élaboré par le secrétariat pour insertion dans la Loi type (ibid., par. 18). Il a été demandé au secrétariat d'établir une version révisée des dispositions tenant compte des vues exprimées au sein du Groupe de travail, pour examen lors d'une session ultérieure. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas été en mesure d'examiner les autres dispositions du nouvel article.

20. Pour ce qui est de la conciliation, le Groupe de travail a examiné les articles 1 à 16 du projet de dispositions législatives types (A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1). Il a prié le secrétariat d'établir une version révisée de ces articles tenant compte des avis exprimés lors du débat, pour examen à sa prochaine session.

21. Il a été noté que, sous réserve de la décision que prendrait la Commission à sa prochaine session, la trente-cinquième session du Groupe de travail se tiendrait à Vienne du 19 au 30 novembre 2001.

II. PRESCRIPTION DE LA FORME ÉCRITE POUR LA CONVENTION D'ARBITRAGE

A. Dispositions législatives types sur la forme écrite de la convention d'arbitrage

22. Le Groupe de travail a travaillé sur la base du projet de texte que le secrétariat a établi comme il le lui avait demandé à sa trente-troisième session (A/CN.9/485, par. 59). Ce texte se lit comme suit (A/CN.9/WG.II/WP.113, par. 14):

"Article 7. *Définition et forme de la convention d'arbitrage*

[*Premier paragraphe inchangé de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international:*]

1. "Une convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2. La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. [Afin d'éviter tout doute], la "forme écrite" comprend toute forme qui atteste l'existence de la convention ou est de toute autre manière accessible pour être consultable ultérieurement, y compris les messages de données électroniques, optiques ou autres.

3. [Afin d'éviter tout doute, l'exigence de l'écrit visée au paragraphe 2 est satisfaite] [La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite]

si

[la clause compromissoire ou les conditions d'arbitrage ou tout règlement d'arbitrage auxquels il est fait référence dans la convention d'arbitrage sont] [la clause compromissoire, qu'elle soit signée ou non, est]

sous forme écrite,

[Variante 1:] que le contrat ou la convention d'arbitrage séparée aient été conclus [sous une autre forme que la forme écrite] [verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite]
[Variante 2:] quelle que soit la forme sous laquelle les parties ont convenu de compromettre."

Paragraphe 1

23. Il y a eu accord général quant à la forme et à la substance du paragraphe 1, qui ne fait que reproduire l'article 7-1 de la Loi type.

Paragraphe 2

24. S'il y a eu accord général quant au fond de la disposition, la discussion a porté avant tout sur l'opportunité de conserver les mots entre crochets ("Afin d'éviter tout doute") et les derniers mots du paragraphe ("y compris les messages de données électroniques, optiques ou autres").

"[Afin d'éviter tout doute]"

25. On a été d'avis que ces mots étaient essentiels pour indiquer clairement que la règle de fond énoncée au paragraphe 2 ne visait pas à modifier toute interprétation large qui pourrait être facilement donnée, notamment par référence à la jurisprudence, à la notion "de forme écrite" en vertu soit de la Loi type, soit de la Convention de New York. On a déclaré que des précisions quant à la préservation des interprétations existantes de la notion de "forme écrite" revêtaient une importance particulière pour les pays qui n'adopteraient pas la version révisée de l'article 7 de la Loi type, ou pendant la période de transition précédant l'incorporation de cette disposition révisée dans le droit interne. En réponse, on a fait observer qu'une formulation du type "Afin d'éviter tout doute" était courante dans certains systèmes juridiques, mais inconnue dans la tradition juridique de bien des pays. Dans ces derniers, pareil libellé pourrait créer des difficultés d'interprétation quant à la nature du doute à éviter. Il a été proposé que les mots entre crochets soient remplacés par un libellé du type "sans limiter le caractère général de cette exigence". De l'avis général, toutefois, cette solution ne permettrait pas d'éviter l'objection susmentionnée.

26. Pour la majorité des membres du Groupe de travail, il fallait expliquer dans le guide pour l'incorporation du texte dans le droit interne que le paragraphe 2 ne visait pas à aller à l'encontre des interprétations existantes de la notion de "forme écrite". On a également exprimé le sentiment que l'inclusion de ces explications pourrait être réexaminée dans le contexte du paragraphe 3 et de l'instrument interprétatif relatif à l'article II-2 de la Conven-

tion de New York. Sous réserve de ces considérations, le Groupe de travail a décidé que les mots "[Afin d'éviter tout doute]" devaient être supprimés du paragraphe 2.

"y compris les messages de données électroniques, optiques ou autres"

27. La référence aux "messages de données électroniques, optiques ou autres" a suscité diverses préoccupations. L'une d'elles était que toute liste suivant les mots "y compris" risquait de soulever des difficultés d'interprétation quant à la question de savoir si elle était exhaustive ou restait ouverte et ne revêtait qu'un caractère descriptif. Une liste exhaustive risquait de limiter indûment le caractère général de la règle énoncée au paragraphe 2. Une autre préoccupation était que, si la référence aux "messages de données électroniques, optiques ou autres" s'inspirait clairement de l'article 2 *a* de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, elle s'écartait légèrement de la formulation de cette disposition et risquait donc de créer des difficultés d'interprétation. Autre motif de préoccupation, des notions telles que moyens de communication "électroniques" ou "optiques" risquaient de devenir rapidement obsolètes, soulevant ainsi les mêmes difficultés que les références au "télégramme et au télex" dans les instruments internationaux existants ou aux "lettres ou télégrammes" mentionnés dans l'article II-2 de la Convention de New York. En réponse, on a fait observer que du fait du caractère très général de notions telles que "messages électroniques ou optiques", il était difficile d'imaginer un progrès technologique d'une rapidité telle que ces notions deviendraient obsolètes.

28. En vue de répondre à certaines des autres préoccupations qui avaient été exprimées, il a été suggéré que, tout en conservant la référence aux techniques de commerce électronique, des mots tels que "entre autres", "y compris mais sans s'y limiter" ou "telle que, par exemple" devaient être ajoutés pour qu'il soit bien clair que la liste n'était donnée qu'à titre d'exemple et aux fins d'information. Il a également été suggéré que toute modification devrait tenir compte de l'utilisation, au paragraphe 2, du mot "comprend" dans un sens qui se voulait là aussi non exclusif. Après discussion, le Groupe de travail a adopté cette suggestion et a demandé au secrétariat d'établir un libellé approprié.

Paragraphe 3

29. Le Groupe de travail a rappelé que le paragraphe 3 s'inspirait de l'avis, qui avait largement prévalu à sa trente-troisième session, selon lequel la disposition législative type devrait reconnaître qu'il existe un certain nombre de pratiques contractuelles dans le cadre desquelles des conventions d'arbitrage orales sont conclues par référence aux clauses écrites d'une convention d'arbitrage et que dans de tels cas les parties peuvent légitimement considérer qu'il y a convention d'arbitrage ayant force obligatoire (voir le document A/CN.9/485, par. 40).

30. Pendant l'examen du projet, il y a eu assentiment général au sein du Groupe de travail sur le fait qu'une référence faite oralement à une clause compromissoire écrite exprimant une acceptation par les parties de recourir à l'arbitrage doit être considérée comme remplissant la condition de la forme écrite. Des avis divergents ont cependant été émis sur la question de savoir si une simple référence à des conditions d'arbitrage ou à un règlement d'arbitrage type remplissait cette condition. On a ainsi opiné qu'une simple référence de ce genre ne devrait pas être considérée comme remplissant la condition de l'écrit, la raison en étant que l'écrit auquel il était fait référence n'était pas la convention d'arbitrage elle-même, mais un ensemble de règles de procédure à suivre pour l'exercice de cet arbitrage. Selon cet avis, ces modalités devraient être tenues pour distinctes de la convention d'arbitrage proprement dite. Il a également été avancé qu'une approche de ce genre aurait pour effet de créer une discrimination à l'égard des arbitrages dans le cadre desquels les parties ont accepté de compromettre mais n'ont pas convenu d'un règlement ou de modalités particulières pour l'arbitrage. Pour cette raison, il a été suggéré que la condition de l'écrit n'était remplie que si la clause compromissoire, qu'elle soit signée ou non, était sous forme écrite. Selon l'avis prédominant, cependant, lorsqu'une convention d'arbitrage est orale, une référence à des modalités données d'arbitrage ou à un règlement d'arbitrage normalisé devrait être considérée comme remplissant la condition de la forme écrite, parce qu'elle exprime de façon suffisamment précise la façon dont l'arbitrage doit être conduit. On a également soutenu que si la loi applicable à la procédure d'arbitrage (comme le serait une loi inspirée par la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international) décrivait suffisamment en détail cette procédure, l'approche décrite ci-dessus n'introduirait pas de discrimination dans le cas où les parties sont convenues de compromettre mais ne se sont pas entendues sur un règlement d'arbitrage. Selon l'avis contraire, il n'était pas suffisant que les conditions d'arbitrage fussent sous forme écrite, mais il était préférable d'exiger que la convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. Dans la logique de cet avis, il a été suggéré d'adopter l'expression "[la clause compromissoire, qu'elle soit ou non signée]". On a argué en réponse que, dans le cas des contrats et dans la mesure où il est prescrit que ceux-ci soient sous forme écrite, cette exigence est à interpréter comme voulant dire qu'un accord verbal à se conformer à des accords écrits normalisés remplit la condition de la forme écrite. Toutefois, selon un avis qui a largement prévalu, il suffisait que la clause d'arbitrage se présente sous forme écrite, et cela que la convention d'arbitrage se présente elle-même sous forme écrite ou non. Il s'ensuivait que les mots "[la clause compromissoire, les conditions d'arbitrage ou tout règlement d'arbitrage auxquels il est fait référence dans la convention d'arbitrage sont]" devaient être préférés aux mots "[la clause compromissoire, qu'elle soit signée ou non]".

31. En faisant valoir l'avis dominant selon lequel les conventions d'arbitrage conclues oralement qui peuvent être liées à des clauses d'arbitrage écrites (même si ces clauses n'expriment pas effectivement l'acceptation par les parties de compromettre) devraient être considérées comme remplissant la condition de la forme écrite, on a avancé qu'il serait plus approprié de déclarer expressément que les conventions conclues oralement remplissent les conditions de forme ou que les conventions d'arbitrage peuvent être conclues sous des formes pouvant ou non reposer sur l'utilisation d'un document écrit. À l'opposé de cet avis, on a soutenu qu'il fallait préférer la formulation selon laquelle les conventions orales qui se réfèrent

à des clauses d'arbitrage écrites valent pour des conventions sous forme écrite, à la fois parce que l'article II de la Convention de New York prescrit que les conventions d'arbitrage doivent être sous forme écrite et parce qu'il fallait faire apparaître que cette formulation avait été retenue pour attester l'existence de certaines interprétations de la condition de l'écrit prévue par cet article plutôt que pour établir un nouveau régime juridique. Pour cette raison précise, il fallait aussi garder l'expression "afin d'éviter tout doute"; cette expression s'imposait afin de bien préciser que les interprétation souples de la condition de la forme écrite étaient justifiées au sens de la notion de convention écrite telle qu'elle ressort de l'article II de la Convention de New York. Il s'ensuivait que le libellé "[Afin d'éviter tout doute, l'exigence de l'écrit prévue au paragraphe 2 est satisfaite]" devait être préféré au libellé "[La convention d'arbitrage est sous forme écrite]".

32. On a émis l'avis que le paragraphe 3 créait une fiction juridique en disposant qu'une convention qui était en fait orale remplissait la condition de l'écrit. On a souligné qu'une disposition de ce genre produirait des effets considérables et qu'il convenait d'examiner attentivement ses conséquences. On a fait observer que le recours à ce genre de fiction constituait un procédé rédactionnel peu orthodoxe qui risquait d'accroître la difficulté de convaincre les organes législatifs d'incorporer la nouvelle disposition dans leur droit national. On a fait valoir que les juridictions étatiques pourraient soutenir que l'existence d'une convention d'arbitrage orale devait être prouvée, ce qui risquait de multiplier les incertitudes. Afin de répondre à certaines des préoccupations que pouvait susciter la création de la fiction juridique susmentionnée, on s'est largement accordé sur le fait que la formulation du paragraphe 3 devrait être aussi descriptive que possible. En conséquence, on a choisi la formulation de la variante 1 (à savoir "que le contrat ou la convention d'arbitrage séparée ait été conclu verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite"). On a estimé que cette formulation répondrait aux critiques selon lesquelles le projet n'était pas suffisamment transparent. Le Groupe de travail, après en avoir débattu, a adopté le texte de la variante 1.

Paragraphes supplémentaires à inclure dans une version révisée de l'article 7

33. Ayant achevé ses délibérations sur les paragraphes 1 à 3, le Groupe de travail a abordé la question de savoir si les paragraphes 4 à 7 de la version "longue" examinée à la fin de sa trente-troisième session (reproduite au paragraphe 52 du document A/CN.9/485) devraient être ajoutés au texte révisé de l'article 7. Le texte de ces paragraphes est le suivant:

"4) En outre, une convention est sous forme écrite si elle est contenue dans un échange de conclusions en demande et en réponse, dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

5) La référence dans un contrat à une clause compromissoire ne figurant pas dans le contrat constitue une convention d'arbitrage, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

6) Aux fins de l'article 35, les conditions d'arbitrage écrites, ainsi que tout écrit incorporant par référence ou contenant ces conditions constituent la convention d'arbitrage.

7) Parmi les exemples de circonstances dans lesquelles est satisfaite l'exigence d'une convention d'arbitrage sous forme écrite en application du présent article figurent notamment, mais non exclusivement, les suivants: *[Le secrétariat établira un texte fondé sur les débats du Groupe de travail.]*"

Paragraphe 4

34. On a émis l'avis que la teneur du paragraphe 4 ne traitait pas, en fait, de la question de savoir si la convention d'arbitrage remplissait la condition de la forme écrite prévue au paragraphe 1, mais de l'existence et de la validité d'une convention d'arbitrage issue d'un échange de conclusions en demande et en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention était alléguée par une partie et n'était pas contestée par l'autre. Selon cet avis, la teneur du paragraphe 4 devrait être déplacée à un autre endroit de la Loi type.

35. Des doutes ont été exprimés quant à l'utilité de la règle énoncée au paragraphe 4 du fait de la relative rareté des cas où aucune question sur l'existence de la convention d'arbitrage n'était soulevée avant le premier échange de conclusions en demande et en réponse.

36. On a largement estimé, cependant, que la teneur du paragraphe 4 était utile, qu'elle correspondait au texte actuel de l'article 7-2 de la Loi type, que la supprimer serait source d'incertitudes et qu'elle devrait également figurer dans le texte révisé. À l'issue de ses délibérations, le Groupe de travail a adopté le texte du paragraphe 4 sans modification.

Paragraphe 5

37. On a largement estimé que la teneur du paragraphe 5 était utile, particulièrement dans le cadre du commerce électronique, lequel reposait fortement sur la notion d'incorporation par référence. On a rappelé que le paragraphe 5 trouvait son origine dans le texte actuel de l'article 7-2 de la Loi type et qu'il devrait également figurer dans le texte révisé. À l'issue de ses délibérations, le Groupe de travail a adopté le texte du paragraphe 5. Sur le plan rédactionnel, le secrétariat a été prié de veiller à ce qu'il n'y ait pas de contradiction entre le texte du paragraphe 3 et celui du paragraphe 5.

Paragraphe 6

38. Conformément aux avis émis dans le cadre de l'examen du paragraphe 3, des préoccupations ont été exprimées quant à la notion de "conditions d'arbitrage". On a cependant convenu qu'étant donné la décision que le Groupe de travail avait prise sur le paragraphe 3, la formulation du paragraphe 6 — si ce paragraphe devait être retenu — devrait être compatible avec celle du paragraphe 3.

39. Le débat a tourné autour de la question de savoir si la teneur du paragraphe 6 relevait bien de l'article 7 ou s'il ne vaudrait pas mieux en débattre dans le cadre d'une

révision éventuelle de l'article 35 de la Loi type. On a exprimé l'avis que la définition de la "forme écrite" envisagée par le Groupe de travail serait incompatible avec l'obligation que l'article 35-2 impose à la partie qui demande l'exécution d'une sentence de "fournir l'original de la convention d'arbitrage mentionnée à l'article 7 ou une copie certifiée conforme". On a fait observer qu'en adoptant une définition de la "forme écrite" qui incluait un accord verbal le Groupe de travail avait rendu inopérantes dans la pratique les notions d'"original" et de "copie". On a cité des exemples de pays où l'obligation prévue à l'article 35 n'avait pas été incorporée dans la loi nationale sur l'arbitrage.

40. Cette proposition de modification de l'article 35 a suscité un intérêt considérable et a reçu l'appui d'un certain nombre de délégations, mais un autre avis a prévalu, selon lequel il serait prématuré de la part du Groupe de travail de prendre une décision tendant à ce que la teneur du paragraphe 6 figure dans l'article 7 ou dans une version remaniée de l'article 35. Le secrétariat a été prié d'étudier les incidences de cette proposition de révision de l'article 35 dans la perspective d'une reprise de son examen par le Groupe de travail à une session ultérieure. Il a été décidé qu'en attendant que cet examen ait lieu le texte du paragraphe 6 serait placé entre crochets.

Paragraphe 7

41. On a émis l'avis que le paragraphe 7 jouait un rôle utile et devrait être conservé à des fins pédagogiques. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, on alourdirait inutilement le texte de la Loi type et on le rendrait potentiellement dangereux si l'on y incluait une liste d'exemples de circonstances[9] dans lesquelles est remplie la condition de la forme écrite, car cela risquerait de créer des difficultés par rapport à la question de savoir si cette liste devait être interprétée comme étant exhaustive ou comme ayant été fournie à titre d'illustration seulement. À l'issue de ses délibérations, le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 7 ne devrait pas figurer dans le texte de l'article 7, mais que l'on pourrait en tenir compte dans la rédaction du guide de l'incorporation dans le droit national ou de tout autre document explicatif dont pourrait être assortie la disposition législative type.

[9]Ces exemples pourraient être fournis par les cas énumérés au paragraphe 3 du projet d'article 7 (voir A/CN.9/485, par. 23), tels que reformulés pour incorporer les avis exprimés au sein du Groupe de travail (ibid., par. 24 à 44):

Une convention d'arbitrage satisfait à la condition énoncée au paragraphe 2 si [ibid., par. 28 et 29]:

a) Elle est contenue dans un document convenu par les parties, qu'il ait ou non été signé par celles-ci; [ibid., par. 30];

b) Elle prend la forme d'un échange de communications écrites; [ibid., par. 30];

c) Elle est contenue dans l'offre ou la contre-offre écrite d'une partie, à condition que [, dans la mesure prévue par la loi ou l'usage,] le contrat ait été conclu par acceptation ou par un fait valant acceptation tel que l'exécution ou le défaut d'objection de l'autre partie; [ibid., par. 31 à 34];

d) Elle est contenue dans une [confirmation de contrat] [communication confirmant les clauses du contrat], à condition que, dans la mesure prévue par la loi ou l'usage, les termes de ladite confirmation aient été acceptés par l'autre partie, soit [expressément] [par référence expresse à la confirmation ou à ses termes], soit par défaut d'objection; [ibid., par. 35 et 36];

e) Elle est contenue dans une communication écrite adressée par un tiers aux deux parties et si la teneur de la communication est réputée faire partie du contrat; [ibid., par. 37];

f) Elle est contenue dans un échange de conclusions [en demande et en réponse] [sur le fond du litige] dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre; [ibid., par. 38];

g) Un contrat conclu [sous quelque forme que ce soit] [oralement] fait référence à [une clause compromissoire] [ou des conditions d'arbitrage], à condition que la référence soit telle qu'elle fasse [de cette clause] [de ces conditions] une partie du contrat. [ibid., par. 39 à 41].

B. Instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York

42. Le Groupe de travail a entrepris l'examen de l'avant-projet d'instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York tel qu'il apparaît au paragraphe 16 du document A/CN.9/WG.II/WP.113. L'avant-projet examiné par le Groupe de travail se lit comme suit:

"[Déclaration] relative à l'interprétation de l'article II-2 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York, le 10 juin 1958.

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

[1] *Rappelant* la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international,

[2] *Consciente* du fait que la Commission couvre les principaux systèmes économiques et juridiques du monde, ainsi que les pays développés et les pays en développement,

[3] *Rappelant* la résolution 55/151 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000, qui 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,

[4] *Consciente* de ce qu'elle est chargée d'encourager l'harmonisation et l'uniformisation progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,

[5] *Convaincue* que l'adoption généralisée de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a été une contribution essentielle au progrès de la légalité, en particulier dans le domaine du commerce international,

[6] *Notant* que la Convention a été élaborée compte tenu de pratiques commerciales internationales et de techniques de communication en usage à l'époque, [et que l'évolution de ces techniques dans le commerce international s'est faite parallèlement au développement du commerce électronique],

[7] *Notant également* que le recours à l'arbitrage international et son acceptation dans le commerce international se sont accrus et que, parallèlement à cette évolution, les attentes des participants au commerce international quant à la forme que peut prendre une convention d'arbitrage ont changé,

[8] *Notant en outre* l'article II-1 de la Convention, selon lequel "chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage", ainsi que l'article II-2 de la Convention, selon lequel "on entend par convention écrite une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes",

[9] *Préoccupée* par les différences d'interprétation de l'article II-2 de la Convention,

[10] *Rappelant* que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution dans laquelle il est dit, notamment, que la Conférence "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage, on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé...",

[11] *Considérant* que le but de la Convention, tel qu'il est exprimé dans l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, à savoir faire de l'arbitrage un moyen plus efficace de règlement des litiges de droit privé, exige que l'interprétation de la Convention [tienne compte des besoins de l'arbitrage commercial international] [tienne compte des transformations des techniques de communication et des pratiques commerciales],

[12] *Étant d'avis* qu'il faut tenir compte, pour l'interprétation de la Convention, de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi dans le commerce international,

[13] *Tenant compte* du fait que les instruments juridiques internationaux adoptés ultérieurement, comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, reflètent l'opinion de la Commission et de la communauté internationale selon laquelle la législation relative au commerce et à l'arbitrage devrait tenir compte des méthodes de communication et pratiques commerciales en évolution,

[14] *Convaincue* que l'interprétation uniforme de l'expression "convention écrite" est nécessaire pour renforcer la prévisibilité des transactions commerciales internationales,

[15] *Recommande* aux gouvernements d'interpréter la définition d'une "convention écrite" figurant à l'article II-2 de la Convention comme désignant [...]."

Observations générales

43. Le Groupe de travail a d'abord axé son examen sur la question du choix entre un instrument interprétatif et un amendement de la Convention de New York. Selon un avis, il était inapproprié d'avoir recours à un instrument de ce type pour déclarer que l'article II-2 de la Convention devait s'interpréter comme ayant le sens de l'article 7 de la Loi type tel que le Groupe de travail entendait le formuler. On a fait valoir que les projets de dispositions législatives types que le Groupe de travail examinait actuellement s'écartaient sensiblement de l'article II-2 en ceci, par exemple, que selon l'un d'eux un accord verbal faisant référence à des conditions d'arbitrage écrites serait réputé valide, alors qu'il ne le serait pas selon l'article II-2 de la Convention de New York telle qu'elle était interprétée dans certains systèmes juridiques. La position voulant que le seul moyen approprié d'atteindre l'objectif d'uniformité visé était d'amender la Convention elle-même a reçu un certain appui. C'est cependant un autre avis qui a prévalu, selon lequel le Groupe de travail devrait confirmer à nouveau la décision qu'il avait prise antérieurement à l'effet que la Convention de New York ne devrait pas être amendée (voir A/CN.9/485, par. 60). Il a été déclaré qu'un instrument déclaratif était un moyen approprié de recommander une interprétation uniforme de l'article II-2 de la Convention de New York, étant donné que dans certains États une interprétation souple de l'article II-2 était acceptée, tandis que dans d'autres une interprétation plus stricte dominait encore. L'objectif était d'étendre cette interprétation souple à tous les États, et la déclaration interprétative était considérée comme le moyen le plus approprié d'atteindre cet objectif sans amender la Convention.

Titre de la déclaration

44. Le titre a été jugé acceptable sur le fond. Quant à la forme, on a demandé au secrétariat de la revoir pour éviter que la date n'apparaisse comme celle de la déclaration plutôt que de la Convention. On a convenu qu'il faudrait supprimer les crochets entourant le mot "déclaration".

Alinéa 1

45. Le Groupe de travail a approuvé la teneur de l'alinéa 1.

Alinéa 2

46. Le Groupe de travail a approuvé la teneur de l'alinéa 2.

Alinéa 3

47. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa 3, sous réserve qu'il y soit indiqué que l'Assemblée générale a confirmé de façon répétée le mandat de la Commission en tant que principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international.

Alinéa 4

48. Le Groupe de travail a approuvé la teneur de l'alinéa 4.

Alinéa 5

49. Le Groupe de travail a adopté l'alinéa 5, sous réserve que l'adjectif "essentielle" y soit remplacé par l'adjectif "sensible".

Alinéa 6

50. On a émis l'avis que l'alinéa 6 ne devrait pas contenir de référence à l'évolution des pratiques commerciales, parce qu'il n'était pas sûr que ces pratiques eussent effectivement évolué après la Convention de New York. On a aussi émis l'avis que les références de l'alinéa 6 à l'évolution des pratiques et des techniques risquaient d'être interprétées comme une invitation à modifier l'article II-2, ce contre quoi le Groupe de travail s'était déjà prononcé. Pour cette raison, le Groupe de travail a décidé de supprimer l'alinéa 6, tout en faisant observer que l'évolution des techniques de communication devrait quand même être mentionnée à un autre endroit du préambule.

Alinéa 7

51. On a fait valoir que cet alinéa devrait être supprimé, car il risquait d'être interprété comme un appel à modifier l'article II-2. L'objectif de la déclaration, a-t-on rappelé, n'était pas de modifier la Convention, mais de proposer une interprétation uniforme de son article II-2. À l'opposé, et en rappelant l'avis déjà exprimé selon lequel il était impossible de donner à l'article II-2 de la Convention, si on le lisait tel qu'il était, le sens du projet de disposition législative envisagé par le Groupe de travail (voir par. 43 ci-dessus), il a été déclaré que cet alinéa répondait à la nécessité d'expliquer les mesures envisagées par le Groupe de travail.

52. Après un débat, le Groupe de travail a réaffirmé l'avis auquel il s'était rangé plus tôt, selon lequel le projet de déclaration n'avait pas pour but de modifier l'article II-2 de la Convention de New York mais d'en faciliter une interprétation uniforme; étant donné que l'alinéa 7 n'était pas nécessaire pour appuyer cette position, il a été décidé qu'il serait supprimé.

Alinéas 8 et 9

53. Bien qu'on ait fait observer que l'alinéa 8 se contentait de citer les paragraphes 1 et 2 de l'article II, on a estimé que cette citation n'était guère utile, car elle ne montrait pas les légères différences qui existaient entre les différentes versions linguistiques et qui étaient en partie à l'origine des différences d'interprétation de l'expression "convention écrite". On a décidé qu'il vaudrait mieux qu'un alinéa mentionne que les différences d'interprétation étaient dues en partie à des différences de formulation entre les versions linguistiques originales de la Convention, qui font toutes également foi. On a fait observer, par exemple, que la version anglaise de l'article II-2 employait le mot "*include*", duquel on pouvait inférer que, loin de définir de façon exhaustive les conditions à remplir par une convention d'arbitrage, cet article autorisait une interprétation plus extensive des façons dont la condition de forme qui y était énoncée pouvait être remplie. Par contre, d'autres versions linguistiques employaient des expressions dont il ressortait que l'article II-2 énumérait de façon exhaustive les conditions à remplir pour que la convention d'arbitrage soit valide. En outre, certains tribunaux avaient adopté une interprétation de l'article II-2 de la Convention de New York selon laquelle l'expression "une clause compromissoire insérée dans un contrat" devrait se lire indépendamment de l'expression "un compromis, signé [au singulier] par les parties ou contenu [au singulier] dans un échange de lettres ou de télégrammes". En séparant ainsi la clause compromissoire du compromis, ces tribunaux pouvaient donner une interprétation large et souple des conditions posées par l'article II-2 et reconnaître comme valides des clauses compromissoires figurant dans des contrats qui n'étaient ni signés par les deux parties ni contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes. D'autres tribunaux, par contre, avaient adopté une position selon laquelle l'expression "signés [au pluriel] par les parties ou contenus [au pluriel] dans un échange de lettres ou de télégrammes" imposait une condition qui s'appliquait tant à la clause compromissoire insérée dans un contrat qu'à un compromis séparé.

Alinéa 10

54. Le Groupe de travail a approuvé la teneur de l'alinéa 10.

Alinéa 11

55. Il a été décidé que l'alinéa 11 devrait être supprimé parce qu'il impliquait que l'instrument cherchait à modifier l'interprétation de l'article II-2.

Alinéa 12

56. On a suggéré de supprimer cet alinéa parce que, comme on l'avait déjà fait valoir, la déclaration revenait à amender l'article II-2 plutôt qu'à se contenter d'en encourager une interprétation uniforme (voir par. 43 ci-dessus), et qu'en conséquence cet alinéa ne devrait pas contenir de références à l'encouragement d'une interprétation uniforme. Cependant, rappelant qu'il avait décidé que l'instrument avait pour objectif de favoriser l'uniformité plutôt que de modifier la Convention, le Groupe de travail a décidé de conserver la teneur de l'alinéa 12.

57. Il a toutefois été décidé que les mots "et le respect de la bonne foi" seraient supprimés, au motif qu'ils n'avaient pas de rapport avec le but de la déclaration.

Alinéa 13

58. La teneur de l'alinéa 13 a été maintenue sous réserve qu'en soit éliminé le membre de phrase: "reflètent l'opinion de la Commission et de la communauté internationale selon laquelle la législation relative au commerce et à l'arbitrage devrait tenir compte des méthodes de communication et pratiques commerciales en évolution".

Alinéa 14

59. Le Groupe de travail a convenu de conserver l'alinéa 14, mais en remplaçant le mot "prévisibilité" par le mot "sécurité".

Dispositif (par. 15)

60. On a convenu d'un commun accord de supprimer les mots "aux gouvernements", au motif que ce seraient des juges et des arbitres, et non pas nécessairement des gouvernements nationaux, qui seraient invités à tenir compte de la déclaration. On a suggéré de remplacer le mot "Recommande" par le mot "Déclare", ce qui permettrait d'aligner le paragraphe du dispositif sur le titre de la déclaration. Il a été objecté à cette suggestion, qui a toutefois reçu un certain appui, qu'elle paraissait trop normative et risquait de passer pour une tentative d'influer directement sur les lois nationales inspirées par la Convention ou de dicter la façon dont celle-ci devait être interprétée. Dans ce contexte, on a mis en doute que la CNUDCI plutôt que la Conférence des États parties à la Convention de New York puisse s'estimer autorisée à donner de la Convention une interprétation qui fasse autorité. On a répondu que cela était conforme tant au droit des traités qu'au mandat général de la CNUDCI comme principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international. Ce point n'a pas été examiné plus avant à cette session.

61. En ce qui concerne le texte du dispositif, un certain nombre de délégations étaient d'avis qu'il fallait éviter tout ce qui pourrait laisser croire que la déclaration cherchait à imposer une interprétation nouvelle de la Convention de New York ou qu'elle dictait l'interprétation à donner à ses dispositions telles qu'elles avaient été incorporées dans les différents droits nationaux. Un avis contraire voulait que, dans la mesure où la déclaration entendait favoriser une interprétation de l'article II-2 de la Convention de New York conforme au projet d'article 7 révisé de la Loi type, elle serait considérée dans un certain nombre de pays comme favorisant une interprétation novatrice ou révolutionnaire de la condition de forme prévue à l'article II-2 de la Convention de New York. S'il n'est pas arrivé à un consensus sur ce point, le Groupe de travail n'en est pas moins tombé généralement d'accord que la déclaration n'aurait pas d'effet contraignant sur les gouvernements, les systèmes judiciaires ou les arbitres nationaux à qui elle était destinée. On a reconnu que son texte se contentait de refléter l'avis ou la conviction mûrement réfléchis de la Commission, qu'elle proposait à l'examen des personnes chargées d'interpréter l'article II-2, et notamment des juges et des arbitres.

62. Le Groupe de travail n'a pas arrêté de décision définitive sur la formulation du dispositif de la déclaration. Il a été demandé au secrétariat de préparer un texte contenant éventuellement des variantes reflétant les divers avis exprimés, pour examen à une future session.

63. À l'issue de son examen du texte et de discussions officieuses, le Groupe de travail a adopté le texte de projet de déclaration suivant:

"Déclaration relative à l'interprétation de l'article II-2 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York, le 10 juin 1958

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

[1] *Rappelant* la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international,

[2] *Consciente* du fait que la Commission couvre les principaux systèmes économiques et juridiques du monde, ainsi que les pays développés et les pays en développement,

[3] *Rappelant* les résolutions successives de l'Assemblée générale qui réaffirment 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,

[4] *Consciente* de ce qu'elle est chargée d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,

[5] *Convaincue* que l'adoption généralisée de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a été une contribution notable au progrès de la légalité, en particulier dans le domaine du commerce international,

[6] *Rappelant* que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution dans laquelle il est dit, notamment, que la Conférence "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé...",

[7] *Préoccupée* par les différences d'interprétation de l'article II-2 de la Convention, qui sont dues en partie à des différences de formulation dans les cinq textes de la Convention qui font également foi,

[8] *Soucieuse* d'encourager une interprétation uniforme de la Convention compte tenu de l'évolution des nouvelles technologies de la communication et du commerce électronique,

[9] *Convaincue* que l'interprétation uniforme de l'expression "convention écrite" est nécessaire pour renforcer la sécurité des transactions commerciales internationales,

[10] *Considérant* qu'il faut tenir compte, pour l'interprétation de la Convention, de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application,

[11] *Tenant compte* des instruments juridiques internationaux adoptés ultérieurement, comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique,

[12] [...] *[le paragraphe du dispositif sera rédigé par le secrétariat selon les indications données au paragraphe 62 ci-dessus].*"

III. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES RELATIVES À L'EXÉCUTION DES MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES

64. Le Groupe de travail a entrepris d'examiner le projet d'article 17 de la Loi type, qui contient une définition des mesures provisoires ou conservatoires, ainsi que des dispositions supplémentaires sur les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées dans le cadre d'une procédure non contradictoire. Le texte proposé à l'examen du Groupe de travail était le suivant:

"Projet d'article 17

Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires

[*Texte inchangé de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international:*] 1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire en ce qui concerne l'objet du différend. Le tribunal arbitral peut, à ce titre, exiger de toute partie le versement d'une provision appropriée.

2) Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire [qu'elle prenne la forme d'une sentence arbitrale ou une autre forme] ordonnée par le tribunal arbitral en attendant que soit rendue la sentence qui tranchera définitivement le litige. [Le tribunal arbitral peut, pour assurer l'efficacité de toute mesure de ce type, accorder la mesure sans en aviser la partie contre laquelle elle est ordonnée pendant une période ne dépassant pas [30] jours. Une telle mesure peut être prolongée après que cette partie a été avisée et qu'il lui a été donné la possibilité de réagir.]"

Paragraphe 1

65. Selon un avis, le paragraphe 1 était satisfaisant, puisqu'il donnait très largement latitude au tribunal arbitral d'ordonner les divers types de mesures provisoires ou conservatoires qu'il pourrait juger nécessaires. Toujours selon cet avis, le texte devrait être laissé tel quel et le guide pour l'incorporation dans le droit interne devrait peut-être expliquer la portée de cette disposition. On a fait observer à cet égard que le Groupe de travail avait décidé de préparer un texte non législatif de caractère empirique qui offrirait des orientations aux tribunaux arbitraux auxquels une partie demande d'ordonner une mesure provisoire ou conservatoire (voir les paragraphes 30 à 32 du document A/CN.9/WG.II/WP.111 et 104 à 106 du document A/CN.9/485). Selon un autre avis, cependant, l'expression "en ce qui concerne l'objet du différend" réduisait l'éventail des mesures provisoires ou conservatoires que pourrait ordonner le tribunal arbitral. Étant donné que ce paragraphe définissait le pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, il fallait se demander quelle serait la formulation la plus propre à définir ce pouvoir. Si cela s'avérait nécessaire, la formulation actuelle devrait être modifiée de façon à mieux préciser l'étendue de ce pouvoir.

66. Au cours du débat sur le pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, il a été suggéré d'ajouter des précisions sur les conditions ou les critères à remplir pour que soient ordonnées de telles mesures. On a également suggéré que le projet de disposition législative devrait énumérer de façon générale les types de mesures provisoires ou conservatoires visés. On a fait valoir que ces précisions (qui assureraient un fondement plus certain au pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires) étaient souhaitables parce qu'elles rendraient également plus facile à accepter l'obligation faite aux juridictions étatiques de faire respecter ces mesures. Selon un avis contraire, ces précisions étaient non seulement inutiles, mais encore dommageables, car le paragraphe 1 donnait très largement latitude aux tribunaux arbitraux d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires; or, en multipliant les détails, on courait le danger de limiter la liberté d'action du tribunal arbitral, de faciliter les contestations et de freiner le développement de l'arbitrage. Si des explications se révélaient nécessaires, c'était dans le guide pour l'incorporation dans le droit national qu'il convenait de les fournir.

67. Selon un autre avis encore, c'était dans la disposition législative type elle-même qu'il convenait d'inclure les critères et conditions à remplir pour que puissent être ordonnées des mesures provisoires ou conservatoires. Après un débat, il a été convenu que le secrétariat serait invité à définir les cas dans lesquels un tribunal arbitral pourrait ou devrait ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, ainsi que les conditions à remplir. Ces cas et conditions pourraient constituer un nouveau paragraphe 3, dont le Groupe de travail pourrait débattre à ses futures sessions. On a fait valoir qu'une telle liste devrait être présentée à titre d'illustration plutôt que comme une liste exhaustive. Plusieurs délégations ont cependant fait observer que même une liste présentée comme non exhaustive risquait d'être interprétée comme limitative et, partant, de réduire la liberté d'action des tribunaux arbitraux dans leur choix des types de mesures provisoires ou conservatoires à ordonner. Pour prévenir ce risque, on a suggéré qu'au lieu d'une liste détaillée le projet de texte devrait tenter d'énumérer des catégories générales selon le modèle offert par des instruments internationaux comme les Conventions concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matières civile et commerciale (Bruxelles, 1968, et Lugano, 1988). On a souligné que les dispositions législatives types devraient inclure une clause selon laquelle la partie sollicitant une mesure provisoire ou conservatoire devrait fournir une provision suffisante pour faire respecter cette mesure.

68. Le débat au sein du Groupe de travail n'ayant pas permis d'aboutir à une conclusion ferme, le Groupe a demandé au secrétariat de rédiger des textes avec variantes qu'il examinerait à une session future. Il convenait de faire en sorte que ces textes ne compromettent pas l'autonomie des tribunaux arbitraux tout en laissant une large marge d'autonomie aux parties. On a souligné que la prescription faite à la partie sollicitant les mesures provisoires ou conservatoires de verser une provision appropriée était essentielle si l'on voulait faciliter l'acceptation de la disposition. Il a été demandé au secrétariat de chercher des

exemples d'incorporation de l'article 17 dans le droit interne qui pourraient faciliter les délibérations futures sur la disposition.

Paragraphe 2

69. Le texte autorisant un tribunal arbitral à ordonner une mesure provisoire ou conservatoire dans le cadre d'une procédure non contradictoire (c'est-à-dire sans avoir avisé la partie contre laquelle la mesure est prise) a recueilli un large appui de principe. Bien que l'élément de surprise inhérent à des mesures conservatoires prises dans le cadre d'une procédure non contradictoire ait été jugé plus conforme à la nature des procès devant une juridiction étatique qu'à la philosophie et à la pratique de l'arbitrage, on a fait remarquer que l'expression "sauf convention contraire des parties" qui figurait au paragraphe 1 envisageait les cas de figure dans lequels les parties décidaient d'exclure la possibilité de recourir à des mesures conservatoires de ce type. Sous réserve d'une telle convention des parties, le but des dispositions législatives types devrait être d'instaurer autant que possible une parité entre les pouvoirs du tribunal arbitral et ceux de la juridiction étatique susceptible d'avoir à trancher le litige en question.

70. Toutefois, on s'est sérieusement demandé s'il était même acceptable d'évoquer dans les dispositions législatives types la possibilité de prendre des mesures dans le cadre d'une procédure non contradictoire. Les vives inquiétudes exprimées à ce sujet étaient motivées par le fait qu'une telle mesure avait des conséquences incalculables sur la partie contre laquelle elle était ordonnée et que la décision de l'ordonner pouvait être prise rapidement, sans qu'il y ait eu examen sur le fond. On a ajouté que ce type de mesures, de par sa totale nouveauté, n'avait pas encore fait ses preuves et présentait des risques réels pour les usagers commerciaux, de même qu'il pouvait avoir des retombées négatives sur des tiers. On s'est prononcé en faveur de la suppression de toute référence aux mesures conservatoires ordonnées dans le cadre d'une procédure non contradictoire dans le texte de la disposition législative type. On a fait remarquer que la position d'une juridiction étatique différait de celle d'un tribunal arbitral pour ce qui était de la force exécutoire des mesures conservatoires étrangères. L'application des dispositions législatives type à l'examen (voire de la Convention de New York) pouvait certes entraîner l'obligation d'appliquer les mesures conservatoires de protection étrangères ordonnées par le tribunal arbitral, mais elle ne s'imposait pas forcément de façon aussi contraignante pour les mesures conservatoires ordonnées par une juridiction étatique étrangère. Le Groupe de travail a été instamment invité à faire preuve d'une extrême prudence avant de donner une force obligatoire encore plus grande à ces mesures.

71. Après examen, l'avis général a été que l'acceptabilité de la reconnaissance expresse des mesures de protection ordonnées dans le cadre d'une procédure non contradictoire dépendrait en grande partie des garanties qui pourraient être offertes en ce qui concernait l'adoption et l'exécution de ces mesures, à l'article 17 et dans le nouvel article proposé.

72. On a vivement défendu le point de vue selon lequel, étant donné que ces mesures étaient ordonnées dans le cadre d'une procédure non contradictoire et qu'elles pouvaient avoir des conséquences extrêmement graves sur la partie contre laquelle elles étaient ordonnées, il était important de prévoir certaines garanties dans le texte envisagé. Ces garanties pouvaient consister à exiger de la partie demandant la prise de telles mesures qu'elle constitue une provision d'un montant suffisamment important pour éviter les demandes futiles, et que les mesures requises ne puissent être ordonnées que dans des circonstances exceptionnelles ou urgentes. Il a en outre été suggéré que la partie demandant que de telles mesures soient ordonnées soit obligée de divulguer en toute franchise tous les éléments d'information en sa possession, y compris ceux qui pourraient aller à l'encontre de sa requête. On a proposé de modifier le texte en remplaçant les mots "Le tribunal peut, pour assurer l'efficacité de toute mesure, accorder" par "Le tribunal peut, lorsque cela est nécessaire pour assurer l'efficacité de toute mesure de ce type, accorder", de façon à indiquer plus clairement que les mesures ordonnées dans le cadre d'une procédure non contradictoire sont l'exception plutôt que la règle. On s'est demandé s'il était bon de fixer à 30 jours la période pendant laquelle les mesures conservatoires pouvaient durer ou si la durée de cette période devait être fixée par les juridictions nationales.

73. On a également proposé différents moyens d'aborder la question de la force exécutoire des mesures conservatoires ordonnées dans le cadre d'une procédure non contradictoire. L'un des moyens suggérés consistait à reformuler comme suit le paragraphe 4 du nouvel article proposé pour tenir compte des préoccupations évoquées:

> "4) Le paragraphe 1 *a* iii ne s'applique pas à une mesure conservatoire ou provisoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle elle est invoquée ait été informée à condition que la mesure provisoire soit confirmée par le tribunal arbitral une fois que l'autre partie a été notifiée de l'ordonnance prise à son encontre et eu la possibilité de contester son maintien."

74. On a également suggéré d'inclure une disposition qui s'inspire des considérations suivantes:

> "Dans les cas où un tribunal arbitral ordonne une mesure conservatoire ou provisoire dans le cadre d'une procédure non contradictoire, la partie l'ayant sollicitée peut chercher à obtenir d'une juridiction étatique qu'elle la fasse exécuter soit à la suite d'un débat contradictoire, soit dans le cadre d'une procédure non contradictoire. Lorsque l'exécution est demandée dans le cadre d'une procédure non contradictoire, la juridiction étatique est libre de décider si les circonstances sont suffisamment urgentes pour qu'elle se prononce dans le cadre d'une procédure non contradictoire. Si la juridiction étatique décide que les circonstances justifient la procédure non contradictoire, elle se prononce sur la question de l'exécution en respectant les mêmes règles que pour la procédure contradictoire. Si elle décide d'ordonner l'exécution d'une mesure, sa décision est communiquée à l'autre partie et le tribunal arbitral est tenu de décider de l'annulation ou du maintien de la mesure conservatoire qu'il a ordonnée

à l'issue d'un débat contradictoire. Si, après avoir entendu les vues des deux parties, il se prononce pour le maintien de la mesure conservatoire, toute requête portant sur l'exécution de la mesure conservatoire par une juridiction étatique sera traitée de la même façon que toute autre mesure ordonnée à l'issue d'un débat contradictoire."

75. Après examen, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'élaborer le texte révisé du projet de dispositions, avec les variantes possibles, en vue de poursuivre son débat à une date ultérieure.

76. Le Groupe de travail a ensuite examiné un nouveau projet d'article portant sur l'exécution des mesures provisoires:

"Nouvel article: exécution de mesures provisoires ou conservatoires

1) Sur demande adressée à la juridiction étatique compétente par [le tribunal arbitral ou par] la partie intéressée avec l'approbation du tribunal arbitral, une mesure provisoire ou conservatoire visée à l'article 17 est exécutée, quel que soit le pays dans lequel elle a été ordonnée, mais la juridiction peut, selon son appréciation, refuser l'exécution si*:

a) La partie contre laquelle la mesure est invoquée fournit la preuve que:

i) Une juridiction étatique a été saisie d'une demande de mesure identique ou similaire dans le présent État, que cette juridiction ait ou non pris une décision au sujet de la demande; ou

ii) *[Variante 1]* La convention d'arbitrage visée à l'article 7 n'est pas valable *[Variante 2]* La convention d'arbitrage visée à l'article 7 semble ne pas être valable, auquel cas la juridiction étatique peut renvoyer la question de la [compétence du tribunal arbitral] [validité de la convention d'arbitrage] au tribunal arbitral, conformément à l'article 16 de la présente loi; ou

iii) La partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits relativement à la mesure provisoire ou conservatoire, [auquel cas la juridiction étatique peut suspendre la procédure d'exécution jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral]; ou

iv) La mesure provisoire ou conservatoire a été annulée, suspendue ou modifiée par le tribunal arbitral; ou

b) La juridiction étatique constate que:

i) Une telle mesure est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés par les règles de procédure, à moins qu'elle ne décide de la reformuler autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter; ou

ii) La reconnaissance ou l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire serait contraire à l'ordre public du présent État.

2) La partie qui cherche à faire exécuter une mesure provisoire ou conservatoire informe rapidement la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de cette mesure.

3) En reformulant la mesure en vertu du paragraphe 1 *b* i, la juridiction étatique ne modifie pas la teneur de la mesure provisoire ou conservatoire.

4) Le paragraphe 1 *a* iii ne s'applique pas à une mesure provisoire ou conservatoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle elle est invoquée ait été informée, à condition que la mesure ait été ordonnée pour être efficace pendant une période ne dépassant pas [30] jours et que son exécution soit demandée avant l'expiration de cette période."

*Les conditions énoncées dans le présent paragraphe visent à fixer des normes maximales. Le choix par un État de conditions moins strictes n'irait pas à l'encontre de la tentative d'harmonisation.

Paragraphe 1

"[le tribunal arbitral ou par]"

77. Le débat a essentiellement porté sur le point de savoir si l'on devait édicter expressément dans le projet de nouvel article que le tribunal arbitral pouvait demander à une juridiction étatique l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire. On a exprimé l'opinion selon laquelle il était inutile de mentionner que le tribunal arbitral ou l'une des parties pouvait demander cette exécution, puisque la juridiction étatique compétente statuerait sur l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire non seulement sur la base des dispositions législatives types, mais aussi compte tenu de toute autre loi applicable. On peut supposer que le droit interne indique qui a qualité pour demander l'exécution. On a donné des exemples de pays où la loi relative à l'arbitrage autorisait le tribunal arbitral lui-même à solliciter l'exécution dans un cas de ce genre. On a souligné qu'il serait inapproprié qu'une disposition législative type aille à l'encontre d'une telle législation. On a fait remarquer qu'une raison de plus pour supprimer le texte prévoyant la possibilité, pour le tribunal arbitral, de demander à une juridiction étatique l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire était que, dans la pratique, il serait difficile aux tribunaux de le faire.

78. Selon une opinion opposée, il serait contraire à l'esprit de l'arbitrage de permettre au tribunal arbitral de requérir l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire. On a indiqué que, en s'adressant à une juridiction étatique, le tribunal arbitral se substituerait à la partie en faveur de laquelle la mesure avait été ordonnée, compromettant ainsi son statut d'arbitre impartial et indépendant. Bien que cette opinion ait trouvé un certain écho, on n'en a pas moins souligné que, en sollicitant l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire qu'il avait lui-même ordonnée, le tribunal arbitral ne se substituerait pas à une partie, mais demanderait simplement à la juridiction étatique de l'aider afin que soit exécutée la mesure provisoire ou conservatoire qu'il avait lui-même adoptée en tant qu'arbitre impartial et indépendant. L'action du tribunal

arbitral à cet égard serait tout à fait compatible avec la décision qu'il avait prise de prononcer une mesure provisoire ou conservatoire. On a fait observer en outre que, dans certains pays et vu les circonstances, il est extrêmement difficile pour les parties elles-mêmes de demander l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire. Si on avait la certitude que le tribunal arbitral peut intervenir directement afin d'obtenir l'exécution de la mesure qu'il a lui-même ordonnée, l'arbitrage gagnerait beaucoup en efficacité dans ces pays.

79. À l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé que, pour faciliter la suite de la discussion, les termes "[le tribunal arbitral ou par]" seraient biffés mais que le guide pour l'incorporation ou peut-être une note de bas de page préciserait que cette règle ne prétendait pas s'appliquer à des situations dans lesquelles la loi applicable autorise le tribunal arbitral lui-même à requérir l'exécution. À cet égard, on a noté avec intérêt une proposition tendant à supprimer aussi bien la mention du "tribunal arbitral" que celle de "la partie intéressée".

"Exécutée"

80. On a posé la question de savoir s'il ne serait pas plus approprié de parler de "reconnaissance et exécution" que de se référer simplement à l'"exécution". À l'appui de cette opinion, on a dit que l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire par une juridiction étatique présupposait la reconnaissance par la même juridiction. On a souligné que la notion de reconnaissance, telle qu'elle résulte de la Convention de New York et de la Loi type, était plus large et que ses effets pouvaient aller au-delà de ceux de l'exécution. On a souligné également que la "reconnaissance" aux termes de l'article V de la Convention de New York n'était pas nécessairement adaptée à des mesures éphémères comme les mesures provisoires ou conservatoires. Néanmoins, après en avoir débattu, le Groupe de travail a décidé que, par souci de cohérence avec la Convention de New York et l'article 36 de la Loi type, on devrait utiliser les termes "reconnaissance et exécution".

"selon son appréciation"

81. Le débat a largement porté sur le point de savoir si le refus d'exécution devrait être obligatoire pour la juridiction étatique ou simplement discrétionnaire dans les diverses circonstances énoncées au paragraphe 1. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur les formulations quelque peu divergentes sur ce point que l'on trouvait à l'article 36-1 de la Loi type. On a exprimé l'opinion selon laquelle l'énumération des motifs de refus inspirée de l'article V de la Convention de New York pourrait conférer à la disposition un caractère beaucoup trop contraignant. À cela, on a répondu que le régime prévu dans le projet de disposition législative était plus souple que l'article V de la Convention de New York, ce qui se justifiait en raison de la nature éphémère des mesures provisoires ou conservatoires. À cet égard, on a dit que la disposition législative type pourrait tenir compte du fait que, pour ce qui était de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales, des régimes juridiques plus souples que celui qu'établissait la Convention de New York s'étaient instaurés dans le monde depuis 1958 et coexistaient avec la Convention. C'est pourquoi il était utile de se référer à des régimes plus souples, comme le faisait la disposition figurant à l'article VII de la Convention de New York. On était généralement d'avis que la note de bas de page afférente au projet de disposition législative était judicieuse sur ce point.

82. À l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé qu'il ne pouvait prendre de décision dès maintenant sur le point de savoir si la juridiction étatique aurait l'obligation de refuser l'exécution ou si elle pouvait user de son pouvoir discrétionnaire. On s'est accordé à penser que la question mériterait d'être discutée plus avant lorsqu'on aurait examiné les divers motifs justifiant le refus d'exécution aux termes des alinéas *a* et *b*.

Alinéa a *(texte introductif)*

83. Le Groupe de travail a approuvé dans sa teneur le texte introductif de l'alinéa. En dépit de l'opinion selon laquelle les mots "fournit la preuve" devraient être remplacés par "établit", il a décidé de conserver le texte actuel parce que la nouvelle formule suggérée pourrait avoir dans d'autres langues un sens moins précis que le présent texte et que celui-ci correspond à la formulation de l'article 36 de la Loi type et de l'article V de la Convention de New York.

Alinéa a *i*

84. Le Groupe de travail a noté que le sous-alinéa i s'appliquait à une situation dans laquelle une juridiction étatique recevrait une demande tendant à exécuter une mesure provisoire ou conservatoire alors qu'elle-même ou une autre juridiction de l'État était en train d'examiner ou avait examiné une demande identique ou similaire.

85. On a noté que le sous-alinéa portait sur un motif à l'égard duquel la juridiction étatique devrait avoir, dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire, la latitude de s'opposer ou non à l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire. On a indiqué que ce motif était le seul à l'égard duquel un pouvoir discrétionnaire était justifié, qu'à l'égard des autres motifs énumérés dans l'article aucun pouvoir discrétionnaire n'existait et que l'article devrait donc être remanié en conséquence.

86. On a fait valoir que la juridiction étatique traitant de la demande d'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire devrait tenir compte (ou être en mesure de tenir compte) des demandes de mesures provisoires ou conservatoires formulées non seulement "dans le présent État" (c'est-à-dire dans l'État ayant promulgué la disposition), mais aussi dans d'autres États. On a ajouté que la juridiction étatique devrait également pouvoir prendre en considération les requêtes en exécution de mesures provisoires ou conservatoires adressées à des juridictions du "présent État" et d'autres États. On a souligné, en guise de mise en garde, que le fait d'amener la juridiction étatique ou de l'obliger à tenir compte des demandes adressées à des juridictions étatiques siégeant hors du pays où l'exécution est requise risquait de retarder la procédure d'exécution et soulèverait des questions complexes sur les

effets qu'une procédure civile pourrait produire à l'étranger. Ces questions n'ont pas été résolues sur le plan de la procédure civile et il pourrait être contre-productif de les évoquer dans la disposition type à l'examen.

87. À ce point, le Groupe de travail a suspendu faute de temps, jusqu'à une session future, son débat sur l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires.

IV. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES RELATIVES À LA CONCILIATION

Article premier. *Champ d'application*

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

"1) Les présentes dispositions législatives types s'appliquent à la conciliation, telle que définie à l'article 2, si:

a) Elle est commerciale*;

b) Elle est internationale, tel que ce terme est défini à l'article 3;

c) Le lieu de la conciliation est situé dans le présent État.

2) Les articles ... s'appliquent également si le lieu de la conciliation n'est pas situé dans le présent État.

3) Les présentes dispositions législatives types s'appliquent, qu'une conciliation ait lieu à l'initiative d'une partie, en application d'une convention des parties, ou suite à une instruction ou une demande d'un tribunal ou d'une entité publique compétente.

4) Les présentes dispositions législatives types ne s'appliquant pas à: [...].

5) À moins que les présentes dispositions législatives types n'en disposent autrement, les parties peuvent convenir d'écarter ou de modifier l'une quelconque d'entre elles."

*Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes: toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

Paragraphe 1

Alinéa a

89. La teneur de l'alinéa *a* ainsi que celle de la note de bas de page* ont été jugées acceptables par le Groupe de travail.

Alinéa b

90. Le Groupe de travail a estimé que l'alinéa *b* devrait être examiné à la lumière du projet d'article 3.

Alinéa c

91. En ce qui concerne la structure de l'article premier, il a été fait observer que le critère de la territorialité devrait être cité comme le premier critère à prendre en considération pour déterminer l'applicabilité du projet de dispositions législatives. Une telle restructuration permettrait d'établir clairement que le critère de la territorialité a pour objet d'établir une règle supplétive qui déclencherait l'application des dispositions législatives types en l'absence d'autres critères visés au paragraphe 1, tels que le caractère international de la conciliation ou l'accord des parties d'opter pour le régime juridique défini dans les dispositions législatives types. Le Groupe de travail était dans l'ensemble favorable à cet avis.

92. Pour qu'il soit possible de déterminer avec plus de certitude quand les dispositions législatives types s'appliquent, il a été suggéré d'inclure au paragraphe 1 une disposition en vertu de laquelle les parties conviendraient librement du lieu de la conciliation et, faute de convention, il reviendrait au conciliateur ou au groupe de conciliateurs de déterminer ce lieu (voir A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 2). Le libellé ci-après a été proposé pour remplacer l'alinéa *c*: "Le lieu de la conciliation, tel que convenu par les parties, ou déterminé par le conciliateur, est situé dans le présent État". La teneur de la proposition a été considérée acceptable dans l'ensemble, sous réserve d'une restructuration éventuelle du paragraphe 1. D'un point de vue rédactionnel et pour bien souligner le caractère essentiellement consensuel de la conciliation (qu'elle conserve même lorsque le conciliateur doit intervenir pour en déterminer le lieu), il a été fait remarquer que le libellé suivant serait peut-être préférable: "Le lieu de la conciliation, tel que convenu par les parties, ou déterminé avec l'assistance d'un conciliateur, est situé dans le présent État".

93. De l'assentiment général, l'article premier devrait envisager les cas où le lieu de la conciliation n'a pas été convenu ou déterminé et où, pour d'autres raisons, il n'est pas possible de l'établir (par exemple lorsque la conciliation est effectuée au moyen de télécommunications). Ainsi, les critères d'applicabilité des dispositions législatives types pourraient être, par exemple, le lieu où est situé l'organisme qui administre la procédure de conciliation, le lieu de résidence du conciliateur, ou l'établissement commercial des deux parties si ce dernier est situé dans le même pays (ibid.). Le Groupe de travail est convenu dans l'ensemble que le secrétariat devrait tenir compte de ces critères en établissant le projet révisé d'article premier.

Paragraphe 2

94. Il a été rappelé que le paragraphe 2 avait pour objet d'indiquer si certaines dispositions (concernant par exemple la recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure, le rôle du conciliateur dans d'autres procédures ou la prescription) doivent produire des effets dans l'État adoptant même si la procédure de conciliation a eu lieu dans un autre État et n'est donc pas, d'une manière générale, régie par la loi du premier État (voir A/CN.9/485, par. 120 et 134). Quant au fond, le paragraphe

a été jugé acceptable dans l'ensemble. La question qu'il couvrait devrait peut-être être réexaminée à la lumière des décisions que le Groupe de travail devait encore prendre à propos des articles 11, 12, 13 et 14.

Paragraphe 3

"à l'initiative d'une partie"

95. Selon une opinion, comme la conciliation est par nature consensuelle, l'initiative d'une seule partie ne devrait pas suffire à engager la procédure, l'autre partie devant, à tout le moins, donner son accord. Il a été proposé de reformuler en ce sens le paragraphe 3.

"suite à une instruction ou une demande d'un tribunal ou d'une entité publique compétente"

96. Quant à savoir si la conciliation pouvait avoir pour origine une "instruction" ou une décision obligatoire, on a fait observer qu'il serait inconcevable dans certains pays qu'une juridiction étatique, ou quelque autre tierce partie, impose aux parties une procédure de conciliation. Celle-ci supposait en principe, et dans tous les cas, l'accord des deux parties. On a fait par ailleurs observer qu'en pratique tout mécanisme de conciliation qui serait imposé aux parties irait immanquablement à l'échec. Le Groupe de travail a pris note de ce point de vue, mais on a rappelé que la législation de plusieurs pays considérait la conciliation comme une phase nécessaire avant l'ouverture d'une action en justice. Selon d'autres codes de procédure, les juridictions étatiques ou d'autres entités administratives avaient le pouvoir de suspendre la procédure judiciaire et d'ordonner aux parties de tenter une conciliation avant de poursuivre leur litige. Dans d'autres régimes encore, les parties devaient être libres de décider et pouvaient, en fonction des circonstances, envisager une conciliation. On s'est accordé à penser que les dispositions législatives types devaient s'appliquer aussi aux cas de conciliation obligatoire.

97. Sur le plan de la forme, il a été proposé de restructurer le paragraphe 3 de façon à faire plus clairement apparaître qu'il vise trois cas: *a)* lorsque les parties se sont entendues pour recourir à la conciliation avant la naissance du différend (par exemple lorsque les dispositions générales d'un contrat prévoient que les différends éventuels seront réglés par voie de conciliation); *b)* lorsque les parties s'entendent pour recourir à la conciliation après la naissance du différend; et *c)* lorsque la procédure de conciliation est imposée aux parties par une juridiction étatique, un tribunal arbitral ou une entité administrative. Après débat, il a été décidé de demander au secrétariat de présenter une version révisée du paragraphe 3, inspirée des avis qui avaient été émis et couvrant tous les cas de conciliation, quelle que soit l'origine de la procédure.

Paragraphe 4

98. Sur le fond, le paragraphe 4 a paru d'une manière générale acceptable. On s'est accordé à penser que le guide d'incorporation aurait à illustrer et à expliquer les situations que le législateur de l'État adoptant considérerait vraisemblablement comme exceptionnelles et auxquelles les dispositions législatives types n'auraient pas à s'appliquer. Parmi les cas d'exclusion, il pourrait y avoir celui où le juge ou l'arbitre, pendant l'instance, mène lui-même une conciliation soit à la demande des parties en litige, soit dans l'exercice de ses prérogatives ou de son pouvoir d'appréciation. L'exclusion pourrait également s'appliquer dans le cas de négociations collectives entre des employeurs et des employés (A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, note 5).

Paragraphe 5

99. D'une manière générale, le paragraphe 5 a été jugé acceptable quant au fond. On a fait observer qu'indépendamment du fait que l'autonomie des parties était évoquée de manière générale dans ce paragraphe il était peut-être nécessaire de s'y référer encore dans plusieurs dispositions précises. Les membres ont reconnu que la question devait être étudiée davantage, dans le contexte des dispositions de fond du projet.

Article 2. *Conciliation*

100. Le texte du projet d'article 2 proposé à l'examen du Groupe de travail était ainsi conçu:

> "Aux fins des présentes dispositions législatives types, le terme "conciliation" désigne un processus [, qu'il porte le nom de conciliation, médiation ou un nom équivalent,] dans lequel des parties demandent à une tierce personne ou à un groupe de personnes, de les aider de manière indépendante et impartiale dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un contrat ou d'une autre relation juridique ou y étant lié."

101. Le Groupe de travail a rappelé que cette disposition avait pour objet d'énumérer les éléments entrant dans la définition de la conciliation, à savoir l'accord des parties, l'existence d'un litige, l'intention des parties de parvenir à un règlement amiable et la participation d'une tierce personne ou d'un groupe de personnes impartiales et indépendantes disposées à aider les parties à s'efforcer de trouver un règlement amiable. Le Groupe de travail a rappelé que ces éléments distinguaient la conciliation, d'une part, de l'arbitrage obligatoire et, d'autre part, de négociations se déroulant entre les parties ou les représentants des parties.

102. Il a été suggéré de biffer les mots "de manière indépendante et impartiale", car ils introduiraient un élément subjectif dans la définition. En outre, ils pourraient être interprétés comme imposant une condition juridique dont la violation aurait des conséquences qui iraient au-delà des dispositions législatives types; on pourrait même les interpréter erronément et y voir un élément dont dépendrait l'application ou la non-application des dispositions législatives types. On a dit qu'il n'était pas nécessaire d'introduire la formule "de manière indépendante et impartiale" dans la définition de la conciliation et qu'il suffisait de renvoyer à cette notion dans le projet d'article 6-5. En faveur du maintien de la formule, on a souligné qu'elle

était utile, car elle faisait bien ressortir la nature de la conciliation. Le Groupe de travail a décidé de placer les termes en question entre crochets et de prendre une décision à leur sujet à sa prochaine session.

103. Une autre suggestion consistait à remanier le projet d'article 2 de façon qu'il ne s'applique pas aux cas où le juge ou l'arbitre, pendant une instance, mènerait lui-même une conciliation soit dans l'exercice de ses prérogatives ou de son pouvoir d'appréciation, soit à la demande des parties en litige. On a indiqué que cette distinction pourrait fort bien être faite au paragraphe 4 de l'article premier. Selon une autre suggestion, il faudrait préciser dans le projet d'article 2 que le conciliateur n'a pas l'autorité voulue pour imposer aux parties une décision contraignante. Le secrétariat a été prié d'élaborer un projet tenant compte de ces divers éléments.

104. La formule placée entre crochets "[, qu'il porte le nom de conciliation, médiation ou un nom équivalent,]" a été favorablement commentée, car il en ressortait que la législation type s'appliquait indépendamment du nom donné au processus. On a fait observer qu'il serait possible d'utiliser en pratique des formes ou des techniques procédurales différentes afin de faciliter le règlement des litiges et que l'on pourrait, pour désigner ces formes et techniques, se servir d'expressions différentes. On s'est accordé à penser que la législation type devrait recouvrir toutes ces formes et techniques à condition qu'elles entrent dans le cadre du projet d'article 2.

Article 3. *Conciliation internationale*

105. Le texte du projet d'article 3 proposé à l'examen du Groupe de travail était ainsi conçu:

"1) Une conciliation est internationale si:

a) Les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou

b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement:

i) Le lieu de la conciliation;

ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit; ou

c) Les parties sont convenues [expressément] que l'objet de la convention de conciliation a des liens avec plus d'un pays.

2) Aux fins du présent article:

a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention de conciliation;

b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu."

106. On a exprimé des doutes sur le point de savoir si la conciliation nationale devrait être exclue des dispositions législatives types. On a fait observer que les problèmes à régler étaient en grande partie identiques dans tous les cas où l'on recourait à la conciliation en matière commerciale. En conséquence, on a suggéré de biffer la mention du caractère international de la conciliation, laissant ainsi aux États qui adoptaient la législation type la possibilité de limiter la portée de ses dispositions au moyen du paragraphe 4 de l'article premier). Selon une autre opinion, on pourrait fort bien régler la question du caractère international de la conciliation, comme cela a été fait dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. L'opinion dominante a été que les dispositions législatives types auraient plus de chance d'être acceptées si l'on ne cherchait pas à empiéter sur la conciliation nationale. On s'est accordé à penser que, à moins que les parties ne soient d'accord pour adopter le régime juridique institué par les dispositions législatives types, l'instrument devrait limiter sa portée à la conciliation internationale. On a donc conclu qu'il faudrait fournir un critère sur la base duquel déterminer le caractère international de la conciliation.

107. Le débat s'est centré sur le paragraphe 1 *c*. En ce qui concerne la structure de ce texte, on a été très généralement d'avis qu'il était inapproprié de combiner en un seul paragraphe un critère objectif comme le lieu de la conciliation et un critère subjectif comme l'accord des parties en vertu duquel elles choisissent le régime juridique institué par les dispositions législatives types. Pour ce qui est de la méthode suivie dans le projet pour évoquer l'accord des parties, on a souligné qu'il était artificiel d'envisager que les parties seraient convenues "que l'objet de la convention de conciliation a des liens avec plus d'un pays". On a été généralement d'avis que, si les parties désirent choisir les dispositions législatives types, elles devraient pouvoir le faire directement, par le jeu d'une déclaration appropriée figurant à l'article premier, et non au moyen d'une fiction concernant le lieu où est situé l'objet du litige. Selon une autre opinion, il était préférable d'inclure la disposition d'acceptation expresse dans la définition du terme "international", comme cela avait été fait dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

108. Sur le point de savoir si le terme "expressément" devait être maintenu, on a fait observer que, le processus de conciliation étant dépourvu de tout caractère officiel, les parties pourraient ne pas toujours considérer comme nécessaire de faire enregistrer la convention de conciliation dans un document officiel. Une formulation plus extensive devrait donc être trouvée. L'accord s'est fait largement cependant sur le maintien de l'adverbe "expressément". L'opinion dominante a été qu'il devrait être placé entre crochets pour permettre la reprise de la discussion à un stade ultérieur.

109. À l'issue du débat, il a été décidé de remanier le paragraphe 1 *c* de la manière suivante: "Les parties sont convenues [expressément] que les dispositions législatives types sont applicables". Il a été demandé au secrétariat de rédiger une nouvelle version comprenant cette formule et de l'insérer dans le projet de dispositions législatives types à un endroit approprié.

Article 4. *Début de la procédure de conciliation*

110. Le texte de l'article 4 proposé à l'examen du Groupe de travail était le suivant:

"1) La procédure de conciliation portant sur un litige particulier débute le jour où une invitation à la conciliation faite par l'une des parties est acceptée par l'autre partie.

2) Si la partie qui prend l'initiative de la conciliation n'a pas reçu de réponse dans les [trente] jours à compter de la date d'envoi de l'invitation, ou après l'expiration de tout autre délai spécifié dans cette invitation, elle peut choisir de considérer le défaut de réponse comme un rejet de l'invitation à la conciliation."

111. Il a été suggéré — et le Groupe de travail en est tombé d'accord — qu'il conviendrait d'harmoniser le paragraphe 1 du projet d'article 4 (rédigé exclusivement du point de vue des communications entre les parties) et le paragraphe 3 du projet d'article premier, qui prévoit que la conciliation peut avoir lieu suite à une instruction ou à une demande d'un organe de règlement des litiges tel qu'une juridiction étatique ou un tribunal arbitral.

112. S'agissant du paragraphe 2, une proposition tendant à faire courir la période de 30 jours à partir de la date de réception de l'invitation plutôt qu'à partir de la date d'envoi a reçu un certain appui. Elle a toutefois également suscité une opposition considérable au motif que la disposition s'inspirait de l'article 2-4 du Règlement de conciliation de la CNUDCI et qu'il était souhaitable que ces deux textes restent harmonisés. À cela s'ajoutait qu'il était plus facile pour l'expéditeur d'établir avec certitude la date d'envoi que la date de réception. On a objecté à cela que les moyens modernes de communication offrent suffisamment de moyens d'établir la date de réception.

113. On a suggéré que, vu précisément ces mêmes moyens modernes de communication, le délai de 30 jours devrait être ramené à deux semaines.

114. On a relevé que l'article 4 ne prévoyait pas les cas où une invitation à la conciliation était retirée après avoir été lancée, et on a suggéré qu'il conviendrait peut-être que ces cas soient prévus dans la disposition.

115. Le secrétariat a été prié de rédiger une nouvelle version de l'article 4 sur la base des délibérations du Groupe de travail. Comme le paragraphe 2 ne traitait pas du début de la procédure de conciliation, on a suggéré qu'il pourrait être inséré à un autre endroit du projet de disposition législative type. On a également fait valoir que le Groupe de travail ne devrait se prononcer définitivement sur le maintien de l'article 4 et sur sa teneur qu'après avoir examiné, en particulier, le projet d'article 11, et peut-être aussi le projet d'article 10.

Article 5. *Nombre de conciliateurs*

116. Le texte de l'article 5 proposé à l'examen du Groupe de travail était le suivant:

"Il y a un conciliateur, à moins que les parties ne conviennent qu'il y ait un groupe de conciliateurs."

117. La teneur du projet d'article 5 a reçu l'agrément du Groupe de travail.

Article 6. *Nomination des conciliateurs*

118. Le texte de l'article 6 proposé à l'examen du Groupe de travail était le suivant:

"1) Dans une procédure de conciliation avec un seul conciliateur, les parties s'efforcent de choisir d'un commun accord le conciliateur unique.

2) Dans une procédure de conciliation avec deux conciliateurs, chaque partie en nomme un.

3) Dans une procédure de conciliation avec trois conciliateurs ou plus, chacune des parties en nomme un et elles s'efforcent de choisir les autres d'un commun accord.

4) Les parties peuvent demander l'assistance d'une institution ou d'une personne qualifiée pour la nomination des conciliateurs. En particulier,

a) Une partie peut demander à une telle institution ou personne de recommander des personnes ayant les qualités requises pour servir de conciliateur; ou

b) Les parties peuvent convenir qu'une telle institution ou personne nommera directement un ou plusieurs conciliateurs.

5) En recommandant des conciliateurs ou en les nommant, l'institution ou la personne en question ont égard aux considérations propres à garantir la nomination d'une personne indépendante et impartiale et, dans le cas d'un conciliateur unique ou d'un troisième conciliateur, tiennent compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer une personne de nationalité différente de celle des parties."

119. On a suggéré qu'il devrait être prévu, dans cette disposition, que la nomination de chacun des conciliateurs soit subordonnée à l'agrément des deux parties. En effet, en laissant chacune des parties, dans les cas où il y a plus d'un conciliateur, nommer des conciliateurs sans consulter l'autre partie et chercher son accord, on risquait de créer une impression de partialité et, partant, d'affecter la confiance des parties à l'égard de la procédure de conciliation. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, la formule prévue par le texte actuel était plus pratique, permettait de lancer plus rapidement la procédure de conciliation et pourrait même en fait favoriser un règlement, dans la mesure où les deux conciliateurs nommés par les parties, agissant en toute indépendance et de façon impartiale, seraient mieux à même de clarifier les positions des parties et, par là même, d'améliorer les chances d'un règlement.

Article 7. *Conduite de la conciliation*

120. Le texte de l'article 7 proposé à l'examen du Groupe de travail était le suivant:

"1) Les parties déterminent [, par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base,] la manière dont la conciliation doit être conduite.

2) En l'absence de convention des parties sur la manière dont la conciliation doit être conduite, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des désirs que les parties peuvent exprimer et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige.

3) Le conciliateur est guidé par les principes d'objectivité, d'équité et de justice. [Sauf convention contraire des parties, le conciliateur peut tenir compte, entre autres, des droits et des obligations des parties, des usages dans la branche de commerce considérée et des circonstances du litige, y compris les habitudes commerciales qui se sont établies entre les parties].

[4) Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, faire des propositions en vue du règlement du litige.]

121. On s'est largement accordé pour que le paragraphe 1 soit aligné sur l'article 19 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et pour souligner que les parties avaient toute latitude de convenir de la manière dont la conciliation doit être conduite. Les mots figurant entre crochets ont été approuvés, sous réserve de l'élimination du mot "*standard*" dans la version anglaise. Une suggestion tendant à supprimer le paragraphe 1 et à faire dire au paragraphe 2 que le conciliateur devrait, après avoir entendu les observations des parties, être à même de décider de la manière dont la conciliation doit être conduite, n'a guère reçu d'appui.

122. On a fait observer que le paragraphe 2 (inspiré de l'article 7-3 du Règlement de conciliation de la CNUDCI) imposait au conciliateur de tenir compte, entre autres, des "désirs que les parties peuvent exprimer". Le Groupe de travail s'est demandé si le mot "désirs" était indiqué dans ce contexte et s'il ne s'en trouverait pas de plus indiqué, comme "vues", "attentes" ou "intentions". On a fait valoir que le mot "désirs" — et ses équivalents dans les autres langues — n'appartenait pas véritablement à la langue juridique. Le Groupe de travail a décidé qu'étant donné que ce mot figurait dans le Règlement de conciliation de la CNUDCI, on pouvait le conserver à défaut de trouver une expression plus appropriée.

Paragraphe 3

123. On a émis l'avis que le texte du paragraphe 3 n'était pas suffisamment homogène, car il juxtaposait une déclaration générale de principes censée inspirer la conduite du conciliateur dans sa première phrase et des conseils d'ordre plus pratique sur la manière dont devait être conduite la conciliation dans sa deuxième phrase. On a proposé que le texte se contente de refléter fidèlement le libellé de l'article 7-2 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, dont le paragraphe 3 était inspiré. Selon une autre proposition, les deux phrases devraient être intégrées aux dispositions législatives types, mais en tant que dispositions distinctes. Le Groupe de travail a examiné les deux phrases séparément.

Première phrase

124. La première phrase a été dans l'ensemble jugée acceptable sur le fond dans la mesure où elle promulguait des principes qui devraient de toute façon être énoncés une forme ou une autre dans les dispositions législatives types ou dans les textes explicatifs dont ces dispositions pourraient être assorties. On s'est cependant dit préoccupé de l'effet que pourrait avoir l'incorporation dans l'article 7, comme obligation légale, d'une phrase de ce genre. On a notamment déclaré que, du fait qu'elle offrait aux juridictions étatiques des critères à l'aune desquels juger la conduite des conciliateurs, la première phrase risquait de produire des effets indésirables en incitant les parties à essayer de faire annuler un éventuel accord de transaction en soumettant la procédure de conciliation à un contrôle judiciaire. Dans cette logique, il a été suggéré que la déclaration de principes serait plus à sa place dans le guide pour l'incorporation des dispositions législatives types. Toutefois, l'avis qui a prévalu voulait que l'on conserve la première phrase en tant que disposition de fond de l'instrument, afin d'offrir, notamment aux conciliateurs les moins chevronnés, des orientations par rapport à la procédure de conciliation. On a fait observer que le contrôle judiciaire des procédures de conciliation était peu fréquent et que l'adoption du Règlement de conciliation de la CNUDCI, qui comprenait des formules apparentées à la première phrase du paragraphe 3, n'avait pas multiplié les recours devant les tribunaux. On a estimé qu'il serait utile non seulement aux parties susceptibles de s'engager dans une conciliation, mais encore aux conciliateurs eux-mêmes de définir des principes directeurs. Selon une opinion, des principes directeurs étaient d'autant plus nécessaires dans de tels cas qu'il n'était procédé à aucun contrôle judiciaire de la procédure de conciliation, ce qui risquait de ne laisser aux parties comme seul recours que d'engager une action en justice fondée sur la responsabilité personnelle.

125. Pour ce qui est de la formulation de la première phrase, on a appelé l'attention du Groupe de travail sur les difficultés que pourrait faire naître l'emploi de termes comme "*fairness*", "équité" et "*equidad*" pour rendre la même notion dans les versions anglaise, française et espagnole. On a proposé, pour la version anglaise, le mot "*equity*" à la place ou en complément du mot "*fairness*". Cette proposition a suscité de fortes objections au motif que le mot "*equity*" risquait de susciter des difficultés considérables d'interprétation. Selon un autre avis, la référence à "l'équité et la justice" évoquait, dans certaines langues, le rôle d'un organe de décision (tel qu'un juge ou un arbitre) et non la fonction fondamentale d'un conciliateur, qui est d'aider les parties à négocier un accord de transaction. Dans cet esprit, on a proposé de remplacer les mots "*fairness and justice*" par "*impartiality and independence*". Il a été pris note de cette proposition avec intérêt. Selon un avis apparenté, la notion d'équité serait plus à sa place au paragraphe 2, qui traite d'un certain nombre de questions de procédure liées au déroulement de la procédure de conciliation. Après un débat, on est convenu de garder les mots "objectivité, équité et justice", au moins comme variante possible, dans l'intérêt de la cohérence avec les termes employés dans le Règlement de conciliation. Le secrétariat a été prié d'étudier la possibilité de formulations différentes sur la base des avis et des préoccupations qui avaient été exprimés.

Deuxième phrase

126. Dans la mesure où les facteurs énumérés dans la deuxième phrase concernaient des éléments dont l'accord de transaction devrait tenir compte sur le fond, on s'est accordé à penser qu'ils seraient plus à leur place — en même temps, le cas échéant, que d'autres facteurs tels que les intérêts commerciaux des parties — dans le guide pour l'incorporation des dispositions législatives types dans le droit interne.

Paragraphe 4

127. Des doutes ont été exprimés quant à l'utilité de ce paragraphe. On a fait valoir qu'on pouvait très bien supprimer le paragraphe 4, sans empêcher pour autant le conciliateur de faire des propositions en vue du règlement du litige s'il le souhaitait. On a également fait valoir que, dans certains cas, le fait, pour un conciliateur, de faire de telles propositions pourrait produire un effet contraire à l'effet désiré. De même, on a suggéré que, d'un point de vue pédagogique, il pourrait être maladroit d'appeler l'attention de conciliateurs de moindre expérience sur ce genre d'initiatives. Ces arguments nonobstant, il a été décidé que le paragraphe 4 devrait être débarrassé de ses crochets et que sa teneur devrait être sauvegardée dans le texte du projet d'article 7, étant donné l'importance que revêtaient les propositions du conciliateur dans la pratique de la conciliation telle qu'elle s'était développée dans certains pays.

Article 8. *Communications entre le conciliateur et les parties*

128. Le texte du projet d'article 8 proposé à l'examen du Groupe de travail était le suivant:

> "Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément."

129. Le Groupe de travail s'est dit dans l'ensemble satisfait du projet d'article 8 quant au fond. On a suggéré que ce projet d'article pourrait être l'endroit idoine où énoncer le principe selon lequel le conciliateur devrait accorder un traitement égal aux deux parties. Si l'esprit de cette proposition a emporté l'adhésion générale, on n'en a pas moins mis en garde contre le danger d'introduire dans le projet d'article 8 une disposition de fond qui risquait d'ouvrir la voie à un formalisme excessif. On a ainsi souligné, par exemple, qu'il ne convenait pas que le conciliateur comptabilise le temps passé à communiquer avec chacune des parties en vue de s'assurer qu'il consacrait un temps égal à l'une et à l'autre. Après un débat, on est dans l'ensemble tombé d'accord que la question de l'égalité de traitement des deux parties par le conciliateur serait plus à sa place dans le projet d'article 7. Le secrétariat a été prié de rédiger un libellé à cet effet à inclure dans le projet d'article 7. On a appelé l'attention du secrétariat sur l'importance d'éviter toute formulation qui pourrait introduire une confusion entre les notions d'"égalité de traitement" et d'"équité".

Article 9. *Communication de renseignements*

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

> "[*Variante 1.*] Lorsque le conciliateur ou le groupe de conciliateurs reçoit d'une partie des informations concernant le litige, il peut en révéler le contenu à l'autre partie afin que celle-ci soit en mesure de lui fournir toute explication qu'elle juge utile. Toutefois, [les parties peuvent convenir d'autres dispositions, notamment prévoir que] le conciliateur ou le groupe de conciliateurs ne doit pas dévoiler une information reçue d'une partie lorsque celle-ci la lui fournit sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle.
>
> [*Variante 2.*] Sauf convention contraire des parties, aucune information communiquée en privé par une partie au conciliateur ou au groupe de conciliateurs à propos du litige ne peut être dévoilée à l'autre partie sans le consentement exprès de la partie qui l'a fournie."

131. Certains se sont déclarés favorables à la variante 2. En l'absence de convention contraire, exiger du conciliateur qu'il maintienne le caractère strictement confidentiel des informations communiquées par une partie était le seul moyen de garantir la sincérité et la transparence des communications au cours de la procédure de conciliation. Ce devoir de confidentialité serait conforme à la pratique de certains pays en matière de conciliation. Afin d'introduire une certaine souplesse dans le libellé de la variante 2, on a proposé de remplacer la référence au "consentement exprès" de la partie qui a fourni l'information par la simple mention du "consentement" de cette partie. Dans le même ordre d'idées, il serait peut-être nécessaire de prévoir certaines exceptions à la règle générale de la variante 2, par exemple lorsque des questions de droit pénal risquent d'être mises en jeu.

132. Néanmoins, l'opinion qui a largement prévalu était que la variante 1 garantissait bien mieux la circulation des informations entre les divers intervenants de la procédure de conciliation. Il a été souligné qu'exiger le consentement de la partie qui a fourni l'information avant que cette information ne soit communiquée à l'autre partie par le conciliateur serait excessivement formaliste, contraire à la pratique établie dans de nombreux pays telle que l'article 10 du Règlement de conciliation de la CNUDCI la reflétait, et susceptible de paralyser toute la procédure de conciliation. En ce qui concerne le libellé de la variante 1, de l'avis général, le membre de phrase "afin que celle-ci soit en mesure de lui fournir toute explication qu'elle juge utile" était superflu ou introduisant un formalisme inutile; il était donc préférable de le supprimer. En outre, il a été convenu que le membre de phrase "les parties peuvent convenir d'autres dispositions, notamment prévoir que" serait supprimé de la deuxième phrase de la variante 1, afin de garantir que la règle de la confidentialité s'applique dans tous les cas, même sans l'accord exprès des parties.

133. On s'est demandé s'il ne serait pas préférable de se référer à la notion d'"informations de fait" telle qu'elle est visée à l'article 10 du Règlement de conciliation de la CNUDCI, plutôt que d'utiliser le terme "informations"

dans la variante 1. La réponse générale a été que la notion plus large d'"informations" était préférable dans le contexte d'une disposition réglementaire, laquelle devrait couvrir toutes les informations pertinentes communiquées par une partie au conciliateur, et qu'elle permettrait d'éviter toute difficulté d'interprétation de ce que peut être une information "de fait".

134. D'une manière générale, il a été décidé que, lors de l'établissement du guide d'incorporation, il serait précisé à propos de l'article 9 que la notion d'"informations", au sens de cet article, devait être interprétée comme couvrant également les communications qui ont eu lieu avant que la procédure de conciliation ne soit effectivement engagée.

Article 10. *Fin de la procédure de conciliation*

135. Le texte du projet d'article 10 examiné par le Groupe de travail se présentait comme suit:

"La procédure de conciliation prend fin:

a) Par la signature de l'accord de transaction par les parties, à la date de l'accord;

b) Par une déclaration écrite du conciliateur, après consultation des parties, constatant que de nouveaux efforts de conciliation ne sont plus justifiés, à la date de la déclaration;

c) Par une déclaration écrite adressée au conciliateur par les parties en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration; ou

d) Par une déclaration écrite adressée par une partie à l'autre partie et, si un conciliateur a été nommé, à ce dernier, en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration."

136. Ce libellé a été approuvé, mais plusieurs modifications de forme ont été proposées. Pour ce qui est de l'alinéa *a*, la proposition de la note 23 du document A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1, tendant à remplacer les mots "la signature" par "la conclusion" pour mieux tenir compte du commerce électronique, a été appuyée. Par ailleurs, on a fait observer que l'alinéa *b* n'était pas d'application évidente lorsque la procédure de conciliation était menée par un groupe de conciliateurs, et qu'un seul ou plusieurs des membres du groupe, mais non l'ensemble de celui-ci, déclaraient que la procédure de conciliation était finie. Le Règlement de conciliation de la CNUDCI prévoyait que lorsqu'il y en a plusieurs les conciliateurs doivent, en règle générale, agir conjointement. Selon un membre, l'alinéa *b* devait être reformulé de manière à préciser que la déclaration qui y est prévue doit être faite par l'ensemble du groupe de conciliateurs, mais l'opinion générale a été qu'il s'agissait là d'une question de forme au sujet de laquelle le secrétariat a été prié de faire des propositions dans la prochaine version du projet.

Article 11. *Prescription*

137. Le projet d'article 11 examiné par le Groupe de travail se présentait comme suit:

"[1) Lorsque débute la procédure de conciliation, le délai de prescription relatif à la demande soumise à la conciliation cesse de courir.

2) Lorsque la procédure de conciliation a pris fin sans qu'un règlement soit intervenu, le délai de prescription recommence à courir à compter du moment où la conciliation s'est achevée sans règlement.]"

138. Cette disposition a été soutenue dans une certaine mesure: sur le plan pratique, elle offrait en effet une solution simple et utile dans de très nombreux cas et elle rendait la conciliation d'autant plus tentante qu'elle sauvegardait les droits des parties sans les encourager à entamer une procédure accusatoire. Toutefois, un grand nombre de délégations se sont fortement opposées au projet d'article. Parmi les raisons invoquées pour le supprimer, il y avait le fait qu'il n'était pas indispensable pour protéger les droits du plaignant (puisque, selon le paragraphe 1 de l'article 14, celui-ci peut entamer une procédure arbitrale ou judiciaire dans le simple but de sauvegarder ses droits); le fait qu'il serait sans effet en dehors de l'État adoptant; le fait qu'il serait difficile à incorporer dans les codes de procédure nationaux qui abordent la question sous un angle radicalement différent (ainsi, dans certains systèmes juridiques, une telle disposition ne produit que des effets de procédure, alors que d'autres la considéreront comme une règle juridique de fond). Une autre raison encore de supprimer l'article 11 était qu'il compliquerait la mise au point finale de certaines autres dispositions types, comme celles qui définissaient la conciliation ou fixaient le début et la fin de la procédure. Si l'on maintenait l'article, il faudrait reformuler ces dispositions, ce qui risquait de rendre le projet moins acceptable. On a également soutenu, pour justifier sa suppression, que cet article, sous sa forme actuelle, restait vague quant à la manière dont il s'appliquerait dans les affaires dans lesquelles il était recouru à la conciliation pour un aspect seulement du litige opposant les parties. Après débat, cependant, le Groupe de travail, considérant qu'il serait prématuré de supprimer l'article 11, a décidé de le conserver provisoirement, entre crochets, pour reprendre plus tard le débat. Si, en fin de compte, l'article était conservé, il faudrait préciser s'il a pour effet d'interrompre ou simplement de suspendre l'écoulement du délai de prescription.

Article 12. *Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure*

139. Le projet d'article 12 examiné par le Groupe de travail se lisait comme suit:

"1) [Sauf convention contraire des parties,] une partie qui a participé à la procédure de conciliation [ou un tiers] ne peut évoquer ni proposer comme élément de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire, liée ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation:

a) Les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie à la conciliation à l'égard [des questions en litige ou] d'une solution éventuelle du litige;

b) Les faits admis par les deux parties au cours de la procédure de conciliation;

c) Les propositions présentées par le conciliateur;

d) Le fait qu'une partie à la conciliation a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition de transaction présentée par le conciliateur.

2) La divulgation des informations visées au paragraphe 1 du présent article ne peut être ordonnée par le tribunal arbitral ou par le tribunal [que la procédure arbitrale ou judiciaire se rapporte ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation sauf si une telle divulgation est autorisée ou requise par la loi qui régit la procédure arbitrale ou judiciaire].

3) Lorsque des éléments de preuve ont été présentés en contravention aux dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral ou le tribunal traite ces éléments comme irrecevables.

4) Les éléments de preuve qui sont recevables dans une procédure arbitrale ou judiciaire ne deviennent pas irrecevables du seul fait qu'ils ont été utilisés dans une conciliation."

140. D'une manière générale, le Groupe de travail s'est déclaré en faveur de l'intention fondamentale du projet d'article 12, qui était conçu pour favoriser la franchise et la sincérité des discussions pendant la conciliation en interdisant d'utiliser dans une autre procédure les informations énumérées au paragraphe 1. Un bon nombre de membres se sont déclarés en faveur du maintien des mots "ou un tiers", car il fallait veiller à ce que les personnes qui, outre les parties, participent à la procédure (par exemple les témoins ou les experts) soient également tenues par le paragraphe 1. Des doutes ont été exprimés quant à l'opportunité d'imposer à un tiers (notion qui peut avoir une acception très large) l'obligation fixée dans ce paragraphe, en particulier si les parties à la procédure restaient maîtresses du degré d'obligation ainsi imposée à ce tiers (en vertu du membre de phrase "Sauf convention contraire des parties"). On a fait observer que la procédure de conciliation pouvait se poursuivre même dans les cas où le paragraphe 1 venait à s'appliquer; pour rendre compte de cette éventualité, on pouvait, entre autres solutions, reformuler le passage pertinent de la disposition de la manière suivante: "le litige faisant *ou ayant fait* l'objet de la procédure de conciliation".

141. Quant au champ d'application de la règle de recevabilité fixée à l'article 12, il a été proposé d'établir l'équilibre voulu entre les moyens de preuve qui devaient être visés par cette disposition et ceux qui n'en relevaient pas en supprimant le membre de phrase "des questions en litige ou", en remplaçant les termes "les faits admis" par "les déclarations ou les faits admis" et en conservant la teneur du paragraphe 4. L'idée que même si les éléments d'information visés au paragraphe 1 étaient produits avant la procédure de conciliation et en prévision de celle-ci, ils devaient être aussi couverts par l'article, a été appuyée. On s'est accordé à penser que s'il y avait le moindre doute sur le fait que cette disposition s'appliquait aux éléments de preuve aussi bien oraux qu'écrits, il convenait de bien préciser que l'article s'appliquait à toute information et à tout élément de preuve, quelles qu'en soient les formes.

Article 13. *Rôle du conciliateur dans d'autres procédures*

142. Le texte du projet d'article 13 examiné par le Groupe de travail se lisait comme suit:

"1) Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ne peut remplir les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative au litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation.

2) Le témoignage du conciliateur concernant les faits visés au paragraphe 1 de l'article 12 n'est pas recevable dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation.

3) Les paragraphes 1 et 2 sont également applicables à un autre litige né du même contrat [ou d'un autre contrat faisant partie d'une transaction commerciale unique] [ou de la même transaction ou action] [ou de tout autre contrat connexe]."

143. L'intention générale de l'article 13 a été approuvée, sous réserve des propositions suivantes: le champ d'application de l'interdiction fixée au paragraphe 2 devait être étendu au témoignage du conciliateur attestant qu'une partie avait agi de mauvaise foi dans la conciliation; et au paragraphe 2, les mots "les faits" étaient à remplacer par des mots comme "les questions" ou "l'information". Selon un membre, l'expression "témoignage du conciliateur" était peut-être trop étroite dans le contexte du paragraphe 2, et il était préférable de dire "élément de preuve apporté par le conciliateur". On a fait observer que le paragraphe 1 de l'article 12 s'appliquait aux procédures judiciaires et arbitrales, qu'elles soient liées ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation, tandis que le paragraphe 2 de l'article 13 avait un champ d'application plus restreint, puisqu'il y était question de procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation. Il a été proposé de reprendre la réflexion sur les relations entre les deux dispositions.

144. Pour ce qui est du paragraphe 3, c'est la plus générale des trois variantes proposées qui a été le mieux accueillie, c'est-à-dire la formule "ou de tout autre contrat connexe". Bien que ce ne fût pas une objection, un membre a fait remarquer que le mot "*related*" utilisé dans la version anglaise et ses équivalents dans certaines autres versions avaient un sens complexe et avaient été à l'origine de difficultés d'interprétation.

145. Le secrétariat a été prié de préparer une version révisée de l'article en tenant compte des observations faites en séance.

Article 14. *Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire*

146. Le texte du projet d'article 14 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"1) [Les parties ne peuvent entamer, au cours de la procédure de conciliation, aucune procédure arbitrale

ou judiciaire relative à un litige faisant l'objet de la procédure de conciliation, et un tribunal ou un tribunal arbitral donne effet à cette obligation. L'une ou l'autre des parties peut néanmoins entamer une procédure arbitrale ou judiciaire, lorsque, à son avis, elle est nécessaire pour sauvegarder ses droits. L'ouverture d'une telle procédure ne doit pas être réputée en soi mettre fin à la procédure de conciliation.]

2) [Dans la mesure où les parties se sont expressément engagées à n'entamer [pendant un certain délai ou jusqu'à la survenance d'un fait] aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par le tribunal ou le tribunal arbitral [jusqu'à ce que les conditions de l'accord aient été remplies]].

[3) Les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article n'empêchent pas une partie de s'adresser à une autorité de nomination afin de lui demander de nommer un conciliateur.]"

147. Le paragraphe 1 a reçu un certain appui quant au fond. On a fait observer qu'il serait toujours utile même si le projet d'article 11, qui envisage l'effet de la conciliation sur la prescription, devait être maintenu (car le requérant peut souhaiter entamer une procédure arbitrale ou judiciaire pour un autre motif que la suspension du délai de prescription).

148. Le paragraphe 2 a également reçu un certain appui quant au fond, notamment les mots entre crochets à l'intérieur du paragraphe. On a estimé que le consentement des parties à recourir à une procédure de conciliation devait être contraignant pour elles, en particulier lorsqu'elles sont expressément convenues de ne pas entamer de procédure contradictoire avant d'avoir tenté de régler leur litige par voie de conciliation.

149. On a souligné que le paragraphe 1, qui autorise le recours à une procédure arbitrale ou judiciaire dans certaines circonstances, et le paragraphe 2, qui ne permet pas d'entamer une procédure arbitrale ou judiciaire tant que la conciliation n'est pas terminée, avaient des intentions contradictoires et que l'articulation entre ces deux dispositions devait être harmonisée et précisée.

150. On a noté que le terme "un conciliateur" figurant au paragraphe 3 devait se lire "un arbitre".

Article 15. *Arbitre faisant office de conciliateur*

151. Le texte du projet d'article 15 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"Il n'est pas incompatible avec les fonctions d'un arbitre que celui-ci pose la question d'une éventuelle conciliation et, dans la mesure où les parties en conviennent, participe aux efforts en vue de parvenir à un règlement concerté."

152. Selon une opinion, le projet d'article 15 devait être supprimé, car il visait des décisions qui pouvaient être prises pendant la procédure arbitrale plutôt que pendant la procédure de conciliation. Cela étant, s'il devait rester, il serait mieux venu dans les dispositions législatives relatives à l'arbitrage. De plus, il a été rappelé que, lors du débat consacré au paragraphe 4 du projet d'article premier, le Groupe de travail avait envisagé d'exclure du champ d'application du projet les cas où un arbitre ferait office de conciliateur dans l'exercice de ses prérogatives ou de son pouvoir d'appréciation (voir par. 98 ci-dessus). Si cela devait être le cas, le projet d'article pourrait être supprimé. Toutefois, si le projet devait également couvrir les cas où un arbitre, dans le courant de la procédure arbitrale, décide de faire office de conciliateur, l'article 15 conserverait sa pertinence quant au fond, auquel cas on pourrait, comme cela a été proposé, exprimer ses intentions à l'article premier. L'idée qu'un arbitre puisse faire office de conciliateur si les deux parties en convenaient n'a soulevé aucune objection. Le secrétariat a été prié d'établir un projet, avec éventuellement d'autres solutions, tenant compte des avis exprimés lors du débat.

Article 16. *Force exécutoire de la transaction*

153. Le texte du projet d'article 16 examiné par le Groupe de travail était le suivant:

"Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement du litige et qu'un accord de transaction obligatoire est signé par les parties et le conciliateur ou le groupe de conciliateurs, cet accord est exécutoire [*l'État adoptant insère ici les dispositions précises relatives à la force exécutoire de telles transactions*]."

154. Il a été rappelé que les solutions législatives relatives à la force exécutoire d'accords de transaction conclus dans le cadre d'une procédure de conciliation étaient très différentes. La législation de certains États ne prévoyait pas de dispositions particulières relatives à la force exécutoire de tels accords, lesquels étaient donc soumis au même régime d'exécution que tout contrat entre les parties. Ce principe avait été réaffirmé dans certaines législations relatives à la conciliation.

155. Toutefois, certaines lois prévoyaient une procédure accélérée d'exécution de tels accords de transaction. L'institution d'une telle procédure était habituellement justifiée par la volonté d'encourager le recours à la conciliation et d'éviter des situations dans lesquelles, pour obtenir un jugement puis l'exécution, l'action risquait de durer des mois ou des années. On a donné des exemples de systèmes juridiques dans lesquels un accord de transaction pouvait être exécuté selon une procédure sommaire pourvu qu'il ait été signé par les parties et leurs conseils et qu'il comporte une déclaration constatant que les parties demandent une procédure d'exécution sommaire. Une deuxième approche prévoyait que les accords pouvaient être soumis à une procédure accélérée d'exécution (par exemple lorsque l'accord de transaction est légalisé, authentifié par un juge ou cosigné par les conseils des parties). Certaines législations nationales prévoyaient une troisième approche encore, consistant à habiliter les parties signataires de l'accord de transaction à désigner un tribunal arbitral expressément chargé de rendre une sentence dans des termes convenus, fondée sur l'accord de transaction des parties.

156. Il a également été rappelé que plusieurs législations comportaient des dispositions prévoyant qu'un accord de transaction écrit était traité comme une sentence rendue par un tribunal arbitral et avait le même effet qu'une sentence arbitrale définitive, sous réserve que le résultat de la conciliation fût consigné par écrit et signé par le conciliateur ou les conciliateurs et les parties ou leurs représentants.

157. Suivant la conception d'une certaine législation nationale, l'accord de transaction était censé constituer un titre exécutoire, et les droits, créances et obligations qui y étaient consignés, qui avaient un caractère certain et explicite et qui étaient susceptibles d'exécution, étaient exécutoires selon les dispositions relatives à l'exécution des dispositions judiciaires. Il a été signalé que cette façon de procéder visait les procédures de conciliation administrées par des institutions agréées où les conciliateurs étaient nommés sur une liste tenue par un organe officiel.

158. D'autres législations prévoyaient que les accords de transaction étaient traités comme des sentences arbitrales, mais qu'ils pouvaient, "sur autorisation de la juridiction étatique", être exécutés de la même manière qu'un jugement, ce qui semblait laisser une marge d'appréciation à la juridiction étatique pour faire exécuter l'accord.

159. On a fait valoir que le projet de dispositions législatives types devait faire une place au cas où les parties ont désigné un tribunal arbitral expressément pour qu'il rende une sentence fondée sur l'accord de transaction. Une telle sentence, envisagée à l'article 30 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, pourrait être exécutoire au même titre que tout autre sentence arbitrale. Selon le même point de vue, les autres accords devaient être considérés comme des contrats et exécutés en tant que tels. Les dispositions législatives types devaient simplement énoncer le principe voulant que l'accord de transaction soit exécutoire, sans chercher à offrir une formule uniforme quant aux modalités de cette exécution, question qui devait être laissée au législateur de chaque État adoptant. Selon d'autres points de vue cependant, il serait utile, pour rendre la conciliation plus tentante, de donner à l'accord de transaction le caractère d'un acte susceptible d'exécution. De même, il a paru souhaitable d'élaborer une disposition réglementaire harmonisée à l'intention des États qui voudraient consacrer cette intention. À l'issue du débat, il a été demandé au secrétariat d'établir une version révisée du projet d'article 16, éventuellement assortie de variantes tenant compte des différents avis exprimés et des conceptions législatives qui avaient été examinées.

E. Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-quatrième session: Règlement des litiges commerciaux: élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation: Rapport du Secrétaire général

(A/CN.9/WG.II/WP.113 et Add.1) [Original: anglais]

A/CN.9/WG.II/WP.113

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 443

I. PRESCRIPTION DE LA FORME ÉCRITE POUR LA CONVENTION D'ARBITRAGE 444

A. Dispositions législatives types sur la forme écrite de la convention d'arbitrage 444

B. Instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York 446

II. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES RELATIVES À L'EXÉCUTION DE MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES 447

INTRODUCTION

1. Durant sa trente et unième session, la Commission a organisé, le 10 juin 1998, la Journée de la Convention de New York afin de célébrer le quarantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 10 juin 1958) ("Convention de New York"). Outre les représentants d'États membres de la Commission et des observateurs, quelque 300 invités ont participé à cette ccélébration. Après l'allocution d'ouverture du Secrétaire général, des discours ont été faits par d'anciens participants à la conférence diplomatique ayant adopté la Convention et d'éminents spécialistes de l'arbitrage ont fait des exposés sur des questions telles que la promotion de la Convention, son adoption et son application. Des rapports ont également été présentés sur des questions dépassant le cadre de la Convention elle-même, par exemple sur l'interaction entre cette dernière 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 sur l'arbitrage, législatifs ou non[1].

2. Dans les exposés présentés à cette journée, diverses propositions ont été faites tendant à soumettre à la Commission certains des problèmes mis en évidence dans la pratique afin qu'elle puisse déterminer s'il serait souhaitable et possible qu'elle entreprenne des travaux dans ces domaines. À sa trente et unième session tenue en 1998, la Commission, se référant aux discussions qui ont eu lieu lors de la Journée de la Convention de New York, a considéré qu'il serait utile de débattre des travaux futurs possibles dans le domaine de l'arbitrage à sa trente-deuxième session. Elle a prié le secrétariat d'établir une note qui servirait de base à ses débats[2].

3. 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" (A/CN.9/460)[3]. Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international, la Commission avait 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) ("Loi type sur l'arbitrage") et l'utilisation du Règlement d'arbitrage et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, ainsi que de déterminer, 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[4].

4. La Commission a mené ses débats sans avoir d'idée arrêtée sur la forme que prendraient en définitive ses travaux futurs. Il a été convenu que les décisions sur ce point 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 un traité international était envisagé, l'intention n'était pas de modifier la Convention de New York[5].

5. 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 les points prioritaires que devrait examiner ce dernier seraient la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage[6], la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires[7], la conciliation[8], et la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine[9]. Le Groupe de travail sur l'arbitrage (précédemment appelé Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux) a commencé ses travaux à la trente-deuxième session, tenue à Vienne du 20 au 31 mars 2000 (rapport paru sous la cote A/CN.9/468). Il les a poursuivis à sa trente-troisième session, tenue à Vienne du 20 novembre au 1er décembre 2000 (rapport paru sous la cote A/CN.9/485).

6. À sa trente-deuxième session (mars 2000), le Groupe de travail a examiné l'élaboration éventuelle de textes harmonisés sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires, et la conciliation. En outre, il a procédé à un échange de vues préliminaire sur d'autres sujets qui pourraient être examinés à un stade ultérieur (document A/CN.9/468, par. 107 à 114).

7. À sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000), la Commission s'est déclarée satisfaite du travail accompli jusque-là par le Groupe de travail. Selon plusieurs avis, 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. La Commission a noté que le Groupe de travail avait également recensé un certain nombre d'autres sujets ayant différents niveaux de priorité

[1] *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).

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

[3] Cette note se fondait sur les idées, suggestions et observations présentées à différentes occasions, notamment lors de la Journée de la Convention de New York [*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)]; du 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: Gerold Herrmann, "Does the world need additional uniform legislation on arbitration?", *Arbitration International,* vol. 15 (1999), n° 3, p. 211.

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.

[5] Ibid., par. 337 à 376 et 380.

[6] Ibid., par. 344 à 350.

[7] Ibid., par. 371 à 373.

[8] Ibid., par. 340 à 343.

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

qu'il avait été proposé d'inclure dans les travaux futurs (document A/CN.9/468, par. 107 à 114). Elle a réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter ces sujets (A/55/17, par. 395). Il a été déclaré à plusieurs reprises que, dans l'ensemble, en décidant de la priorité à donner aux futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les questions pour lesquelles les décisions des tribunaux laissaient subsister une situation juridique incertaine ou insatisfaisante. 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 tels, 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; les demandes aux fins de compensation dans des procédures arbitrales et la compétence du tribunal arbitral pour ce qui est de ces demandes; la liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par des personnes de leur choix; 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; et le pouvoir du tribunal arbitral d'accorder des intérêts. Il a été noté avec satisfaction qu'en ce qui concernait 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) 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, on a estimé que la question ne devrait pas soulever de nombreux problèmes et que la jurisprudence qui en était à l'origine ne devrait pas être considérée comme une tendance (A/55/17, par. 396).

8. À sa trente-troisième session (novembre/décembre 2000), le Groupe de travail a examiné un projet d'instrument interprétatif concernant la prescription de la forme écrite énoncée à l'article II-2 de la Convention de New York et l'élaboration de textes harmonisés sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation (sur la base du rapport du Secrétaire général: documents A/CN.9/WG.II/WP.110 et A/CN.9/WG.II/WP.111). Il est rendu compte des débats du Groupe de travail dans le document A/CN.9/485.

9. Le Groupe de travail a aussi examiné les points qui pourraient faire l'objet de travaux futurs, à savoir: les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par une juridiction étatique à l'appui de l'arbitrage; la portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par les tribunaux arbitraux; et la validité de la convention d'arbitrage (examinées dans le document A/CN.9/WG.II/WP.111). Il a approuvé l'idée d'entreprendre des travaux futurs sur tous ces sujets et a prié le secrétariat de préparer pour une session ultérieure des études et propositions préliminaires (voir les paragraphes 104 à 106 du document A/CN.9/485).

10. Le présent document a été établi sur la base des débats au sein du Groupe de travail. Il porte sur les trois questions actuellement inscrites à l'ordre du jour: la forme écrite des conventions d'arbitrage; l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires; et les dispositions législatives types relatives à la conciliation. Le document a été publié en deux parties: A/CN.9/WG.II/WP.113 sur les deux premières questions et A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1 sur la conciliation. En examinant le présent document, le lecteur se référera en particulier au document de travail portant sur ces questions (A/CN.9/WG.II/WP.110) qui a été établi pour la trente-troisième session du Groupe de travail (novembre/décembre 2000) et le rapport de cette session, paru sous la cote A/CN.9/485. Ces documents peuvent également être consultés sur le site Web de la CNUDCI (www.uncitral.org) sous "Groupes de travail" et "Groupe de travail sur l'arbitrage".

I. PRESCRIPTION DE LA FORME ÉCRITE POUR LA CONVENTION D'ARBITRAGE

Références à des documents de travail et rapports précédents:

Note sur les travaux futurs envisageables: A/CN.9/460 (avril 1999), par. 20 à 31;
Rapport de la Commission: A/54/17 (mai-juin 1999), par. 344 à 350;
Document de travail: A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 (janvier 2000), par. 1 à 40;
Rapport du groupe de travail: A/CN.9/468 (mars 2000), par. 88 à 106;
Document de travail: A/CN.9/WG.II/WP.110 (septembre 2000), par. 10 à 51;
Rapport du Groupe de travail: A/CN.9/485 (novembre-décembre 2000), par. 21 à 59.

A. Dispositions législatives types sur la forme écrite de la convention d'arbitrage

11. À sa session précédente (novembre/décembre 2000), le Groupe de travail a examiné un projet de disposition législative type modifiant l'article 7-2 de la Loi type sur l'arbitrage (présenté dans le document A/CN.9/WG.II/WP.110 aux paragraphes 15 à 26). Il est fait état des débats du Groupe de travail dans le document A/CN.9/485, aux paragraphes 21 à 49. Ayant conclu son examen du projet de disposition, le Groupe de travail a prié un groupe de rédaction informel d'élaborer, compte tenu des débats au sein du Groupe de travail, un projet qui servirait de base aux discussions ultérieures (A/CN.9/485, par. 50).

12. Le groupe de rédaction a été prié d'élaborer une version courte et une longue, dont chacune aborderait tous les cas de figures visés aux paragraphes 2 et 3 de l'article 7 tel que présenté au paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.II/WP.110. Le groupe de rédaction a mis au point non seulement une version courte et une longue, mais également une version intermédiaire. Il a été noté que les trois versions se voulaient identiques quant au fond mais étaient plus ou moins détaillées. Le texte élaboré par le groupe de rédaction (reproduit dans le document A/CN.9/485, par. 52) était le suivant:

Article 7. *Définition et forme de la convention d'arbitrage*

Version courte

"1. Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2. La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. La forme écrite comprend toute forme accessible pour être consultable ultérieurement.

3. Afin d'éviter tout doute, lorsque, en vertu de la loi ou des règles de droit applicables, une convention d'arbitrage ou un contrat peuvent être conclus sous une forme autre que la forme écrite, l'exigence de l'écrit est satisfaite lorsqu'une convention d'arbitrage ou un contrat ainsi conclus font référence à des conditions d'arbitrage écrites.

4. En outre, une convention est sous forme écrite si elle est contenue dans un échange de conclusions en demande et en réponse écrites, dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

5. Aux fins de l'article 35, les conditions d'arbitrage écrites, ainsi que tout écrit incorporant par référence ou contenant ces conditions constituent la convention d'arbitrage."

Version intermédiaire

"1. Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2. La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. La forme écrite comprend toute forme qui atteste l'existence de la convention ou est de toute autre manière accessible pour être consultable ultérieurement, y compris les messages de données électroniques, optiques ou autres.

3. Afin d'éviter tout doute, lorsque, en vertu de la loi ou des règles de droit applicables, un contrat ou une convention d'arbitrage visés au paragraphe 1 ci-dessus peuvent être conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite, l'exigence de l'écrit est satisfaite lorsque les conditions d'arbitrage sont sous forme écrite, que le contrat ou la convention d'arbitrage aient ou non été ainsi conclus, ou qu'ils aient ou non été signés par les parties.

4. En outre, une convention est sous forme écrite si elle est contenue dans un échange de conclusions en demande et en réponse, dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

5. La référence dans un contrat à une clause compromissoire ne figurant pas dans le contrat constitue une convention d'arbitrage, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

6. Aux fins de l'article 35, les conditions d'arbitrage écrites, ainsi que tout écrit incorporant par référence ou contenant ces conditions constituent la convention d'arbitrage."

Version longue

"1. Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2. La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. La forme écrite comprend toute forme qui atteste l'existence de la convention ou est de toute autre manière accessible pour être consultable ultérieurement, y compris les messages de données électroniques, optiques ou autres.

3. Afin d'éviter tout doute, lorsque, en vertu de la loi ou des règles de droit applicables, un contrat ou une convention d'arbitrage visés au paragraphe 1 ci-dessus peuvent être conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite, l'exigence de l'écrit est satisfaite lorsque les conditions d'arbitrage sont sous forme écrite, que le contrat ou la convention d'arbitrage aient ou non été ainsi conclus ou qu'ils aient ou non été signés par les parties.

4. En outre, une convention est sous forme écrite si elle est contenue dans un échange de conclusions en demande et en réponse, dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

5. La référence dans un contrat à une clause compromissoire ne figurant pas dans le contrat constitue une convention d'arbitrage, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

6. Aux fins de l'article 35, les conditions d'arbitrage écrites, ainsi que tout écrit incorporant par référence ou contenant ces conditions constituent la convention d'arbitrage.

7. Les circonstances dans lesquelles est satisfaite l'exigence d'une convention d'arbitrage sous forme écrite en application du présent article sont notamment, mais non

exclusivement, les suivantes: [Le secrétariat établira un texte fondé sur les débats du Groupe de travail][10]."

13. Le Groupe de travail a examiné brièvement le texte élaboré par le groupe de rédaction informel (il est fait état des débats dans le document A/CN.9/485, par. 53 à 58). À l'issue et sur la base de ces débats, le secrétariat a été prié d'élaborer des projets de texte, comportant si possible des variantes pour examen lors de la prochaine session (document A/CN.9/485, par. 59). Le texte ci-dessous a été élaboré conformément à cette demande:

Article 7. ***Définition et forme de la convention d'arbitrage***

[*Premier paragraphe inchangé de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage:*]

1. "Une convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2. La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. [Afin d'éviter tout doute], la "forme écrite" comprend toute forme qui atteste l'existence de la convention ou est de toute autre manière accessible pour être consultable ultérieurement, y compris les messages de données électroniques, optiques ou autres.

3. [Afin d'éviter tout doute, l'exigence de l'écrit visée au paragraphe 2 est satisfaite] [La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite]

si

[la clause compromissoire ou les conditions d'arbitrage ou tout règlement d'arbitrage auxquels il est fait référence dans la convention d'arbitrage sont] [la clause compromissoire, qu'elle soit signée ou non, est]

sous forme écrite,

[*Variante 1.*] que le contrat ou la convention d'arbitrage séparée aient été conclus [sous une autre forme que la forme écrite] [verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite] [*Variante 2.*] quelle que soit la forme sous laquelle les parties ont convenu de compromettre.

14. Le Groupe de travail souhaitera peut-être ajouter au texte ci-dessus une ou plusieurs des dispositions contenues dans les projets de paragraphes 4 et 5 ("version courte"), de paragraphes 4 à 6 ("version intermédiaire") ou de paragraphes 4 à 7 ("version longue") reproduites au paragraphe 12 ci-dessus.

B. Instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York

15. À sa session précédente (novembre/décembre 2000), le Groupe de travail a examiné un avant-projet d'instrument interprétatif relatif à l'article II-2 de la Convention de New York. Cet avant-projet et les commentaires qui s'y rapportent figuraient dans le document A/CN.9/WG.II/WP.110, au paragraphe 48. Les considérations échangées au sein du Groupe de travail sont énumérées dans le document A/CN.9/485, aux paragraphes 60 à 77. Le Groupe de travail a demandé au secrétariat d'élaborer un projet révisé tenant compte de ces échanges de vues (A/CN.9/485, par. 76). Bien que le Groupe de travail ait estimé que des lignes directrices sur la manière d'interpréter l'article II-2 de la Convention de New York permettraient d'assurer une interprétation uniforme répondant aux exigences du commerce international, il a décidé qu'on pourrait étudier plus à fond l'élaboration d'une déclaration ou d'une résolution interprétative relative à cette convention qui refléterait une interprétation large des conditions de forme et ainsi déterminer quelle serait la meilleure solution (A/CN.9/485, par. 60).

16. Le texte de l'avant-projet d'instrument interprétatif, tel qu'il figure au paragraphe 61 du document A/CN.9/485, a été modifié pour prendre en compte les réflexions du Groupe de travail. Le texte révisé est le suivant:

[Déclaration][11] relative à l'interprétation de l'article II-2 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York, le 10 juin 1958,

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

[1] *Rappelant* la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international,

[10]Il pourra s'agir, par exemple, des cas énoncés au projet d'article 7-3, reproduit dans le document A/CN.9/485, par. 23, modifié comme suite au débat au sein du Groupe de travail (A/CN.9/485, par. 24 à 44):

Une convention d'arbitrage satisfait à la condition énoncée au paragraphe 2 si [A/CN.9/485, par. 28 et 29]:

a) Elle est contenue dans un document convenu par les parties, qu'il soit ou non signé par elles; [A/CN.9/485, par. 30];

b) Elle prend la forme d'un échange de communications écrites; [A/CN.9/485, par. 30];

c) Elle est contenue dans l'offre ou la contre-offre écrite d'une partie, à condition que [dans la mesure prévue par la loi ou l'usage] le contrat ait été conclu par acceptation ou par un fait valant acceptation tels que l'exécution ou le défaut d'objection de l'autre partie; [A/CN.9/485, par. 31 à 34];

d) Elle est contenue dans une [confirmation de contrat] [communication confirmant les clauses du contrat], à condition que, dans la mesure prévue par la loi ou l'usage, les termes de ladite confirmation aient été acceptés par l'autre partie, soit [expressément] [par référence expresse à la confirmation ou à ses termes], soit par défaut d'objection; [A/CN.9/485, par. 35 et 36];

e) Elle est contenue dans une communication écrite adressée par un tiers aux deux parties et si la teneur de la communication est réputée faire partie du contrat; [A/CN.9/485, par. 37];

f) Elle est contenue dans un échange de conclusions [en demande et en réponse] [sur le fond du litige] dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre; [A/CN.9/485, par. 38];

g) Un contrat conclu [sous quelque forme que ce soit] [verbalement] fait référence à une [clause compromissoire] [aux conditions d'arbitrage] à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de [cette clause] [ces conditions] une partie du contrat; [A/CN.9/485, par. 39 à 41].

[11]Débat au sein du Groupe de travail: par. 66 et 69 du document A/CN.9/485.

[2] *Consciente* du fait que la Commission couvre[12] les principaux systèmes économiques et juridiques du monde, ainsi que les pays développés et les pays en développement,

[3] *Rappelant* la résolution 55/151 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000, qui 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[13],

[4] *Consciente* de ce qu'elle est chargée d'encourager l'harmonisation et l'uniformisation progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,

[5] *Convaincue* que l'adoption généralisée de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a été une contribution essentielle au progrès de la légalité, en particulier dans le domaine du commerce international,

[6] *Notant* que la Convention a été élaborée compte tenu de pratiques commerciales internationales et de techniques de communication en usage à l'époque, [et que l'évolution de ces techniques dans le commerce international s'est faite parallèlement au développement du commerce électronique][14],

[7] *Notant également* que le recours à l'arbitrage international et son acceptation dans le commerce international se sont accrus et que, parallèlement à cette évolution, les attentes des participants au commerce international quant à la forme que peut prendre une convention d'arbitrage ont changé,

[8] *Notant en outre* l'article II-1 de la Convention, selon lequel "Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage", ainsi que l'article II-2 de la Convention, selon lequel "On entend par convention écrite une clause compromissoire insérée dans un contrat ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes",

[9] *Préoccupée par* les différences d'interprétation de l'article II-2 de la Convention[15],

[10] *Rappelant* que la conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution dans laquelle il est dit, notamment, que la Conférence "considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé...",

[11] *Considérant* que le but de la Convention, tel qu'il est exprimé dans l'Acte final de la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international, à savoir faire de l'arbitrage un moyen plus efficace de règlement des litiges de droit privé, exige que l'interprétation de la Convention [tienne compte des besoins de l'arbitrage commercial international] [tienne compte des transformations des techniques de communication et des pratiques commerciales][16],

[12] *Étant d'avis* qu'il faut tenir compte, pour l'interprétation de la Convention, de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi dans le commerce international[17],

[13] *Tenant compte du fait* que des instruments juridiques internationaux adoptés ultérieurement comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique reflètent l'opinion de la Commission et de la communauté internationale selon laquelle la législation relative au commerce et à l'arbitrage devrait tenir compte des méthodes de communication et pratiques commerciales en évolution[18],

[14] *Convaincue* que l'interprétation uniforme de l'expression "convention écrite" est nécessaire pour renforcer[19] la prévisibilité des transactions commerciales internationales,

[15] *Recommande* aux gouvernements d'interpréter la définition d'une "convention écrite" figurant à l'article II-2 de la Convention comme désignant [...][20]

II. DISPOSITIONS LÉGISLATIVES TYPES RELATIVES À L'EXÉCUTION DE MESURES PROVISOIRES OU CONSERVATOIRES

17. À sa session précédente, (novembre/décembre 2000), le Groupe de travail a examiné deux projets de variantes de disposition relative à l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires (document A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 55 et 57, et reproduites dans le document A/CN.9/485 au paragraphe 79). Les observations du Groupe de travail sont reproduites dans le document A/CN.9/485, aux paragraphes 80 à 102. Après avoir examiné les deux variantes, le Groupe de travail a décidé de retenir la variante 1 comme base de ses discussions ultérieures (A/CN.9/485, par. 81). Faute de temps, il a reporté l'examen de plusieurs projets de disposition de la variante 1 et des dispositions

[12]Débat au sein du Groupe de travail: par. 72 du document A/CN.9/485.

[13]Débat au sein du Groupe de travail: par. 73 du document A/CN.9/485.

[14]Débat au sein du Groupe de travail: par. 74 du document A/CN.9/485.

[15]Ibid.

[16]Ibid.

[17]Débat au sein du Groupe de travail: par. 71 du document A/CN.9/485 [le libellé s'inspire de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980) et d'autres textes, tels que l'article 3 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)].

[18]Débat au sein du Groupe de travail: par. 72 du document A/CN.9/485.

[19]Ibid.

[20]Pour l'examen par le Groupe de travail de la relation entre le projet de déclaration et le texte modifié proposé de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, voir le paragraphe 70 du document A/CN.9/485.

supplémentaires éventuelles figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.110, aux paragraphes 63 à 80 (A/CN.9/485, par. 103). Les projets de disposition présentés ci-après ont été élaborés conformément aux observations du Groupe de travail. Lorsqu'il examinera ces textes, celui-ci souhaitera peut-être examiner les "dispositions supplémentaires éventuelles" qui lui ont été présentées à sa session précédente dans le document A/CN.9/WG.II/WP.110, aux paragraphes 63 à 80, et prendre des décisions à ce sujet.

18. Les éléments du projet de disposition présenté ci-après sont l'actuel article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, qui constitue le paragraphe 1, avec les additions destinées à tenir compte des vues exprimées au sein du Groupe de travail, selon lesquelles la disposition devrait contenir une définition des mesures provisoires ou conservatoires (voir les paragraphes 82 et 83 du document A/CN.9/485) et peut-être des dispositions supplémentaires sur les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées dans le cadre d'une procédure non contradictoire (voir les paragraphes 91 à 94 du document A/CN.9/485).

Projet d'article 17. *Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires*[21]

[Texte inchangé de l'article 17:] 1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire en ce qui concerne l'objet du différend. Le tribunal arbitral peut, à ce titre, exiger de toute partie le versement d'une provision appropriée.

2. Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire [qu'elle prenne la forme d'une sentence arbitrale ou une autre forme][22] ordonnée par le tribunal arbitral en attendant que soit rendue la sentence qui tranchera définitivement le litige. [Le tribunal arbitral peut, pour assurer l'efficacité de toute mesure de ce type, accorder la mesure sans en aviser la partie contre laquelle elle est ordonnée pendant une période ne dépassant pas [30] jours; une telle mesure peut être prolongée après que cette partie a été avisée et qu'il lui a été donné la possibilité de réagir[23].]

Nouvel article. *Exécution de mesures provisoires ou conservatoires*[24]

1. Sur demande adressée à la juridiction étatique compétente par [le tribunal arbitral ou par] la partie intéressée avec l'approbation du tribunal arbitral[25], une mesure provisoire ou conservatoire visée à l'article 17 est exécutée, quel que soit le pays dans lequel elle a été ordonnée, mais la juridiction étatique peut, selon son appréciation, refuser l'exécution si:

a) La partie contre laquelle la mesure est invoquée fournit la preuve que[26]:

i) Une juridiction étatique a été saisie d'une demande de mesure identique ou similaire dans le présent État, que cette juridiction

[21]Compte tenu du débat au sein du Groupe de travail sur la nécessité d'insérer des exemples pour illustrer la définition des mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/485, par. 82), il est proposé que des exemples de telles mesures, ainsi que des exemples de décisions ne devant pas être interprétées comme des mesures provisoires ou conservatoires, soient expliqués dans le guide pour l'incorporation. Les éléments de la partie correspondante du guide pourraient être les suivants: *Les mesures provisoires et conservatoires sont désignées par des expressions différentes, notamment "mesures provisoires de protection" et "mesures conservatoires". Elles se caractérisent par le fait qu'elles sont prises en réponse à la demande d'une partie, qu'elles prennent la forme d'une décision ou d'une sentence et qu'elles sont par définition temporaires, en attendant une sentence arbitrale définitive. Leurs objectifs sont notamment les suivants: éliminer des obstacles à la conduite de la procédure (par exemple les ordres destinés à empêcher la destruction d'éléments de preuve); empêcher une perte ou un dommage (par exemple l'ordre de poursuivre des travaux de construction bien que l'obligation de poursuivre soit en cause); maintenir le statu quo (par exemple l'ordre donné au bénéficiaire d'une garantie indépendante de ne pas demander le paiement de la garantie); faciliter l'exécution d'une sentence (par exemple l'ordre donné à une partie de fournir une provision au titre des frais ou l'ordre visant à empêcher le transfert d'actifs dans une juridiction étrangère ou la dispersion d'actifs). Ne font pas partie des mesures provisoires ou conservatoires les décisions relatives à la conduite de la procédure arbitrale en général, telles que: l'ordre donné à une partie de produire une preuve particulière; l'ordre donné à une partie de consigner une somme à titre d'avance sur les frais de l'arbitrage; ou l'ordre visant à préserver la confidentialité d'informations relatives à l'arbitrage. Ne sont pas incluses non plus les décisions qui font partie de la décision définitive relative au litige soumis à l'arbitrage ou qui y joueront un rôle (par exemple les décisions relatives à la compétence du tribunal arbitral, aux frais de l'arbitrage, et au droit applicable au fond du litige). En outre, la notion de mesures provisoires ou conservatoires exclurait les décisions découlant des procédures appliquées dans certaines juridictions, selon lesquelles le tribunal arbitral ordonne à une partie de faire une "provision" ou une "provision partielle" à l'autre partie, dans la mesure où il est hors de doute que le montant de la provision est dû et qu'il fera partie de la sentence définitive.*

[22]La formulation "qu'elle prenne la forme d'une sentence arbitrale ou une autre forme" reflète le débat du Groupe de travail (document A/CN.9/485, par. 83), au cours duquel il a été noté que, dans la pratique, les arbitres rendaient des décisions sur les mesures provisoires ou conservatoires sous différentes formes et différentes appellations.

[23]Le projet de disposition entre crochets a été inclus pour stimuler la discussion au sein du Groupe de travail sur l'opportunité de reconnaître la possibilité d'ordonner une mesure provisoire ou conservatoire sans en informer immédiatement la partie à laquelle il est ordonné de s'y conformer (de telles mesures sont souvent désignées par l'expression "mesures ordonnées dans le cadre d'une procédure non contradictoire": voir également les paragraphes 91 à 94 du document A/CN.9/485). Le projet de disposition vise à reconnaître non seulement que le tribunal arbitral peut ordonner une mesure dans le cadre d'une procédure non contradictoire, mais aussi que la juridiction étatique peut prononcer l'*exequatur* à condition qu'elle le fasse avant l'expiration de la période de [30] jours. Si une disposition fondée sur un tel principe était acceptable, le paragraphe 1 iii du "Nouvel article: exécution de mesures provisoires ou conservatoires" devrait être modifié pour permettre le report de la notification à la partie contre laquelle la mesure est prise jusqu'à l'expiration la période de [30] jours ou jusqu'à ce que la juridiction étatique ait prononcé l'*exequatur*, selon celle des deux dates qui vient en premier.

[24]Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner où le projet de disposition sur l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires pourrait être placé. Une possibilité est de l'inclure dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international dans un nouveau chapitre VI *bis*, en tant qu'article 33 *bis*.

[25]Le guide pour l'incorporation précisera que l'approbation du tribunal arbitral peut être donnée dans l'ordonnance elle-même, au moment où l'ordonnance est rendue ou ultérieurement.

[26]Pour l'examen de cet alinéa au sein du Groupe de travail, voir les paragraphes 84 et 85 du document A/CN.9/485.

ait ou non pris une décision au sujet de la demande[27]; ou

ii) *[Variante 1]* La convention d'arbitrage visée à l'article 7 n'est pas valable *[Variante 2]* La convention d'arbitrage visée à l'article 7 semble ne pas être valable, auquel cas la juridiction étatique peut renvoyer la question de la [compétence du tribunal arbitral] [validité de la convention d'arbitrage] au tribunal arbitral, conformément à l'article 16 de la présente loi)[28]; ou

iii) La partie contre laquelle la mesure est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation d'un arbitre ou de la procédure arbitrale, ou il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits relativement à la mesure provisoire ou conservatoire, [auquel cas la juridiction étatique peut suspendre la procédure d'exécution jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral][29]; ou

iv) La mesure provisoire ou conservatoire a été annulée, suspendue ou modifiée par le tribunal arbitral[30]; ou

b) La juridiction étatique constate que:

i) Une telle mesure est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés par les règles de procédure[31], à moins qu'elle ne décide de la reformuler autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter; ou

ii) La reconnaissance ou l'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire serait contraire à l'ordre public du présent État[32]."

2. La partie qui cherche à faire exécuter une mesure provisoire ou conservatoire informe rapidement la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de cette mesure[33].

3. En reformulant la mesure en vertu du paragraphe 1 *b* i, la juridiction étatique ne modifie pas la teneur de la mesure provisoire ou conservatoire[34].

4. Le paragraphe 1 *a* iii ne s'applique pas à une mesure provisoire ou conservatoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle elle est invoquée ait été informée, à condition que la mesure ait été ordonnée pour être efficace pendant une période ne dépassant pas [30] jours et que son exécution soit demandée avant l'expiration de cette période[35].

*Les conditions énoncées dans le présent paragraphe visent à fixer des normes maximales. Le choix par un État de conditions moins strictes n'irait pas à l'encontre de la tentative d'harmonisation[36].

[27]Pour l'examen du sous-alinéa i de l'alinéa *a* voir le paragraphe 86 du document A/CN.9/485. Le projet de disposition vise les cas suivants: la juridiction étatique a été saisie d'une demande de mesure identique ou similaire, mais n'a pas encore statué; la juridiction étatique a refusé la demande; et la juridiction étatique a accordé une mesure provisoire ou conservatoire identique ou similaire. On notera toutefois que le refus antérieur d'une demande par la juridiction étatique ne conduirait pas nécessairement à conclure que la mesure du tribunal arbitral était injustifiée et que la juridiction étatique devrait en refuser l'exécution (par exemple quand les circonstances ont changé après la décision antérieure). En outre, l'existence d'une mesure ordonnée antérieurement par la juridiction étatique ne justifie pas nécessairement le refus d'exécuter une mesure ordonnée ultérieurement par le tribunal arbitral (par exemple si cette dernière porte sur une partie différente de la demande ou si elle peut être considérée comme une mesure supplémentaire rendue nécessaire par le changement des circonstances). Il semble que le principe de l'appréciation, exprimé dans le chapeau du projet de disposition, permet de façon satisfaisante à la juridiction étatique de tenir compte de ces circonstances le cas échéant.

[28]Pour l'examen du sous-alinéa ii de l'alinéa *a* au sein du Groupe de travail, voir les paragraphes 87 et 88 du document A/CN.9/485. Selon l'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail, il devrait être entendu (d'après la disposition ou d'après le guide pour l'incorporation) que la juridiction étatique devrait se limiter à évaluer à première vue la validité de la convention d'arbitrage, laissant ainsi au tribunal arbitral le soin de procéder à un examen approfondi de la question (par. 88 du document A/CN.9/485).

[29]Pour l'examen de l'alinéa iii de l'alinéa *a* au sein du Groupe de travail, voir les paragraphes 89 à 94 du document A/CN.9/485. Le sous-alinéa iii ne vise pas à empêcher le tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires dans le cadre d'une procédure non contradictoire; il demande simplement que, au moment où la demande d'exécution est adressée à la juridiction étatique, la partie visée par la mesure devrait avoir été entendue par le tribunal arbitral. Le texte entre crochets, en ajoutant la faculté de suspendre la procédure d'exécution, insiste sur l'idée que la juridiction étatique, confrontée à une mesure pour laquelle la partie touchée devrait avoir été entendue, ne devrait pas entendre elle-même les arguments concernant la mesure et l'évaluer quant au fond, mais laisser au tribunal arbitral le soin de le faire. Le guide pour l'incorporation pourra préciser qu'un refus de la juridiction étatique d'exécuter une mesure pour le motif exposé du sous-alinéa iii n'empêche pas le tribunal arbitral d'entendre les parties sur la mesure et d'ordonner, dans le cadre d'une procédure contradictoire, une mesure susceptible d'exécution par le tribunal étatique.

[30]Pour l'examen du sous-alinéa iv de l'alinéa *a*, voir les paragraphes 95 et 96 du document A/CN.9/485. L'exigence formulée (dans le chapeau de l'article), à savoir faire approuver la demande d'exécution par le tribunal arbitral, favoriserait le principe qui sous-tend le sous-alinéa iv. Afin de stimuler la discussion au sein du Groupe de travail sur le point de savoir s'il faudrait pousser ce principe plus loin, un nouveau projet de paragraphe 2 a été inclus.

[31]Pour le débat au sein du Groupe de travail, voir le paragraphe 101 du document A/CN.9/485.

[32]Faute de temps, le sous-alinéa ii de l'alinéa *b* n'a pas été examiné par le Groupe de travail à sa dernière session (voir le document A/CN.9/485, par. 103).

[33]Pour le débat au sein du Groupe de travail, voir les paragraphes 95 et 96 du document A/CN.9/485.

[34]Le projet de paragraphe 3 a été inclus pour rendre compte de la discussion rapportée aux paragraphes 100 et 101 du document A/CN.9/485 et des observations figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 71 et 72. Une clarification supplémentaire concernant la reformulation éventuelle d'une mesure pourra être incluse dans le guide pour l'incorporation.

[35]Voir les paragraphes 91 à 93 du document A/CN.9/485.

[36]La présente note explicative a été rédigée conformément à la proposition faite au paragraphe 85 du document A/CN.9/485 selon laquelle, au cas où il serait impossible de s'entendre sur un régime unique, en particulier lorsque le droit interne prévoyait un régime qui était plus favorable que celui de la disposition type, on pourrait utiliser la technique de la note explicative, telle que celle qui était apposée au paragraphe 2 de l'article 35 de la Loi type sur l'arbitrage.

A/CN.9/WG.II/WP.113/Add.1

ADDENDUM

[Les chapitres I et II ont été publiés sous la cote A/CN.9/WG.II/WP.113.]

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
CONCILIATION	450
A. Observations générales	450
B. Dispositions législatives types relatives à la conciliation	451
Article premier. Champ d'application	451
Article 2. Conciliation	451
Article 3. Conciliation internationale	451
Article 4. Début de la procédure de conciliation	451
Article 5. Nombre de conciliateurs	452
Article 6. Nomination des conciliateurs	452
Article 7. Conduite de la conciliation	452
Article 8. Communications entre le conciliateur et les parties	452
Article 9. Communication de renseignements	452
Article 10. Fin de la procédure de conciliation	452
Article 11. Prescription	453
Article 12. Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure	453
Article 13. Rôle du conciliateur dans d'autres procédures	453
Article 14. Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire	453
Article 15. Arbitre faisant office de conciliateur	453
Article 16. Force exécutoire de la transaction	453

CONCILIATION

A. Observations générales

Références à des documents de travail et rapports précédents:

Note sur les travaux futurs envisageables: A/CN.9/460 (avril 1999), par. 8 à 19;
Rapport de la Commission: A/54/17 (mai-juin 1999), par. 340 à 343;
Document de travail: A/CN.9/WG.II/WP.108 (janvier 2000), par. 11 à 62;
Rapport du Groupe de travail: A/CN.9/468 (mars 2000), par. 18 à 59;
Document de travail: A/CN.9/WG.II/WP.110 (septembre 2000), par. 81 à 112;
Rapport du Groupe de travail: A/CN.9/485 (novembre-décembre 2000), par. 107 à 159.

1. À sa précédente session (20 novembre-1er décembre 2000), le Groupe de travail a examiné les articles 1er, 2, 5, 7, 8, 9 et 10 du projet de dispositions législatives types relatives à la conciliation (tels qu'énoncés et numérotés dans le document A/CN.9/WG.II/WP.110, par. 81 à 111). Il a prié le secrétariat d'établir une version révisée de ces projets d'articles tenant compte des vues exprimées au sein du Groupe de travail (voir par. 107 à 159 du document A/CN.9/485). Les articles restants (à savoir les articles 3, 4, 6, 11 et 12) n'ont pas été examinés faute de temps.

2. Le Groupe de travail n'a pas décidé de la forme définitive à donner au texte uniforme, à savoir dispositions législatives types ou loi type. Il semblerait qu'il faille d'abord déterminer si ce texte serait adopté en tant que loi type séparée sur la conciliation ou formerait un nouveau chapitre de l'actuelle Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (auquel cas le Groupe de travail souhaitera peut-être modifier le titre de la Loi type pour tenir compte de l'élargissement de son champ d'application).

3. Le texte révisé du projet de dispositions législatives types, présenté ci-après, a été établi en tenant compte des débats et des décisions du Groupe de travail.

B. Dispositions législatives types relatives à la conciliation

Article premier. *Champ d'application*

1) Les présentes dispositions législatives types s'appliquent à la conciliation, telle que définie à l'article 2, si:

a) Elle est commerciale*[1];

b) Elle est internationale, tel que ce terme est défini à l'article 3;

c) Le lieu de la conciliation est situé dans le présent État[2].

2) Les articles ... s'appliquent également si le lieu de la conciliation n'est pas situé dans le présent État[3].

3) Les présentes dispositions législatives types s'appliquent, qu'une conciliation ait lieu à l'initiative d'une partie, en application d'une convention des parties, ou suite à une instruction ou une demande d'un tribunal ou d'une entité publique compétente[4].

4) Les présentes dispositions législatives types ne s'appliquent pas à: [...][5].

5) À moins que les présentes dispositions législatives types n'en disposent autrement, les parties peuvent convenir d'écarter ou de modifier l'une quelconque d'entre elles[6].

Article 2. *Conciliation*

Aux fins des présentes dispositions législatives types, le terme "conciliation" désigne un processus [, qu'il porte le nom de conciliation, médiation ou un nom équivalent,][7] dans lequel des parties demandent à une tierce personne, ou à un groupe de personnes, de les aider de manière indépendante et impartiale dans leurs efforts pour parvenir à un règlement amiable d'un litige découlant d'un contrat ou d'une autre relation juridique ou y étant lié[8].

Article 3. *Conciliation internationale*[9]

1) Une conciliation est internationale si:

a) Les parties à une convention de conciliation ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou

b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement:

i) Le lieu de la conciliation;

ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du litige a le lien le plus étroit; ou

c) Les parties sont convenues [expressément] que l'objet de la convention de conciliation a des liens avec plus d'un pays[10].

2) Aux fins du présent article:

a) Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention de conciliation;

---

*Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toutes relations de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes: toute transaction commerciale, portant sur la fourniture ou l'échange de biens ou de services; l'accord de distribution; la représentation commerciale, l'affecturage; le crédit-bail; la construction d'usines; les services consultatifs; l'ingénierie; les licences; l'investissement; les transactions bancaires; l'assurance; l'accord d'exploitation; le transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

[1]Voir par. 113 à 116 du document A/CN.9/485.

[2]Pour qu'il soit possible de déterminer avec plus de sécurité quand les dispositions législatives types s'appliquent, le Groupe de travail voudra peut-être débattre de l'opportunité d'inclure une disposition en vertu de laquelle les parties conviendraient du lieu de la conciliation et, faute de convention, il reviendrait au conciliateur ou au groupe de conciliateurs de déterminer ce lieu. Pour traiter les cas où le lieu de conciliation n'a pas été convenu ou déterminé et où, pour d'autres raisons, il n'est pas possible de l'établir (par exemple lorsqu'une conciliation est effectuée au moyen de télécommunications), les critères d'applicabilité des dispositions législatives types pourraient être, par exemple, le lieu où est situé l'organisme qui administre la procédure de conciliation, le lieu de résidence du conciliateur, ou l'établissement des deux parties si ce dernier est situé dans le même pays.

[3]Ce projet de paragraphe a été inclus pour favoriser un débat sur la question de savoir si certaines dispositions (telles que celles qui concernent la recevabilité des moyens de preuve dans d'autres procédures, le rôle du conciliateur dans d'autres procédures ou la prescription) devraient produire des effets dans l'État adoptant, même si la procédure de conciliation a lieu, ou a eu lieu, dans un autre pays et ne serait donc pas généralement régie par la loi de l'État adoptant (voir par. 120 et 134 du document A/CN.9/485).

[4]Ce projet de paragraphe a été élaboré conformément aux suggestions du Groupe de travail (voir par. 130 du document A/CN.9/485).

[5]En supposant que certains États adoptants souhaitent exclure certains cas de l'application des dispositions législatives types, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la possibilité d'exclusion, telle que proposée au paragraphe 4 du projet d'article premier, devrait être indiquée dans le texte. Les cas pouvant donner lieu à exclusion pourraient être indiqués dans le guide pour l'incorporation. Il pourrait s'agir, par exemple, des cas où le juge ou l'arbitre, pendant l'instance, mène lui-même une conciliation soit à la demande des parties en litige, soit dans l'exercice de ses prérogatives ou de son pouvoir d'appréciation. L'exclusion pourrait également s'appliquer dans le cas de négociations collectives entre des employeurs et des employés.

[6]À sa précédente session, le Groupe de travail était convenu de partir du principe que les dispositions législatives types seraient facultatives mais que la question de la mesure dans laquelle certaines seraient contraignantes devrait être réexaminée à mesure de l'avancement des travaux sur les dispositions (par. 112 et 142 du document A/CN.9/485). Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s'il est nécessaire de préciser dans une disposition générale dans quelle mesure les dispositions législatives types ont un caractère facultatif (comme cela a été fait au projet de paragraphe 5). Il voudra peut-être également déterminer si les dispositions contraignantes devraient être expressément indiquées au projet de paragraphe 5.

[7]La référence à la "médiation" a été incluse au projet d'article 2 pour tenir compte des observations faites à la session précédente du Groupe de travail, selon lesquelles des termes autres que conciliation sont employés dans la pratique. Parfois ces termes sont interchangeables (sans différence apparente de signification), mais parfois des distinctions sont faites en fonction des formes ou des techniques procédurales utilisées. Les dispositions législatives types étant destinées à recouvrir les différentes formes ou techniques de procédure impliquant l'intervention d'une personne indépendante et impartiale pour aider les parties à régler un litige, cette référence permet de préciser ce point (voir par. 108 et 109 du document A/CN.9/485).

[8]Pour un examen de cette disposition, voir les paragraphes 123 et 124 du document A/CN.9/485.

[9]Pour un examen de cette disposition, voir les paragraphes 117 à 120 du document A/CN.9/485. L'internationalité étant définie de manière large, le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si les dispositions législatives types devraient s'appliquer à toutes les conciliations commerciales, aussi bien nationales qu'internationales.

[10]Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si l'expression "l'objet de la convention de conciliation a des liens avec plus d'un pays" pourrait être remplacée par les termes tels que "les présentes dispositions législatives types sont applicables".

b) Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

Article 4. *Début de la procédure de conciliation*

1) La procédure de conciliation portant sur un litige particulier débute le jour où une invitation la conciliation faite par l'une des parties est acceptée par l'autre partie[11].

2) Si la partie qui prend l'initiative de la conciliation n'a pas reçu de réponse dans les [trente] jours à compter de la date d'envoi de l'invitation, ou après l'expiration de tout autre délai spécifié dans cette invitation, elle peut choisir de considérer le défaut de réponse comme un rejet de l'invitation à la conciliation[12].

Article 5. *Nombre de conciliateurs*

Il y a un conciliateur, à moins que les parties ne conviennent qu'il y ait un groupe de conciliateurs[13].

Article 6. *Nomination des conciliateurs*[14]

1) Dans une procédure de conciliation avec un seul conciliateur, les parties s'efforcent de choisir d'un commun accord le conciliateur unique.

2) Dans une procédure de conciliation avec deux conciliateurs, chaque partie en nomme un.

3) Dans une procédure de conciliation avec trois conciliateurs ou plus, chacune des parties en nomme un et elles s'efforcent de choisir les autres d'un commun accord.

4) Les parties peuvent demander l'assistance d'une institution ou d'une personne qualifiée pour la nomination des conciliateurs. En particulier,

a) Une partie peut demander à une telle institution ou personne de recommander des personnes ayant les qualités requises pour servir de conciliateur; ou

b) Les parties peuvent convenir qu'une telle institution ou personne nommera directement un ou plusieurs conciliateurs.

5) En recommandant des conciliateurs ou en les nommant, l'institution ou la personne en question ont égard aux considérations propres à garantir la nomination d'une personne indépendante et impartiale et, dans le cas d'un conciliateur unique ou d'un troisième conciliateur, tiennent compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer une personne de nationalité différente de celle des parties.

Article 7. *Conduite de la conciliation*[15]

1) Les parties déterminent [, par référence à un règlement de conciliation ou sur une autre base,] la manière dont la conciliation doit être conduite.

2) En l'absence de convention des parties sur la manière dont la conciliation doit être conduite, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut mener la procédure de conciliation comme il le juge approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, des désirs que les parties peuvent exprimer et de la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du litige[16].

3) Le conciliateur est guidé par les principes d'objectivité, d'équité et de justice. [Sauf convention contraire des parties, le conciliateur peut tenir compte, entre autres, des droits et des obligations des parties, des usages dans la branche de commerce considérée et des circonstances du litige, y compris les habitudes commerciales qui se sont établies entre les parties.][17]

[4) Le conciliateur peut, à tout stade de la procédure de conciliation, faire des propositions en vue du règlement du litige.][18]

Article 8. *Communications entre le conciliateur et les parties*[19]

Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ou le groupe de conciliateurs peut rencontrer les parties ou communiquer avec elles ensemble ou séparément.

Article 9. *Communication de renseignements*[20]

[Variante 1:] Lorsque le conciliateur ou le groupe de conciliateurs reçoit d'une partie des informations concernant le litige, il peut en révéler le contenu à l'autre partie afin que celle-ci soit en mesure de lui fournir toute explication qu'elle juge utile. Toutefois, [les parties peuvent convenir d'autres dispositions, notamment prévoir que] le conciliateur ou le groupe de conciliateurs ne doit pas dévoiler une information reçue d'une partie lorsque celle-ci la lui fournit sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle[21].

[Variante 2:] Sauf convention contraire des parties, aucune information communiquée en privé par une partie au conciliateur ou au groupe de conciliateurs à propos du litige ne peut être dévoilée à l'autre partie sans le consentement exprès de la partie qui l'a fournie.

Article 10. *Fin de la procédure de conciliation*[22]

La procédure de conciliation prend fin:

a) Par la signature de l'accord de transaction par les parties, à la date de l'accord[23];

[11]Pour l'examen de cette disposition, voir les paragraphes 127 à 132 du document A/CN.9/485. Le texte est largement inspiré de l'article 2 du Règlement de conciliation de la CNUDCI. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le paragraphe 1 vise comme il se doit tous les cas, y compris ceux où le tribunal ou une entité publique compétente impose ou demande aux parties de concilier.

[12]Ce paragraphe a été rédigé à la suite d'un débat à la précédente session du Groupe de travail (voir par. 129 du document A/CN.9/485).

[13]Cet article a été inséré conformément à la demande du Groupe de travail mentionnée au paragraphe 123 du document A/CN.9/485. Il s'inspire de l'article 3 du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

[14]Voir par. 123 du document A/CN.9/485. Ce projet d'article est basé sur l'article 4 du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

[15]Pour l'examen de cette disposition, voir les paragraphes 122 à 125 du document A/CN.9/485.

[16]Voir l'article 7-3 du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

[17]Cette disposition est largement inspirée du paragraphe 2 de l'article 7 du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

[18]Pour des commentaires sur les paragraphes 3 et 4 de l'actuel projet d'article 7, voir le paragraphe 92 du document A/CN.9/WG.II/WP.110.

[19]L'article 8 (qui, dans le projet de texte précédent, figurant au paragraphe 92 du document A/CN.9/WG.II/WP.110, était le projet d'article 3) n'a pas été examiné à la précédente session du Groupe de travail.

[20]L'article 9 (qui, dans le projet de texte précédent, figurant au paragraphe 93 du document A/CN.9/WG.II/WP.110, était le projet d'article 4) n'a pas été examiné à la précédente session du Groupe de travail. Pour un examen antérieur de la question, voir les paragraphes 54 et 55 du document A/CN.9/468.

[21]La variante 1 est inspiré de l'article 10 du Règlement de conciliation de la CNUDCI.

[22]L'article 10 (qui dans le projet de texte précédent, figurant au paragraphe 96 du document A/CN.9/WG.II/WP.110, était le projet d'article 6) n'a pas été examiné à la session précédente du Groupe de travail.

[23]Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si les mots "la signature" devraient être remplacés par les mots "la conclusion" pour mieux tenir compte du commerce électronique.

b) Par une déclaration écrite du conciliateur, après consultation des parties, constatant que de nouveaux efforts de conciliation ne sont plus justifiés, à la date de la déclaration;

c) Par une déclaration écrite adressée au conciliateur par les parties en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration; ou

d) Par une déclaration écrite adressée par une partie à l'autre partie, et si un conciliateur a été nommé, à ce dernier, en vue de mettre fin à la procédure de conciliation, à la date de la déclaration.

[Article 11. *Prescription*

1) Lorsque débute la procédure de conciliation, le délai de prescription relatif à la demande soumise à la conciliation cesse de courir.

2) Lorsque la procédure de conciliation a pris fin, sans qu'un règlement soit intervenu, le délai de prescription recommence à courir à compter du moment où la conciliation s'est achevée sans règlement[24].]

Article 12. *Recevabilité des moyens de preuve dans une autre procédure*[25]

1) [Sauf convention contraire des parties,][26] une partie qui a participé à la procédure de conciliation [ou un tiers[27]] ne peut invoquer ni proposer comme éléments de preuve dans une procédure arbitrale ou judiciaire, liée ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation[28]:

a) Les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie à la conciliation à l'égard [des questions en litige ou][29] d'une solution éventuelle du litige;

b) Les faits admis par une partie au cours de la procédure de conciliation;

c) Les propositions présentées par le conciliateur;

d) Le fait qu'une partie à la conciliation a indiqué qu'elle était disposée à accepter une proposition de transaction présentée par le conciliateur.

2) La divulgation[30] des informations visées au paragraphe 1 du présent article ne peut être ordonnée par le tribunal arbitral ou par le tribunal [que la procédure arbitrale ou judiciaire se rapporte ou non au litige faisant l'objet de la procédure de conciliation sauf si une telle divulgation est autorisée ou requise par la loi qui régit la procédure arbitrale ou judiciaire][31].

3) Lorsque des éléments de preuve ont été présentés en contravention aux dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral ou le tribunal traite ces éléments comme irrecevables.

4) Les éléments de preuve qui sont recevables dans une procédure arbitrale ou judiciaire ne deviennent pas irrecevables du seul fait qu'ils ont été utilisés dans une conciliation[32].

Article 13. *Rôle du conciliateur dans d'autres procédures*

1) Sauf convention contraire des parties, le conciliateur ne peut remplir les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative au litige ayant fait ou faisant[33] l'objet de la procédure de conciliation.

2) Le témoignage du conciliateur concernant les faits visés au paragraphe 1 de l'article 12 n'est pas recevable dans une procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige ayant fait ou faisant l'objet de la procédure de conciliation[34].

3) Les paragraphes 1 et 2 sont également applicables à un autre litige né du même contrat [ou d'un autre contrat faisant partie d'une transaction commerciale unique] [ou de la même transaction ou action] [ou de tout autre contrat connexe][35].

Article 14. *Recours à une procédure arbitrale ou judiciaire*[36]

1) [Les parties ne peuvent entamer, au cours de la procédure de conciliation, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige faisant l'objet de la procédure de conciliation, et un tribunal ou un tribunal arbitral donne effet à cette obligation.

[24]Pour la question de savoir s'il faut ou non garder le projet d'article 11 (qui, dans le projet de texte précédent, figurant au paragraphe 96 du document A/CN.9/WG.II/WP.110, était le projet d'article 7), voir les paragraphes 134 à 138 du document A/CN.9/485.

[25]Tous les membres du Groupe de travail ont appuyé le principe qui sous-tend le projet d'article 12 (qui, dans le précédent projet de texte, figurant au paragraphe 97 du document A/CN.9/WG.II/W.P.110, était le projet d'article 8). Ce projet d'article est largement inspiré de l'article 20 du règlement de conciliation de la CNUDCI, bien que ce dernier ait été conçu comme un engagement contractuel, alors que le projet d'article 12 est libellé comme une interdiction légale (par. 140 du document A/CN.9/485). Une proposition tendant à inclure dans les dispositions législatives types une règle établissant une obligation générale pour le conciliateur et les parties d'assurer la confidentialité de toutes les questions relatives à la conciliation sur le modèle de l'article 14 du Règlement de conciliation de la CNUDCI a été rejetée (voir par. 146 du document A/CN.9/485).

[26]Le Groupe de travail est convenu que le projet d'article 12 devrait être soumis à l'autonomie des parties, mais n'a pas pris de décision définitive quant à la question de savoir s'il fallait énoncer ce point expressément dans cet article ou de manière générale, comme dans le paragraphe 5 du projet d'article premier. (voir par. 142 du document A/CN.9/485).

[27]La référence à "un tiers" vise une personne qui n'est pas partie à la conciliation mais qui se trouve néanmoins en position d'utiliser comme moyens de preuve les vues, faits admis, propositions et autres faits ou informations mentionnés aux alinéas *a* à *d* du paragraphe 1 (voir par. 143 du document A/CN.9/485).

[28]Le Groupe de travail a estimé que le projet de paragraphe 1 visait les éléments de preuve concernant les faits et d'autres informations, que ces informations soient sous forme écrite ou sous une autre forme. Aucune décision n'a été prise quant à la question de savoir si cette interprétation découlait de façon suffisamment claire du projet d'article ou s'il serait utile d'inclure une précision sur ce point (voir par. 145 du document A/CN.9/485). Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il conviendrait d'ajouter au projet de paragraphe 1 un alinéa inspiré de la proposition formulée dans le Groupe de travail interdisant la divulgation du contenu d'une invitation à la conciliation ou d'une déclaration indiquant que la conciliation a échoué (voir la dernière phrase du paragraphe 143 du document A/CN.9/485).

[29]Le Groupe de travail est convenu que les mots "des questions en litige ou" devraient être maintenus entre crochets en attendant un examen plus approfondi de leur effet au projet d'article 12 (voir par. 143 du document A/CN.9/485).

[30]Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le terme "divulgation" est le plus approprié dans ce contexte ou s'il faudrait le remplacer par une expression plus large indiquant que le tribunal ne doit pas ordonner aux parties de produire comme éléments de preuve les informations mentionnées au paragraphe 1.

[31]Pour un examen des paragraphes 2 et 3, voir le paragraphe 144 du document A/CN.9/485.

[32]Voir le paragraphe 141 du document A/CN.9/485.

[33]Voir le paragraphe 150 du document A/CN.9/485.

[34]Le Groupe de travail a décidé de réexaminer la question de savoir si cette disposition devrait être élargie afin d'inclure le témoignage d'un conciliateur selon lequel une partie aurait agi de mauvaise foi pendant la conciliation (par. 152 du document A/CN.9/485).

[35]Voir le paragraphe 153 du document A/CN.9/485.

[36]Voir le paragraphe 153 du document A/CN.9/485.

L'une ou l'autre des parties peut néanmoins entamer une procédure arbitrale ou judiciaire, lorsque, à son avis, elle est nécessaire pour sauvegarder ses droits. L'ouverture d'une telle procédure ne doit pas être réputée en soi mettre fin à la procédure de conciliation.]

2) [Dans la mesure où les parties se sont expressément engagées à n'entamer [pendant un certain délai ou jusqu'à la survenance d'un fait] aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un litige déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par le tribunal ou le tribunal arbitral [jusqu'à ce que les conditions de l'accord aient été remplies]].

[3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article n'empêchent pas une partie de s'adresser à une autorité de nomination afin de lui demander de nommer un conciliateur.][37]

Article 15. *Arbitre faisant office de conciliateur*

Il n'est pas incompatible avec les fonctions d'un arbitre que celui-ci pose la question d'une éventuelle conciliation et, dans la mesure où les parties en conviennent, participe aux efforts en vue de parvenir à un règlement concerté[38].

Article 16. *Force exécutoire de la transaction*

Si les parties parviennent à s'entendre sur un règlement de litige et qu'un accord de transaction obligatoire est signé par les parties et le conciliateur ou le groupe de conciliateurs, cet accord est exécutoire *[l'État adoptant insère ici les dispositions précises relatives à la force exécutoire de telles transactions.]*[39]

[37]Voir les paragraphes 155 à 158 du document A/CN.9/485.

[38]L'article 15 (qui, dans le projet de texte précédent, figurant et commenté aux paragraphes 102 à 104 du document A/CN.9/WG.II/WP.110, était le projet d'article 11) n'a pas été examiné à la précédente session du Groupe de travail.

[39]L'article 16 (qui, dans le projet de texte précédent, figurant et commenté aux paragraphes 104 à 112 du document A/CN.9/WG.II/WP.110, était le projet d'article 12) n'a pas été examiné à la précédente session du Groupe de travail.

IV. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

Rapport du colloque sur l'insolvabilité internationale organisé par la CNUDCI, INSOL International et l'Association internationale du barreau (Vienne, 4-6 décembre 2000)

(A/CN.9/495) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Pages*
INTRODUCTION	1-5	455
I. REMARQUES GÉNÉRALES	6-12	456
II. PRINCIPAUX ÉLÉMENTS D'UN RÉGIME D'INSOLVABILITÉ EFFICACE	13-29	457
A. Critères d'admissibilité	15-16	457
B. Rôle des dirigeants de l'entreprise	17	457
C. Rôle des créanciers	18-19	457
D. Prévention des abus et rôle des tribunaux et des organismes de réglementation	20-21	458
E. Formation professionnelle et judiciaire	22-26	458
F. Différentes possibilités de redressement	27-28	459
G. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale	29	459
III. FORME DES TRAVAUX FUTURS POSSIBLES	30-33	459
IV. CONCLUSIONS	34-36	459

INTRODUCTION

1. À sa trente-deuxième session (1999), la Commission était saisie d'une proposition de l'Australie (A/CN.9/462/Add.1) sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Consciente qu'il est important, pour tous les pays, d'avoir des régimes solides en matière d'insolvabilité, elle a décidé d'étudier plus avant les questions pertinentes et les travaux déjà entrepris par d'autres organisations. Afin de faciliter cette étude, elle est convenue qu'un groupe de travail devrait consacrer une session à l'examen de ce qui pourrait constituer, dans le contexte actuel, un produit approprié et à la détermination des questions qui seraient incluses dans ce produit. Une telle session exploratoire du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité s'est tenue à Vienne du 6 au 17 décembre 1999 (pour le rapport du Groupe de travail, voir le document A/CN.9/469).

2. À sa trente-troisième session (2000), la Commission a pris note de la recommandation que le Groupe de travail avait formulée dans son rapport (A/CN.9/469, par. 140) et lui a donné 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 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. Il a été convenu que le Groupe de travail devrait, ce faisant, tenir dûment compte des travaux entrepris ou achevés par d'autres organisations, notamment la Banque mondiale, le Fonds monétaire international (FMI), la Banque asiatique de développement (BAsD), International Federation of Insolvency Professionals (INSOL International) et le Comité J de la Section sur le droit commercial de 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[1].

3. Ce colloque, organisé avec l'appui financier et logistique d'INSOL International et en collaboration avec l'Association internationale du barreau, s'est tenu à Vienne, du 4 au 6 décembre 2000. Il devait permettre aux praticiens et experts de l'insolvabilité, aux organisations internationales et aux représentants de gouvernements d'échanger leurs vues sur les travaux réalisés par d'autres organisations en matière de réforme du droit de l'insolvabilité (notamment les rapports de la Banque mondiale, du FMI, de la BAsD, d'INSOL International et de l'Association internationale du barreau) et sur la nécessité, pour les pays, d'entreprendre ou d'envisager d'entreprendre une réforme de tout ou partie de leur législation interne relative à l'insolvabilité, ainsi que de déterminer comment la Commission et d'autres organisations pourraient faciliter cette réforme.

4. Parmi les quelque 150 participants venus de 40 pays figuraient des juristes, des comptables, des banquiers, des juges et des praticiens de l'insolvabilité ainsi que des représentants de gouvernements et d'organisations internationales, telles que l'Association internationale du barreau, la BAsD, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), la Banque mondiale, le FMI et INSOL International. Les principaux intervenants ont été des fonctionnaires, des juges et des praticiens spécialistes de l'insolvabilité ainsi que des représentants d'organisations ayant une solide expérience du droit de l'insolvabilité et des travaux de réforme dans ce domaine.

5. La présente note, qui rend compte des vues et informations échangées par les participants, constitue une évaluation et une synthèse des débats tenus pendant le colloque. En particulier, elle expose brièvement les principales questions qui pourraient servir de base aux travaux futurs de la Commission et décrit la forme que pourraient revêtir ces travaux.

I. REMARQUES GÉNÉRALES

6. Selon une opinion largement partagée, la Commission devait se donner pour objectif général de déterminer les éléments d'un régime d'insolvabilité opérationnel, qui serait clair et compréhensible pour les intervenants à la fois nationaux et étrangers, qui maximiserait l'utilité des actifs corporels et incorporels d'une entreprise d'une manière équitable et équilibrée pour les différentes parties intéressées et qui prévoirait des procédures rapides pour éviter l'érosion de la valeur de l'entreprise. Si, de l'avis général, la défaillance financière, en l'absence de fraude ou de tout acte équivalent, devait être considérée comme faisant partie de la dynamique d'une économie compétitive saine, on ne pouvait pour autant négliger l'impact et la perception de la faillite sur le plan social dans de nombreux pays.

7. Pour l'ensemble des participants, la procédure d'insolvabilité devait être transparente et sûre, ce que faciliteraient des règles appropriées d'information et de divulgation, car l'accès aux informations et leur communication étaient importants pour assurer la prévisibilité du résultat et éviter tout retard dans le règlement des problèmes. Il devait y avoir un moyen de permettre au débiteur et aux créanciers commerçants ainsi qu'à leurs conseillers et, en cas d'insolvabilité, aux personnes participant à la procédure, à savoir les avocats, les praticiens de l'insolvabilité, les administrateurs chargés du redressement de l'entreprise, les organismes de réglementation et les tribunaux, de comprendre comment le régime fonctionnait dans la pratique et quels étaient leur rôle et contribution respectifs.

8. Il a été généralement convenu qu'un régime d'insolvabilité devait comprendre une procédure de liquidation, lorsque celle-ci permettait d'utiliser au mieux les ressources de l'entreprise, ainsi qu'une procédure de redressement (également appelé sauvetage), si cette solution était viable et contribuait à accroître la valeur des actifs de l'entreprise. Il fallait examiner la relation entre ces deux procédures dans le cadre du régime d'insolvabilité afin d'assurer une plus grande intégration, de même que les effets de l'ouverture d'une procédure dans le cadre de cette relation. Il convenait, par exemple, de se pencher sur la question de la suspension, de manière à bien déterminer si les créanciers titulaires d'une sûreté bénéficiaient d'une dérogation ou si leur droit de faire appliquer des mesures d'exécution était temporairement suspendu ou, encore, si la suspension s'appliquait automatiquement. Si la liquidation était considérée comme la solution la plus courante, la Commission n'en devait pas moins s'employer à mettre en place un régime de redressement efficace, ce qui, en tout état de cause, exigerait d'examiner un certain nombre de questions communes aux deux types de procédures.

9. S'agissant des impératifs économiques et sociaux, il a été noté que les branches législative, exécutive et administrative de l'État devaient comprendre qu'il était indéniablement de l'intérêt général de disposer d'un régime d'insolvabilité opérationnel pour favoriser le développement économique et, partant, le succès et la promotion de la politique sociale. Quels que soient les travaux entrepris, la Commission devrait, a-t-on estimé, se concentrer sur le développement économique et la facilitation de l'accès au crédit afin de circonscrire la portée du projet et de l'orienter, un tel ciblage étant conforme au mandat qui lui avait été confié dans le domaine du droit commercial international.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17*, A/55/17, par. 408.

10. Il a été indiqué que de nombreux pays examinaient des régimes de redressement, car il était de plus en plus largement reconnu que de tels régimes jouaient un rôle décisif dans la relance des entreprises et la reprise de l'économie en cas de récession ou de crise. En outre, il était de plus en plus évident que ces régimes et l'efficacité de leur fonctionnement avaient une incidence sur le loyer de l'argent sur le marché des capitaux et des analyses comparatives devenaient courantes et essentielles. On a également estimé que des régimes de redressement efficaces étaient importants pour favoriser l'activité des entreprises et l'accès au capital-risque et que leur absence compromettait la disponibilité et l'augmentation des capitaux étrangers.

11. Il a été noté par ailleurs que les impératifs sociaux auxquels devait satisfaire le droit de l'insolvabilité devaient être pris en considération dans tout projet de réforme dont l'objectif ne devait en effet pas se limiter à la facilitation de l'accès au crédit. Les conséquences de la faillite pour les parties intéressées de même que la façon dont celle-ci était aujourd'hui socialement perçue dans de nombreux pays pouvaient grandement influer sur la réussite des projets de réforme proposés dans le domaine du droit de l'insolvabilité. La perception sociale de la faillite était particulièrement importante lorsqu'elle avait une incidence sur la tendance à recourir ou non à une procédure d'insolvabilité et, partant, sur les chances d'une application de ce régime qui favorise le développement et la croissance économiques.

12. Les participants se sont dits très favorables à ce que la Commission poursuive ses travaux et les achève le plus rapidement possible afin de tirer parti de ceux que menaient d'autres organisations et de l'intérêt général que suscitait actuellement la réforme du droit de l'insolvabilité.

II. PRINCIPAUX ÉLÉMENTS D'UN RÉGIME D'INSOLVABILITÉ EFFICACE

13. Il a été estimé que les principaux éléments devant être pris en compte dans un régime d'insolvabilité étaient les suivants: critères d'admissibilité; actifs de la masse; application automatique de la suspension; rôle des dirigeants de l'entreprise; rôle des créanciers ou des comités de créanciers; traitement des obligations contractuelles; actions en annulation; ordre de préférence dans la distribution; et autres questions ayant trait plus particulièrement au redressement (lien entre liquidation et redressement; activité et financement de l'entreprise; dispositions propres au plan de redressement).

14. Ces éléments, ont fait observer les participants, ne pouvaient être envisagés séparément et devaient interagir les uns avec les autres si l'on voulait que le régime d'insolvabilité fonctionne sans heurts et de manière efficace. Ils ne pouvaient pas non plus être isolés d'autres éléments pertinents du droit économique et commercial, voire de l'ensemble des règles de droit d'un pays. Des mécanismes efficaces de recouvrement des créances, par exemple, comptaient pour beaucoup dans le bon fonctionnement d'un régime d'insolvabilité. On a estimé qu'il fallait mettre en lumière les liens entre le droit de l'insolvabilité et d'autres branches du droit ainsi que leur importance et que la Commission devrait, dans ses travaux futurs, prendre en considération et examiner les implications des différentes solutions possibles eu égard à ces liens.

A. Critères d'admissibilité

15. La détermination du champ d'application d'un régime d'insolvabilité et des critères d'admissibilité correspondants exigeait, a-t-on noté, d'examiner d'importantes questions de principe, à savoir notamment si des entités strictement réglementées, telles que les banques et les compagnies d'assurance, devaient être incluses et dans quelle mesure les entreprises publiques devaient l'être également.

16. On a jugé essentiel que les critères d'admissibilité soient réalistes et équitables et qu'ils tiennent compte des pratiques commerciales modernes. Il importait que les critères applicables, quels qu'ils soient (bilan, liquidités ou autres), n'entravent pas l'innovation, tiennent largement compte des instruments bancaires et des normes comptables modernes et favorisent la rapidité et l'efficacité de la procédure, ce qui impliquait de recourir à des critères d'insolvabilité reconnus et de déterminer rapidement si le seuil d'insolvabilité avait été atteint. Il a également été estimé que les pays devaient assigner des objectifs clairs au régime d'insolvabilité et, en particulier, déterminer les résultats qu'ils en attendaient tels qu'un redressement rapide, la protection des créanciers, le redressement des débiteurs insolvables ou la satisfaction d'autres impératifs fondamentaux.

B. Rôle des dirigeants de l'entreprise

17. Les exemples cités par les participants ont montré que le régime d'insolvabilité devait être souple s'agissant du rôle des dirigeants de l'entreprise dans tous les cas d'espèce. Lorsqu'une dispersion des actifs ou d'autres événements préjudiciables étaient à craindre, il pouvait être nécessaire de relever immédiatement de leur fonction les dirigeants en place. Dans d'autres cas, la solution la plus rationnelle consistait à laisser la direction de l'entreprise continuer d'expédier les affaires courantes sous la supervision toutefois d'un représentant désigné par les créanciers ou le tribunal par exemple. Si la responsabilité de la direction dans la poursuite des activités de l'entreprise insolvable pouvait aller de soi dans certains pays, il ne s'agissait pas là d'un principe universel. En outre, comme la manière dont était traitée cette responsabilité pouvait fortement inciter la direction à négocier avec les créanciers des plans de réorganisation plus durables, il convenait d'attirer l'attention sur ce point dans les travaux de la Commission.

C. Rôle des créanciers

18. On a estimé qu'il serait peut-être nécessaire d'insister sur les intérêts des créanciers en tant que principales parties prenantes dans la procédure d'insolvabilité. De l'avis

général, il convenait de préciser et de distinguer les droits des différentes catégories de créanciers, s'agissant de la formation des comités et du droit de vote de ces différentes catégories, ainsi que des responsabilités découlant de la participation à ces comités et la manière dont elles pouvaient être réglementées ou assumées.

19. On a souligné l'importance du rôle des banques dans l'octroi de crédits, en particulier sur les marchés émergents et dans les pays en développement. Si les prêts bancaires ne devaient pas faire l'objet d'un traitement particulier, les régimes d'insolvabilité modernes devaient néanmoins tenir dûment compte des besoins des créanciers bancaires, en particulier de ceux qui accordaient des prêts en devises étrangères dans des économies inflationnistes, et prendre en considération certains accords de change pouvant avoir une incidence sur le montant des créances en monnaie étrangère.

D. Prévention des abus et rôle des tribunaux et des organismes de réglementation

20. Les participants, examinant le rôle du tribunal dans la procédure d'insolvabilité, ont noté que l'une de ses fonctions essentielles était d'orienter la procédure de manière à en assurer l'intégrité et l'équité aux niveaux tant de la participation que du résultat. L'exercice d'un contrôle visant à prévenir des abus de la part de la direction de l'entreprise ou des cadres ou encore lors du transfert des actifs était considéré comme la principale tâche des tribunaux dans les affaires d'insolvabilité.

21. Il convenait de déterminer au début du processus de réforme quel organisme pourrait être investi d'un pouvoir de réglementation en matière d'insolvabilité. On a fait observer qu'un certain nombre de pays s'orientaient progressivement vers le choix d'un organisme ou d'une institution de type privé, ce qui traduisait une préférence culturelle pour des solutions extrajudiciaires, tandis que, dans d'autres pays, le contrôle du régime d'insolvabilité était de plus en plus souvent perçu comme une fonction judiciaire garantissant un traitement équitable de toutes les parties et une sécurité juridique pour les tiers. Une autre question de principe était de savoir si un régime d'insolvabilité efficace devait faire appel à des juges et à des tribunaux spécialisés. De l'avis général, il n'était pas souhaitable de confier les affaires d'insolvabilité au hasard à des membres d'un tribunal ordinaire. Si la constitution d'un tribunal spécialisé composé de juges versés dans les questions commerciales n'était probablement pas toujours possible ou souhaitable, la procédure gagnerait souvent en souplesse et en accessibilité si certains juges des tribunaux ordinaires étaient désignés pour connaître d'affaires d'insolvabilité et si, dans toute la mesure possible, le même juge s'occupait de l'intégralité de la procédure. Il a été estimé que la Commission devait aborder, dans ses travaux, les considérations de politique générale concernant les différentes possibilités de réglementation.

E. Formation professionnelle et judiciaire

22. De l'avis général, une question primordiale étroitement liée à la prévention des abus était la nécessité de dispenser une formation professionnelle et judiciaire, en particulier lorsque les juges étaient investis d'importants pouvoirs de supervision et de décision dans une procédure d'insolvabilité. Il a été noté que, pour être efficace, le droit de l'insolvabilité devait s'inscrire dans le cadre institutionnel fonctionnant correctement. Si, selon la plupart des participants, la Commission ne pouvait jouer qu'un rôle limité concernant cette formation, elle pouvait néanmoins apporter une contribution en faisant prendre conscience aux décideurs et aux spécialistes de l'insolvabilité que, pour assurer le bon fonctionnement d'un régime d'insolvabilité, il ne suffisait pas de disposer de lois, mais il était également capital de former les professionnels.

23. Selon un point de vue largement partagé, il était souhaitable que les juges traitant de questions d'insolvabilité adoptent une démarche qui tienne compte de la psychologie et de la manière de voir des commerçants et qu'ils ne s'en remettent pas seulement à leurs propres compétences et expériences mais sachent aussi quand et comment faire appel aux compétences et connaissances spécialisées dans le domaine commercial d'autres parties prenantes. Il était également souhaitable que les juges aient acquis une expérience des procédures d'insolvabilité et de leurs exigences particulières et, notamment, qu'ils sachent quand autoriser les parties à engager des négociations extrajudiciaires, même pendant l'instance.

24. Il a été jugé souhaitable que le tribunal puisse être saisi en temps voulu de sorte que les questions exigeant une solution soient traitées en priorité et que le régime d'insolvabilité puisse ainsi fonctionner de manière efficace et rationnelle. Le délai d'appel devrait être réduit au minimum, sans qu'il soit toutefois porté atteinte au principe d'équité envers les parties. Il fallait que la cour d'appel, en particulier si elle ne possédait pas les connaissances spécialisées de la juridiction inférieure, se rende compte que l'information totale ou partielle d'une décision devait être exceptionnelle et n'intervenir qu'en cas d'erreur judiciaire avérée.

25. Une sélection appropriée des juges en fonction de leurs mérites et de leurs capacités et un système où ceux-ci jouiraient d'une sécurité financière et seraient comptables de leurs actions conformément à des règles objectives de bonne conduite, telles que l'intégrité, étaient perçus par de nombreux participants comme un gage de la neutralité et de l'indépendance de la justice et comme un moyen de développer ou de perpétuer la tradition de l'état de droit.

26. Les participants ont proposé, parmi les éléments indispensables pour faciliter la formation, l'élaboration de principes directeurs et l'allocation de ressources pour aider les tribunaux, la mise au point de guides pratiques à l'intention des administrateurs de l'insolvabilité, la création de centres de formation, la coordination de la formation pour éviter tout chevauchement et l'affectation appropriée des ressources. Il a également été proposé d'examiner, dans les travaux futurs sur le droit et les régimes en matière d'insolvabilité, un mécanisme d'autofinancement permettant d'assurer la viabilité et la continuité de cette formation.

F. Différentes possibilités de redressement

27. Selon les participants, il serait bon d'avoir un régime qui encourage les parties à éviter de perdre du temps dans une procédure judiciaire longue et prévoie d'autres procédures qui facilitent le sauvetage du capital au plus tôt et qui pourraient être économiquement plus rationnelles qu'une procédure formelle. Un tel régime fonctionnait d'autant mieux dans un système juridique et une infrastructure adaptés pouvant assurer la prévisibilité des résultats, mais était également utile lorsque le cadre institutionnel n'était pas approprié.

28. Les travaux réalisés par un groupe de spécialistes du crédit (Lenders Group) d'INSOL International sur la déclaration de principes pour une approche globale des arrangements de redressement faisant intervenir plusieurs créanciers ont été présentés. Ces principes directeurs, fondés sur des données d'expérience, étaient destinés à accélérer les redressements d'entreprises et, partant, à accroître les chances de réussite de sorte que les débiteurs et les créanciers puissent parvenir à une solution rapidement et d'une manière relativement structurée. On a fait observer que les principes pouvaient très probablement favoriser de tels arrangements lorsque le pays disposait d'un cadre juridique, réglementaire et administratif approprié. L'existence d'un droit de l'insolvabilité bien conçu et son application cohérente, en offrant au créanciers financiers des voies de recours efficaces contre des débiteurs récalcitrants, encourageaient les débiteurs à coopérer avec ces créanciers afin de négocier un accord en dehors d'une procédure formelle d'insolvabilité dans un délai acceptable. Les participants se sont félicités de l'élaboration de ces principes qui, selon certains toutefois, n'allaient peut-être pas assez loin et devaient sans doute être complétés pour assurer l'exécution des accords extrajudiciaires. Il a été également proposé d'introduire, dans le régime d'insolvabilité, une procédure accélérée permettant d'exécuter un plan de redressement qui n'était pas entièrement consensuel, mais était approuvé par une vaste majorité des créanciers. Ce plan serait mis en œuvre par l'intermédiaire d'un tribunal (chargé des affaires d'insolvabilité) afin qu'il devienne contraignant pour la minorité dissidente, à condition qu'il remplisse un certain nombre de critères objectifs spécifiés dans la législation sur l'insolvabilité. De nombreux participants ont estimé qu'une analyse approfondie serait nécessaire afin de déterminer s'il fallait donner suite à une telle proposition dans le cadre des travaux sur l'insolvabilité que la Commission pourrait entreprendre.

G. Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale

29. Les participants ont fermement encouragé les pays à adopter la Loi type le plus rapidement possible. Afin de faciliter cette adoption, on a suggéré de préciser que les travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité que pourrait entreprendre la Commission ne viseraient nullement à étoffer ou à modifier le texte existant de la Loi type.

III. FORME DES TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

30. Les participants sont généralement convenus qu'en raison de la complexité des liens entre le droit de l'insolvabilité et les autres branches du droit interne, ainsi que des questions de politique générale concernant les impératifs sociaux et économiques, l'élaboration d'une loi type unique n'était ni possible ni souhaitable. En outre, comme le processus de réforme du droit s'inscrivait dans la continuité et qu'il fallait absolument tenir compte de l'évolution du contexte économique et des considérations de politique générale, il s'avérait souhaitable de mettre au point un produit modulable, qui s'articulait autour des principaux éléments d'un régime d'insolvabilité efficace.

31. On a estimé que les travaux futurs devaient se décomposer en trois grands volets. Dans le premier, il s'agirait, en tenant compte des principaux éléments des rapports émanant d'organisations internationales (Banque mondiale, FMI et BAsD), d'exposer les caractéristiques essentielles d'un régime d'insolvabilité efficace et de passer en revue les différentes options générales et approches pouvant être adoptées pour traiter les diverses questions recensées, y compris l'impact des facteurs sociaux et économiques.

32. Dans le deuxième volet, on procéderait à une analyse comparative de certaines des dispositions et des solutions existant déjà dans les législations nationales et les instruments internationaux et on confronterait, lorsqu'il y avait lieu, les résultats obtenus dans la pratique, dans la mesure où ceux-ci pourraient aider les législateurs à opérer un choix entre les différentes options possibles.

33. Enfin, dans le troisième volet, on présenterait les dispositions ou recommandations législatives proposées ou on en donnerait les grandes lignes, y compris les questions essentielles à traiter. La forme que pourrait revêtir ce dernier volet dépendrait du sujet à l'étude. Comme il a été noté lors du colloque, certains des éléments clefs pouvaient se prêter à l'élaboration de projets de dispositions types, car on s'accordait à leur propos sur l'adoption d'une approche particulière. Lorsque cela n'était pas le cas, les éléments ou points principaux devant être examinés pour traiter efficacement certains sujets pouvaient être énumérés.

IV. CONCLUSIONS

34. Les participants se sont déclarés très favorables à la réalisation, par la Commission, de travaux (sous la forme décrite aux paragraphes 30 à 33 ci-dessus) sur les principaux éléments d'un régime d'insolvabilité efficace, tels qu'énumérés au paragraphe 13. Bien que le Groupe de travail ait été prié de réaliser ces travaux le plus rapidement possible, les participants ont vivement recommandé qu'un délai d'environ six mois soit fixé pour l'élaboration minutieuse des projets devant lui être soumis pour examen. Il a été noté par ailleurs qu'aux termes du mandat que lui avait confié la Commission[2] le Groupe de travail devait tenir compte des travaux entrepris ou achevés par

[2]Ibid., par. 409. Les termes du mandat se fondent sur une recommandation que le Groupe de travail avait formulée au paragraphe 140 du document A/CN.9/469.

d'autres organisations internationales et commencer ses travaux après réception des rapports actuellement élaborés par d'autres organisations, telles que la Banque mondiale. Il a été indiqué que le rapport de la Banque mondiale serait finalisé au début de 2001.

35. Compte tenu de ces éléments, la session du Groupe de travail, initialement prévue du 26 mars au 6 avril 2001 à New York, se tiendra du 23 juillet au 3 août 2001 à New York. Une autre session du Groupe de travail pourrait avoir lieu en décembre 2001 à Vienne.

36. À la lumière du mandat confié au Groupe de travail[3], la Commission souhaitera peut-être prendre note du présent rapport et inviter le Groupe de travail à entreprendre ses travaux rapidement.

[3]Ibid.

V. TRAVAUX FUTURS ÉVENTUELS

A. Travaux futurs éventuels dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé: note du secrétariat (A/CN.9/488) [Original: anglais]

1. À sa trente-troisième session (New York, 12 juin-7 juillet 2000), la Commission a adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé composé des recommandations concernant la législation (A/CN.9/471/Add.9), telles qu'amendées par la Commission à cette session, 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 (A/55/17, par. 372)[1]. Ce Guide a depuis été publié dans toutes les langues officielles.

2. À la même session, la Commission a aussi examiné une proposition concernant des travaux futurs dans ce domaine. L'avis a été émis que, même si le Guide législatif devait constituer une référence utile pour le législateur national lors de l'établissement d'un cadre juridique favorable aux investissements privés dans les infrastructures publiques, il serait cependant 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[2].

3. Après examen de cette proposition, la Commission a décidé d'étudier à sa trente-quatrième session l'opportunité et la possibilité d'établir une loi type ou des dispositions législatives types sur certaines questions traitées dans le Guide. Pour l'aider à prendre une décision en toute connaissance de cause, le secrétariat a été prié d'organiser un colloque, en coopération avec d'autres organisations internationales ou institutions financières internationales intéressées, en vue de diffuser des informations sur le Guide[3].

4. Un colloque sur le thème "Projets d'infrastructure à financement privé: cadre juridique et assistance technique" a été organisé avec le coparrainage et l'assistance organisationnelle du mécanisme d'assistance technique pluridonateur Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), qui a pour vocation d'aider les pays en développement à améliorer la qualité de leurs infrastructures en mobilisant la participation du secteur privé. Il s'est tenu du 2 au 4 juillet 2001 à Vienne, au cours de la deuxième semaine de la trente-quatrième session de la Commission. Il avait pour but de présenter les meilleures pratiques en matière de législations et de règlements, et aussi d'évaluer l'aide dont les pays récipiendaires pourraient avoir besoin afin d'établir un cadre législatif et réglementaire pour les partenariats entre secteur public et secteur privé. Comme le Colloque avait aussi pour objectif d'aider la Commission à prendre une décision sur la question des travaux futurs éventuels dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, les participants ont été invités à faire des recommandations sur l'opportunité, et surtout la possibilité, d'établir une loi type ou des dispositions législatives types dans ce domaine.

5. Plus de 70 participants se sont inscrits au Colloque, notamment des représentants de gouvernements, des banquiers et des juristes du secteur privé venus de plus de 20 États, ainsi que des représentants d'organisations du système des Nations Unies (la Commission économique pour l'Europe et l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel), d'institutions financières multilatérales (comme la Banque africaine de développement, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, la Société financière internationale et la Banque mondiale), d'organisations intergouvernementales (comme la Commission européenne et l'Institut international de droit du développement) et d'organisations non gouvernementales (comme l'Union des avocats européens, la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC), le Forum européen des entreprises générales, l'Association panaméricaine de cautionnement (PASA) et l'International Surety Association). Les participants représentaient un large éventail de connaissances pratiques et l'optique de différents systèmes juridiques.

6. Plus de 20 personnes ont pris la parole, notamment des représentants d'organisations internationales, d'éminents juristes universitaires, des représentants de gouvernements et des praticiens privés ayant une grande expérience des projets d'infrastructure à financement privé. En outre, l'éventail des données d'expérience et des opinions exposées s'est élargi lors des débats informels qui ont émaillé le programme.

7. On trouvera dans la présente note un compte rendu des informations présentées, des vues exprimées, des questions soulevées et des recommandations faites à l'occasion du Colloque aux fins d'examen par la Commission.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 195 à 368.

[2] Ibid., par. 375.

[3] Ibid., par. 379.

8. La première journée du Colloque a été consacrée à l'examen des moyens par lesquels les organisations internationales pouvaient aider au mieux les pays à mettre en œuvre les politiques nationales favorables à l'investissement privé dans les infrastructures. Les types d'assistance que les organisations internationales offraient actuellement ou envisageaient de fournir aux pays qui souhaitaient recourir au financement privé pour la mise en place de leurs infrastructures ont été présentés en détail.

9. La deuxième journée a été consacrée à la présentation du cadre juridique et de l'expérience spécifique de certains pays, dont l'Argentine, le Brésil, la Croatie, les États-Unis d'Amérique, la France, la Hongrie, l'Ouganda, les Philippines et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

10. Le troisième et dernier jour a été consacré à l'examen des vues du secteur privé — aussi bien des institutions financières et prestataires de services financiers que des exploitants d'infrastructures — ainsi qu'à un débat final sur la manière de faire connaître le Guide et sur l'opportunité et la faisabilité d'une loi type sur certaines des questions traitées dans cet ouvrage.

11. De l'avis général, un cadre juridique adéquat était indispensable pour que les projets d'infrastructure attirent des investissements privés. Il a été noté, à ce propos, que le Guide législatif ne donnait pas à entendre qu'un financement privé était nécessairement la meilleure façon de promouvoir et d'exécuter des projets d'infrastructure publique, mais qu'il avait pour objectif d'aider le législateur à mettre en place un cadre juridique adéquat quand il avait été décidé d'opter pour des infrastructures à financement privé.

12. D'après les exemples donnés par les participants, en particulier par les représentants d'organisations internationales, les principaux obstacles à l'existence et au développement des infrastructures à financement privé étaient: les politiques et réglementations inadéquates, tant au niveau législatif qu'administratif, entraînant des coûts de passation de contrats et d'appel d'offres élevés; la mauvaise rentabilité financière et commerciale des projets; le manque d'efficacité des contrats; les faiblesses institutionnelles et l'absence de coordination au niveau des pouvoirs publics et des administrations; le manque de connaissances de la gestion des projets du côté des pouvoirs publics; le manque de concurrence et de transparence dans les procédures de sélection; la faiblesse des marchés nationaux et de la participation des entreprises locales.

13. Inversement, un certain nombre de facteurs de nature à susciter l'intérêt du secteur privé pour les infrastructures publiques ont été mentionnés: détermination et dynamisme politiques; cadre législatif clair et souple; existence d'organismes de coordination bien pensés au sein de l'administration publique; clarté des priorités et des objectifs à atteindre en sollicitant la participation du secteur privé.

14. En conséquence, deux types d'assistance pouvaient être envisagés pour les pays hôtes. D'une part, une assistance financière pour les activités suivantes: le cofinancement de la conception des projets; les services consultatifs en vue de mettre en place le cadre législatif et administratif national; l'identification des lignes directrices et des procédures normalisées; l'aide à la formation et au renforcement des capacités; l'assistance technique pour des projets d'infrastructure particuliers; la promotion des investissements; le renforcement et l'expansion des garanties. D'autre part, une assistance non financière, prenant diverses formes: l'aide à la rédaction d'une nouvelle législation ou à la modification de la législation existante; la rédaction d'accords de concession types; les services consultatifs visant à améliorer l'efficacité des organismes publics compétents et à accroître la transparence des marchés publics; la formation juridique gestionnelle et la réforme du secteur des infrastructures. On a également souligné l'importance de mécanismes d'assistance permettant aux pays en développement et en transition d'exploiter des projets de manière autonome et durable. Selon une opinion largement partagée, il était souhaitable d'améliorer la coordination entre les organisations afin d'éviter les doubles emplois et les chevauchements des différents types d'aide fournis.

15. De l'avis général des participants, le Guide législatif était un instrument précieux qui aiderait les législateurs nationaux à mettre en place un cadre législatif favorable aux projets d'infrastructure à financement privé et il faudrait s'efforcer d'en assurer la large diffusion. Il a été reconnu que le Guide serait utile non seulement pour la rédaction de nouvelles lois, mais aussi comme référence pour vérifier l'adéquation et l'efficacité des lois en vigueur. En conséquence, le Colloque a vivement recommandé que le secrétariat prenne des initiatives, conjointement avec d'autres organisations, pour faire largement connaître le Guide (notamment en le présentant dans des séminaires, des conférences et des ateliers au niveau régional, ainsi que dans des conférences internationales sur le financement de projets; en faisant sa publicité dans des revues et des bulletins d'organisations internationales, d'associations professionnelles et de cabinets juridiques privés; en l'intégrant à des cours offerts par des organisations internationales; en établissant des hyperliens dans les sites Web des organisations compétentes).

16. Le Colloque a entendu un certain nombre de vues quant à l'opportunité et à la faisabilité d'une loi type dans le domaine des infrastructures à financement privé.

17. Plusieurs participants ont déclaré qu'il y avait une demande importante pour une telle loi type. Il a été noté que le Guide constituait un bon point de départ, mais que des lignes directrices plus concrètes, sous forme de dispositions législatives types, étaient souhaitables, notamment pour les pays sans expérience, ou avec seulement une expérience limitée des projets d'infrastructure à financement privé. À cet égard, on a noté qu'une loi type non seulement aurait toutes les chances d'encourager ces pays à traiter les questions de politique générale qui sous-tendaient l'investissement privé dans les infrastructures,

mais faciliterait aussi le processus législatif conduisant à l'adoption d'une législation. Selon un autre point de vue, une loi type favoriserait le renforcement des capacités dans les pays en développement et pourrait contribuer à rendre ces derniers moins dépendants des conseils d'experts de pays développés.

18. Des dispositions types pourraient, a-t-on estimé, servir de lignes directrices non seulement au législateur, mais également pendant tout le processus de négociations, augmentant ainsi la rapidité et l'efficacité de ce dernier. On a en outre fait observer que de telles dispositions pourraient aussi être utiles au niveau des pouvoirs publics, en ce qu'elles permettraient d'harmoniser les politiques et les procédures au sein des différents organismes et administrations. Par ailleurs, il a été indiqué qu'une loi ou des dispositions législatives types pourraient avoir une fonction didactique pour le législateur, les fonctionnaires et les magistrats.

19. Ces vues ont suscité un large appui, mais les opinions ont divergé quant aux questions qui pourraient être utilement traitées dans des dispositions législatives types. Selon un point de vue, la Commission pourrait envisager de rédiger un texte court, fait d'un nombre limité de dispositions fondamentales et indispensables traitant de questions et de domaines pour lesquels l'expérience avait démontré qu'un cadre législatif solide était essentiel afin d'attirer les investissements privés. On a fait observer qu'une telle loi type n'avait pas à porter sur l'intégralité des questions traitées dans le Guide législatif. La plus grande partie des dispositions pourrait provenir du Guide lui-même, où la plupart des questions prêtant à controverse avaient été traitées d'une manière acceptable pour les divers systèmes juridiques. On a en outre fait observer qu'un tel projet n'empêcherait pas d'autres initiatives visant à assurer la diffusion la plus large possible du Guide. Selon une autre proposition, de telles dispositions législatives types devraient porter sur une seule étape des projets d'infrastructure à financement privé, à savoir la sélection du concessionnaire.

20. Selon une vue contraire, qui a également bénéficié d'un appui important parmi les participants, l'élaboration d'une loi type n'était ni faisable ni souhaitable. S'agissant de la faisabilité, on a rappelé que la très grande disparité des approches choisies par différents systèmes juridiques avait déjà conduit à l'échec de projets régionaux moins ambitieux. S'agissant de l'opportunité, la crainte générale exprimée a été qu'en entreprenant immédiatement la rédaction de dispositions législatives types dans le domaine des infrastructures à financement privé on ne nuise au travail considérable et précieux qui avait conduit à l'adoption du Guide. L'opportunité d'un tel projet ne devrait être examinée qu'ultérieurement, une fois que l'on aurait mieux fait connaître l'existence et la teneur du Guide aux législateurs et que l'on n'en aurait véritablement vérifié l'utilité. Pour ce qui était de l'idée d'élaborer une loi type courte, des doutes ont été émis quant à la possibilité de rédiger un texte qui soit aussi acceptable pour les divers systèmes juridiques représentés à la Commission que le Guide législatif. Selon une autre opinion, une loi type ne pourrait prendre dûment en considération et traiter les particularités des différents accords existant dans ce domaine. Des inquiétudes ont aussi été exprimées quant au coût d'une telle entreprise et au temps qu'elle prendrait. Enfin, on a rappelé qu'il fallait éviter tout chevauchement avec d'autres projets actuellement menés par la Commission.

21. On a rappelé aux participants des cas dans lesquels une loi type n'aurait pas nécessairement un impact positif sur le développement des infrastructures. Il a été noté que nombre des questions essentielles relatives à l'investissement privé dans les infrastructures ne se prêtaient pas à un traitement dans le contexte d'une loi type, dans la mesure où elles revêtaient un caractère plus politique que juridique. On a également fait observer qu'un certain nombre de pays avaient entrepris de revoir leur législation dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé et que certains d'entre eux se basaient déjà à cette fin sur le Guide législatif. On a exprimé la crainte qu'une décision de la Commission d'entreprendre d'autres travaux dans ce domaine ne suscite dans ces pays des hésitations quant à l'autorité du Guide législatif comme source de lignes directrices pour les législateurs nationaux. Ce risque pourrait même être plus grand si le texte final des dispositions législatives types différait des recommandations figurant dans le Guide législatif ou y était contraire.

22. Les participants n'ont pu parvenir à un consensus suffisant pour que le Colloque puisse formuler une recommandation concrète à la Commission sur l'opportunité et la faisabilité de l'élaboration de dispositions législatives types dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé, mais ils ont exprimé l'espoir que les observations formulées aideraient la Commission à prendre sur le sujet une décision en pleine connaissance de cause.

23. Sans préjudice de la décision de la Commission quant à la possibilité de travaux futurs, le Colloque a vivement recommandé que les organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales compétentes, ainsi que les institutions financières multilatérales, mettent au point des stratégies communes permettant de promouvoir les meilleures pratiques dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé. Le Colloque a également vivement recommandé que ces organisations s'attachent à assurer une approche cohérente dans leurs activités et à éviter des chevauchements inutiles.

24. La Commission voudra peut-être exprimer sa gratitude au Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF) pour l'appui financier et organisationnel qu'il a apporté au secrétariat pour la préparation du Colloque. Elle voudra peut-être également exprimer ses remerciements aux diverses organisations internationales intergouvernementales et non gouvernementales représentées au Colloque ainsi qu'aux orateurs invités par le secrétariat. Elle souhaitera peut-être, enfin, demander à ce que le compte rendu des travaux du Colloque soit publié par l'Organisation des Nations Unies.

B. Les sûretés: note du secrétariat (A/CN.9/496) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	*Pages*
INTRODUCTION		1-10	465
I.	IMPORTANCE ÉCONOMIQUE DU CRÉDIT GARANTI	11-21	466
II.	DROIT DE L'INSOLVABILITÉ ET DROIT DES SÛRETÉS	22-28	468
III.	GUIDE LÉGISLATIF RELATIF AUX SÛRETÉS EN GÉNÉRAL	29-61	469
	A. Questions relatives à la constitution de sûretés	32-50	469
	1. Restrictions quant aux biens pouvant servir de garantie	33-37	469
	2. Description des biens grevés	38-40	470
	3. Sûretés sans dépossession	41-44	470
	4. Produit du bien grevé	45-47	471
	5. Réserve de propriété	48-49	471
	6. Non-discrimination à l'égard de créanciers autres que nationaux	50	472
	B. Questions relatives au rang de priorité des sûretés	51-59	472
	1. La priorité de la sûreté; la création d'un système d'enregistrement	51-54	472
	2. Sûretés en garantie du prix d'achat	55-56	472
	3. Autres créances privilégiées	57-59	473
	C. Questions relatives à la réalisation des sûretés	60-61	473
IV.	SÉCURITÉS CONSTITUÉES SUR DES ÉLÉMENTS PARTICULIERS D'ACTIF: LES VALEURS MOBILIÈRES	62-122	474
	A. Évolution économique et technique récente	65-69	474
	B. Répercussions juridiques des évolutions récentes	70-91	475
	1. Les certificats en tant que documents probants ou titres de propriété	71-74	475
	2. Réduction du rôle des certificats	75-83	475
	3. Conséquences juridiques de la réduction du rôle des certificats	84-91	476
	C. Suppression des certificats	92-110	477
	D. Travaux en cours concernant la constitution de sûretés sur des valeurs mobilières	111-122	479
V.	SÛRETÉS CONSTITUÉES SUR DES ÉLÉMENTS PARTICULIERS D'ACTIF: LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	123-136	480
VI.	QUESTIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	137-164	481
	A. Importance des règles de conflit dans le cadre de l'unification des règles de droit matériel	137	481
	B. Biens corporels	138-153	482
	1. Problèmes de conflit de lois liés à un éventuel déplacement des biens	143-145	482
	2. Transposition de la sûreté: problèmes et solutions possibles	146-149	483
	3. Biens en transit et biens destinés à l'exportation	150-151	484
	4. Application de la *lex rei sitae* dans le cas des biens mobiles	152-153	484

		Paragraphes	Pages
C.	Loi applicable aux sûretés sur des biens incorporels	154-163	484
1.	Remarques générales	154-157	484
2.	Propriété intellectuelle	158-161	485
3.	Valeurs mobilières	162	485
4.	Loi applicable aux droits patrimoniaux sur des comptes de dépôt d'espèces auprès d'institutions financières	163	486
D.	Autres catégories de biens pour lesquelles des règles spéciales de droit international privé peuvent être nécessaires	164	486
VII.	CONCLUSION	165-166	486

INTRODUCTION

1. Le sujet des opérations assorties d'une sûreté intéresse depuis longtemps la Commission[1]. À la fin des années 70, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a examiné les premières études réalisées dans ce domaine du droit[2]. Ces études ont conduit le secrétariat à penser que l'élaboration d'une loi type serait à la fois souhaitable et possible. À sa treizième session, en 1980, la Commission a étudié une note du secrétariat exposant les questions à examiner et avançant des propositions quant à d'éventuelles solutions[3].

2. Toutefois, lors de cette session, la Commission est parvenue à la conclusion qu'une unification du droit des sûretés réelles à l'échelle mondiale n'était probablement pas possible, en raison de la trop grande complexité du sujet et des trop nombreuses divergences entre systèmes juridiques et parce qu'elle estimait que, pour réaliser une telle unification, d'autres domaines du droit comme celui de l'insolvabilité devraient être unifiés et harmonisés, ce qui, à l'époque, semblait impossible. Au cours des débats de cette session, il a été jugé souhaitable que la Commission attende les résultats des travaux effectués par d'autres organisations, comme l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) qui avait alors entrepris d'élaborer une convention sur l'affacturage international (laquelle a été définitivement mise au point en 1988 et est entrée en vigueur en 1995).

3. C'est lors du Congrès de la CNUDCI ayant pour thème "Le droit commercial uniforme au XXIe siècle", qui s'est tenu à New York en 1992 à l'occasion de la vingt-cinquième session de la Commission[4], qu'a été de nouveau évoquée la nécessité pour la CNUDCI de reprendre ses travaux sur les opérations assorties d'une sûreté[5].

4. Cette nécessité a été réaffirmée lors de conférences qui ont eu lieu ces dernières années dans le monde entier et elle a suscité l'intérêt du législateur aux échelons international, régional et national, ainsi que celui d'institutions financières internationales et régionales comme la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) et la Banque asiatique de développement (BAsD). À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission a été saisie d'un rapport (A/CN.9/475) qui visait à l'informer des activités en cours dans le domaine des sûretés, favoriser des actions concertées et faciliter l'examen de la question, non seulement en exposant les précédents travaux de la Commission sur les sûretés et l'évolution de la législation dans ce domaine au cours des vingt-cinq dernières années, mais aussi en cernant les problèmes et en faisant des propositions quant à d'éventuels domaines pour de futurs travaux.

5. Lorsqu'elle a examiné le rapport à sa trente-troisième session, la Commission a souligné que le moment était opportun pour entreprendre des travaux sur les opérations assorties d'une sûreté, 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 des lois modernes 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. Il a été dit également que ces lois pouvaient réduire les inégalités entre parties des pays développés et parties 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 que ces lois établissent un équilibre approprié dans le traitement des créanciers privilégiés, garantis et chirographaires pour être acceptées par tous les États. On a également déclaré que, compte tenu de la divergence des politiques nationales, il serait souhaitable de privilégier la souplesse

[1]Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-troisième session, Supplément n°16* (A/7216), par. 40 à 48 et ibid., *vingt-quatrième session, Supplément n° 18* (A/7618), par. 139 à 145.

[2]Les documents élaborés dans le cadre des travaux de la CNUDCI sur les sûretés étaient les suivants: A/CN.9/102, "Sûretés réelles", document examiné dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, trentième session, Supplément n° 17* (A/30/17), par. 47 à 63; A/CN.9/130, A/CN.9/131 et annexe, une étude sur les sûretés et les principes juridiques régissant les sûretés [établie par M. Ulrich Drobnig (Allemagne)]; et A/CN.9/132 sur le livre 9 de l'Uniform Commercial Code des États-Unis d'Amérique, documents examinés dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-deuxième session, Supplément n° 17* (A/32/17), par. 37, et le rapport du Comité plénier II, par. 9 à 16; A/CN.9/165, "Sûretés: possibilité d'établir des règles uniformes destinées à être utilisées pour le financement du commerce", document examiné dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-quatrième session, Supplément n° 17* (A/34/17), par. 49 à 54; et A/CN.9/186, "Les sûretés: questions à examiner en vue de l'élaboration de règles uniformes", document examiné dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n°17* (A/35/17), par. 23 à 28.

[3]Conditions de forme relatives à la constitution d'une sûreté, mesures requises pour qu'une sûreté produise effet à l'égard des tiers, questions de priorité, recettes provenant du bien grevé, voies de recours en cas de défaut de paiement (voir A/CN.9/186).

[4]Voir *Le droit commercial au XXIe siècle, Actes du Congrès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New York, 18-22 mai 1992* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.14), par. 268 à 274.

[5]Ibid., par. 159 et 271.

en élaborant un ensemble de principes accompagné d'un guide plutôt qu'une loi type[6].

6. Un certain nombre de propositions ont été faites quant aux questions sur lesquelles axer les travaux à entreprendre. Selon l'une d'entre elles, il convenait de traiter des sûretés sur les valeurs mobilières (par exemple les actions, les obligations, les swaps et les produits dérivés). De telles valeurs qui étaient détenues sous la forme d'écritures sur un registre, par un intermédiaire et, matériellement, par un établissement dépositaire, étaient des instruments importants qui servaient de base à l'octroi d'énormes quantités de crédit, 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 réel et étaient protégés, en particulier en cas d'insolvabilité d'un intermédiaire. On a également fait observer qu'il était 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 envisageait de traiter cette question révélait tant son importance que son urgence. Il convenait de souligner à cet égard que les travaux de la Commission seraient compatibles avec ceux entrepris par la Conférence de la Haye et les compléteraient utilement, compte tenu en particulier du fait que les travaux de la Commission seraient principalement axés sur les aspects de droit matériel tandis que la Conférence de la Haye traite du droit international privé[7].

7. Il a aussi été proposé de traiter des sûretés sur les stocks (soit un ensemble en évolution constante de biens meubles 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 l'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 loi uniforme sur ce sujet, on a mentionné les suivantes: création et portée d'une sûreté (qui devrait comprendre les biens acquis, et garantir les dettes 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[8].

8. Selon une autre proposition, une loi uniforme devrait envisager l'établissement d'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. Il a été estimé que le meilleur moyen de parvenir à ce résultat serait que le registre puisse couvrir tous les types de sûretés sur tous les types de biens[9].

9. 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 en outre convenu 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 opposition à un ensemble de principes accompagnés d'un guide ou à une loi uniforme sur certains types de biens). Il a été enfin convenu qu'il fallait faire fond sur les travaux menés par d'autres organisations et tenir compte, dans toutes suggestions, de la nécessité d'éviter des chevauchements d'activités.

10. La présente étude, élaborée conformément à cette demande de la Commission, vise à faciliter l'examen de la Commission quant à ses travaux futurs dans le domaine du droit des opérations assorties de sûretés, ainsi que toute décision à cet égard. Après quelques observations liminaires sur les raisons pour lesquelles il est recouru au crédit garanti, on examinera brièvement les liens entre le droit de l'insolvabilité et le droit des sûretés. Seront ensuite envisagées les questions relatives à l'élaboration de dispositions législatives types sur les sûretés en général, ainsi que celles concernant la formulation d'une législation type propre à certains biens, en particulier une législation type relative aux valeurs mobilières et aux droits de propriété intellectuelle. Le dernier chapitre est consacré à des questions de droit international privé.

I. IMPORTANCE ÉCONOMIQUE DU CRÉDIT GARANTI

11. Au cours des dernières années, de nombreux décideurs ont tenté de moderniser les règles relatives à la constitution de sûretés en faveur des créanciers en vue de favoriser le commerce. Il suffira de mentionner à cet égard qu'en 1999 les États-Unis d'Amérique ont profondément remanié l'article 9 (relatif aux sûretés) de leur Code de commerce uniforme et qu'autant la Nouvelle-Zélande que la Roumanie se sont dotées de lois générales sur les sûretés mobilières, en modernisant les règles relatives aux opérations garanties. D'autres pays, comme la Bulgarie (1996), le Chili (1982), la Grèce (2000), l'Indonésie (1999), la Lettonie (1998), la Lituanie (1997), le Monténégro (1996) et la Pologne (1996), ont également adopté des lois portant sur les sûretés (dont la teneur est toutefois différente de celles précitées).

12. Cette évolution fait ressortir une nette tendance à la modernisation du régime juridique relatif aux sûretés. L'élaboration d'un tel régime moderne suppose que soient

[6] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 459.

[7] Ibid., par. 460.

[8] Ibid., par. 461.

[9] Ibid., par. 462.

prises en considération les raisons pour lesquelles les parties recourent à la constitution de sûretés. Se contenter de dire que la constitution d'une sûreté diminue le coût global des opérations de prêt ne suffit pas à expliquer le phénomène vu que, comme l'ont souligné d'autres commentateurs, le recours au crédit assorti de sûretés n'est pas une pratique universelle, c'est-à-dire que de nombreux prêteurs/ créanciers ne garantissent pas l'ensemble des crédits qu'ils consentent ou ne garantissent pas du tout leurs crédits. L'exposé des raisons pour lesquelles le crédit garanti est — ou n'est pas — une pratique efficace pourra faciliter les travaux de la Commission dans ce domaine du droit, et il sera d'ailleurs utile aux rédacteurs d'instruments juridiques futurs de garder à l'esprit les raisons qui poussent à recourir à des sûretés.

13. Pour comprendre ces raisons, il faut examiner les points de vue des parties intervenant sur le marché de l'argent qui les conduisent à recourir (ou à s'abstenir de recourir) au crédit garanti.

14. Les avantages qu'un créancier retire de la constitution de sûretés peuvent réduire ses coûts globaux anticipés et donc, indirectement, réduire les frais que doit supporter le débiteur pour inciter le créancier à lui accorder un crédit. On peut distinguer deux types différents d'avantages: les avantages directs et les avantages indirects. L'avantage direct le plus manifeste pour le prêteur garanti est le fait que la constitution d'une sûreté augmente les chances de paiement en cas de défaillance du débiteur. Les commentateurs ont discerné trois moyens différents d'accroître l'aptitude du prêteur garanti à obtenir paiement de sa créance: la constitution d'une sûreté; l'octroi d'un rang de priorité (en vertu duquel le prêteur sera désintéressé avant d'autres créanciers); et l'amélioration des recours offerts au prêteur (lui permettant d'obtenir un recouvrement forcé plus rapidement que si sa créance n'était pas garantie). Si le prêteur estime, lorsqu'il accorde le crédit, que ces avantages augmentent les chances de remboursement, il peut diminuer le coût du crédit, ce qui réduit les frais globaux de l'opération.

15. Le prêteur garanti peut tirer d'autres avantages, plus indirects, de la constitution d'une sûreté. Ainsi, l'obtention d'une sûreté par le créancier améliorerait sa faculté de limiter l'endettement ultérieur et inciterait davantage le débiteur à s'efforcer de rembourser le prêt spontanément et à s'abstenir d'un comportement à risque.

16. S'agissant de la faculté du créancier de limiter l'endettement ultérieur, l'idée est que le débiteur sera plus attentif à ses affaires s'il y trouve un enjeu plus substantiel. Le créancier, en restreignant la faculté du débiteur d'obtenir d'importants prêts à l'avenir, restreint aussi sa faculté de diminuer son intérêt dans l'entreprise, dès lors que le créancier peut aussi limiter la faculté du débiteur d'en céder la propriété. Certes les droits inhérents à la constitution d'une garantie n'excluent pas directement tout endettement ultérieur, mais la constitution d'une garantie peut restreindre la faculté du débiteur d'obtenir d'autres prêts à l'avenir en réduisant sa faculté d'accorder une sûreté valable à des prêteurs ultérieurs. C'est cette restriction qui peut rendre l'endettement ultérieur relativement onéreux (et donc moins attrayant) pour le débiteur.

17. Un autre avantage est le moyen de pression que confère au créancier l'octroi d'une garantie, laquelle renforce l'incitation de l'emprunteur à rembourser sa dette. L'influence du créancier garanti sera d'autant plus grande qu'il aura plus de chances de disposer de voies de recouvrement efficaces.

18. Un avantage supplémentaire tient à la plus grande faculté qu'a alors le créancier d'empêcher le débiteur d'adopter un comportement à risque propre — selon le créancier — à diminuer sa capacité de remboursement. Vu qu'en général les opérations de prêt non garanties confèrent au créancier une part importante du risque de perte en cas de déconfiture du débiteur, celui-ci peut assurément être plus enclin à prendre des risques qu'il ne le serait s'il lui fallait assumer tous les risques d'une faillite. Il peut en résulter, d'une part, une diminution des probabilités de remboursement par le débiteur et, d'autre part, un accroissement du coût de l'opération. Ainsi, les mécanismes de prêt garanti qui atténuent ce décalage peuvent réduire les frais de l'opération en diminuant l'évaluation que fait le créancier, avant d'accorder le crédit, du risque de non-remboursement.

19. Pour l'emprunteur, le principal avantage tient au fait que, plus une entreprise commerciale est à même d'utiliser comme garantie d'un prêt la valeur propre de ses actifs, plus elle aura de chances d'obtenir un crédit à moindre coût.

20. Il reste que le crédit garanti entraîne également des frais que ne comporte pas le crédit non garanti. Il s'agit principalement des frais afférents à la conclusion de l'opération garantie ainsi qu'à la gestion des crédits. S'agissant du premier type de frais, trois catégories peuvent être définies: les frais d'information (comme ceux relatifs à l'obtention de renseignements sur la valeur du bien grevé et les droits du débiteur sur celui-ci), les frais de documentation (bien que la constitution d'une garantie n'ait pas, de manière générale, d'effet important sur les frais de documentation, dès lors que toutes les opérations supposent d'une manière ou d'une autre des frais de documentation; il peut en aller différemment lorsque les opérations mettent en cause des garanties sur des biens inhabituels, divers ou largement dispersés, bien que l'on puisse également imaginer des opérations non garanties comportant des frais très élevés de documentation) et, le cas échéant, des droits et taxes d'enregistrement (c'est-à-dire une dépense propre procédant uniquement de la décision de garantir l'opération; il faut noter que le respect de l'obligation d'enregistrement, le cas échéant, oblige à supporter non seulement le droit effectif d'enregistrement, mais aussi tous les frais liés à la nécessité de déterminer exactement ce qu'il convient d'enregistrer et à quel endroit).

21. S'agissant du coût de gestion des crédits, il est certain que la somme de temps et d'argent que les créanciers et les débiteurs consacrent à la gestion d'opérations assorties de sûretés représente une charge non négligeable du crédit garanti. Les frais relatifs tant à la conclusion de l'opération qu'à sa gestion dépendent dans une large mesure du régime juridique qui lui est applicable; toute tentative de création d'un régime uniforme dans le but de favoriser l'offre de crédit à moindre coût devrait prendre cet élément en considération.

II. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ ET DROIT DES SÛRETÉS

22. Les lois relatives, d'une part, aux sûretés et, d'autre part, à l'insolvabilité visent des objectifs différents. Les lois relatives aux sûretés visent à protéger le créancier qui accorde un crédit garanti à un débiteur, tandis que les lois relatives à l'insolvabilité visent à organiser une procédure régulière de liquidation ou de redressement d'un débiteur d'une manière équitable, non seulement pour ses créanciers titulaires de sûretés, mais pour tous ses créanciers. Il n'est donc pas surprenant que les deux sujets relèvent généralement de régimes juridiques distincts.

23. Il n'en existe pas moins entre les deux régimes des liens importants, qui procèdent du fait que, pour le créancier qui en bénéficie, une sûreté n'a guère de valeur, voire aucune valeur, si elle n'est pas en définitive susceptible d'être réalisée à l'encontre des tiers, y compris l'administrateur de l'insolvabilité du débiteur. Il ne s'agit pas de dire que le régime de l'insolvabilité de tel ou tel pays doit reconnaître aux créanciers garantis un droit inconditionnel et immédiat de réaliser leur sûreté, afin de les inciter à offrir un financement dans ce pays. On a observé au contraire que, de manière générale, les créanciers garantis veulent uniquement pouvoir tabler sur un régime d'insolvabilité suffisamment équitable et prévisible pour que leurs sûretés régulièrement constituées puissent en définitive être réalisées à l'encontre de l'actif donné en garantie dans un délai raisonnable, sans frais excessifs, et sans être exposées à des demandes concurrentes imprévues.

24. La mise au point d'un régime approprié de l'insolvabilité requiert l'établissement de divers mécanismes destinés à instaurer un équilibre entre les intérêts de l'administrateur de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers garantis. Un mécanisme destiné à faciliter la liquidation ou le redressement d'un débiteur est la suspension des poursuites individuelles des créanciers contre le débiteur et contre ses biens. Dans certains pays, la suspension joue automatiquement, dès l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, tandis que dans d'autres son application est laissée à l'appréciation du tribunal saisi de l'insolvabilité. Dans une certaine mesure, la suspension des actions à l'encontre du débiteur peut aussi servir les intérêts de ses créanciers garantis, qui préfèrent peut-être éviter le démembrement de l'entreprise du débiteur.

25. Un autre mécanisme destiné à réaliser cet équilibre est la faculté donnée à l'administrateur de l'insolvabilité de contester et, en définitive, de rejeter certaines sûretés et autres opérations, ou de leur attribuer un rang inférieur au motif qu'elles aboutissent à accorder un traitement préférentiel injustifiable à certains créanciers, qu'elles sont effectivement ou potentiellement frauduleuses, ou à d'autres égards inopposables ou inéquitables. Un troisième mécanisme consisterait à dédommager le créancier garanti pour l'éventuelle diminution de valeur du bien donné en garantie, que celle-ci résulte de la suspension des actions ou de l'utilisation du bien grevé par le débiteur. On pourrait notamment envisager de protéger la valeur du bien grevé ou de protéger la partie garantie de la créance dans l'insolvabilité. La protection de la valeur du bien donné en garantie pourrait consister en un certain nombre de mesures: offre d'un dédommagement pour dépréciation; versement d'intérêts, protection et dédommagement du fait de l'utilisation; et levée de la suspension des actions. Une autre approche consisterait à protéger la valeur de la partie garantie de la créance. Dès l'ouverture de la procédure, il est procédé à l'évaluation du bien grevé, ce qui permet de déterminer la valeur de la partie garantie de la créance. Cette valeur reste fixe tout au long de la procédure et, lors de la répartition qui suit la liquidation, le créancier garanti bénéficie d'un privilège dans la mesure de cette valeur. Au cours de la procédure, le créancier titulaire d'une sûreté pourrait aussi recevoir le taux d'intérêt contractuel afférent à la partie garantie de la créance, en dédommagement des retards imposés par la procédure.

26. Il a toutefois été observé que l'existence de mécanismes qui peuvent compromettre la faculté du créancier de disposer de sa garantie ne dissuadera généralement pas un prêteur d'accorder un crédit dès lors qu'il pourra être suffisamment sûr que les lois relatives à l'insolvabilité seront appliquées d'une manière raisonnablement prévisible et transparente, que le prêteur sera dédommagé de manière équitable pour la diminution de valeur de sa garantie, et qu'il sera en définitive à même de réaliser sa garantie dans un délai raisonnable.

27. Il faut aussi noter l'existence d'autres liens éventuels entre les lois relatives aux sûretés et celles relatives à l'insolvabilité. Dans certains pays, en vertu des lois relatives à l'insolvabilité, il est possible à un créancier de faciliter le redressement du débiteur en fournissant à celui-ci un financement durant la procédure d'insolvabilité (en améliorant ainsi potentiellement les chances de recouvrement de tous les créanciers), et d'obtenir pour ce financement postérieur à l'insolvabilité une sûreté ou un rang de priorité particulier. Souvent, ce type de financement provient du créancier qui a fourni le financement au débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Dans de tels cas, les lois relatives aux sûretés et celles relatives à l'insolvabilité peuvent concourir à un objectif commun.

28. En raison des liens existant entre les lois relatives au crédit garanti et celles relatives à l'insolvabilité, il faudrait étroitement coordonner toutes les initiatives dans ces domaines, pour ce qui concerne en particulier la suspension des actions et la protection contre la diminution de valeur. Il est en outre suggéré, eu égard à l'exigence critique que des sûretés régulièrement constituées puissent être réalisées par préférence aux droits d'autres créanciers du débiteur et continuent de produire effet dans une procédure d'insolvabilité, qu'un guide législatif aborde la question des rapports entre les sûretés contractuelles et les privilèges légaux, tels que les privilèges fiscaux.

III. GUIDE LÉGISLATIF RELATIF AUX SÛRETÉS EN GÉNÉRAL

29. L'un des moyens les plus efficaces d'obtenir des fonds de roulement est le recours à des prêts assortis d'une sûreté. Les chances d'une entreprise commerciale d'obtenir un crédit à moindre coût sont d'autant plus grandes qu'elle peut utiliser la valeur propre de ses actifs comme garantie d'un prêt.

30. Quel que soit le prix de tel ou tel élément d'actif pour une entreprise commerciale, sa valeur sera faible ou nulle en tant que garantie d'un prêt pour un créancier, à moins que celui-ci ne puisse obtenir une sûreté sur le bien dont le rang prime celui des autres créanciers, qui continue de produire effet dans une procédure d'insolvabilité et qui puisse être réalisée par le créancier d'une manière prévisible et sans délai. L'offre de crédit garanti aux entreprises commerciales sera d'autant plus abondante et économique que les procédures de constitution et de réalisation d'une sûreté seront plus rapides et moins onéreuses et que les droits du créancier sur le bien grevé seront mieux précisés. Il est dès lors suggéré qu'un guide législatif relatif aux sûretés vise à définir, dans la mesure du possible, des règles harmonisées qui permettraient aux entreprises commerciales de constituer des sûretés sur un large éventail d'actifs, tout en donnant l'assurance aux créanciers que leurs sûretés auront priorité sur les droits d'autres créanciers (y compris en cas de procédure d'insolvabilité) et qu'ils pourront les réaliser d'une manière rapide, prévisible et au moindre coût.

31. La présente section expose les principales questions à examiner dans le cadre de l'élaboration d'un guide législatif sur le financement garanti en général, en les regroupant en trois grandes catégories: *a)* questions relatives à la constitution de sûretés; *b)* questions relatives au rang des sûretés; et *c)* questions relatives à la réalisation des sûretés.

A. Questions relatives à la constitution de sûretés

32. Le fondement du financement garanti est la faculté donnée à un créancier d'obtenir une sûreté sur différents types d'actifs que possède le débiteur[10]. Du point de vue du créancier, le droit ainsi conféré devrait à la fois pouvoir être réalisé à l'encontre du débiteur en vertu du contrat et bénéficier du rang de préférence nécessaire à l'encontre des autres créanciers du débiteur, tout en continuant de produire effet dans une procédure d'insolvabilité. Ce concept recouvre en réalité un ensemble de droits qui sont importants pour un créancier titulaire d'une sûreté, mais dont beaucoup sont sérieusement restreints ou incertains dans le cadre de la législation en vigueur dans de nombreux pays, un fait qui n'est pas propre à favoriser le financement assorti de sûretés dans ces pays.

[10]Dans le présent chapitre, le terme "débiteur" désigne la partie qui consent une sûreté, indépendamment du point de savoir si cette partie est l'emprunteur effectif en vertu de l'arrangement financier ou un garant ou toute autre partie qui consent une sûreté en vue de garantir un prêt ou un crédit à l'emprunteur effectif. Afin de permettre le recours le plus large à la constitution de garanties sur des actifs pour favoriser le financement garanti, il importe non seulement que les emprunteurs puissent constituer des sûretés sur leurs actifs, mais aussi que des tiers puissent constituer des sûretés sur leurs actifs pour garantir des prêts consentis à d'autres.

1. Restrictions quant aux biens pouvant servir de garantie

33. Une question importante à examiner est celle de savoir si un guide législatif sur les opérations assorties d'une sûreté devrait imposer de quelconques restrictions quant aux biens pouvant servir à garantir des prêts. Vu que l'interdiction d'affecter un type déterminé de bien à la garantie de prêts priverait un débiteur de la possibilité d'obtenir un financement garanti fondé sur la valeur d'un tel bien, cette interdiction devrait être subordonnée à un examen préalable très attentif.

34. Dans de nombreux pays, les immobilisations comme les biens immobiliers et le matériel constituent traditionnellement les principaux types de biens servant à garantir un financement. Les immeubles par destination, comme les équipements lourds fixés à un immeuble, qui présentent à la fois les caractéristiques d'un immeuble et celles d'un matériel, représentent aussi traditionnellement un type important de garantie. Plus récemment, les créances[11], les stocks destinés à la production ou à la vente et les valeurs mobilières[12] ont été de plus en plus souvent utilisés à titre de garantie de prêts dans différents pays. Au cours des dix dernières années, on a observé dans certains pays une tendance à garantir des prêts par des brevets, des marques, des droits d'auteur ou d'autres formes de propriété intellectuelle, ce qui traduit l'importance croissante de la propriété intellectuelle en tant que composante de la valeur des entreprises commerciales (une tendance du crédit garanti qui devrait en principe se poursuivre)[13]. Il a été proposé que le guide législatif sur le financement garanti, s'il vise à favoriser ce type de financement, prévoie la possibilité de constituer des sûretés sur la quasi-totalité des biens d'une entreprise commerciale[14].

35. Une question connexe est celle de savoir si un guide législatif devrait permettre la constitution de sûretés sur des biens qui ne sont pas encore la propriété du débiteur. Dans de nombreux pays, un créancier ne peut obtenir une sûreté que sur des biens qui appartiennent au débiteur au moment de la constitution de la sûreté. Bien que cette restriction ne pose pas de problème pour des prêts garantis par un immeuble ou du matériel, elle n'est en général pas adaptée à des prêts garantis par des éléments d'actif qui se

[11]La présente section n'approfondit pas la question de la constitution de sûretés sur des créances, dans la mesure où celle-ci fait déjà l'objet du projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances; pour la dernière version de ce projet, voir le rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-troisième session (A/CN.9/486, annexe I).

[12]Voir ci-après la section intitulée "Sûretés constituées sur des éléments particuliers d'actif: les valeurs mobilières" (par. 62 à 122) pour un approfondissement de l'examen relatif aux sûretés sur des valeurs mobilières.

[13]Voir ci-après la section intitulée "Sûretés constituées sur des éléments particuliers d'actif: les droits de propriété intellectuelle" (par. 123 à 136) pour un approfondissement de l'examen relatif aux sûretés sur des droits de propriété intellectuelle.

[14]Cette conception a été adoptée dans la Loi type de la BERD, l'article 5.2 de celle-ci prévoyant un large éventail de types de biens pouvant servir de garantie. Plus particulièrement, l'article 5.2 prévoit que "les biens susceptibles d'être affectés à la garantie comprennent tout ce qui peut faire l'objet d'un droit de propriété, dans le secteur public ou dans le secteur privé, qu'il s'agisse de droits ou de choses meubles ou immeubles...".

renouvellent constamment, comme des créances et des stocks de matières premières, de produits semi-finis ou de produits finis. On considère généralement qu'il est coûteux et administrativement lourd pour un créancier d'avoir à modifier régulièrement les documents relatifs à ses sûretés pour refléter la création et le recouvrement de créances et les acquisitions et ventes d'éléments du stock dans le cours normal de l'activité du débiteur. Il faut noter à cet égard que le projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances prévoit que, sauf convention contraire, une sûreté sur des créances s'étend à des créances futures sans qu'un nouveau document ou un nouvel acte soit nécessaire de la part du créancier ou du débiteur[15]. Une question connexe est celle de savoir si la sûreté déjà constituée peut garantir des avances de prêt futures s'ajoutant aux prêts déjà accordés[16].

36. Dans le cas du financement de stock, il a été observé qu'une sûreté sur le stock qui s'étend automatiquement aux biens acquis après la constitution de la sûreté (éléments de stock futurs) et qui garantit les avances futures est une composante essentielle des mécanismes de crédit permanent sur stock, une forme extrêmement efficace de financement garanti utilisée dans certains pays. Le débiteur recourt généralement à ce type de prêt pour financer ses besoins permanents en fonds de roulement. Dans le cadre d'un tel mécanisme, des avances sont faites de temps à autre à la demande du débiteur, en fonction d'un pourcentage déterminé de la valeur de son stock. Ce pourcentage (appelé généralement "taux d'avance") est déterminé par le créancier en fonction de la somme qu'il estime pouvoir tirer de la réalisation du stock si celui-ci devait servir au remboursement du prêt. En général, le taux d'avance s'établit entre 40 et 60 %. Si le stock se trouve dans un pays dont la législation n'est pas favorable au financement garanti, il peut être considéré comme impropre à garantir un prêt. En adaptant l'endettement du débiteur à son cycle de liquidité générale (à savoir l'achat de stock, la vente de stock, la création d'effets à recevoir, la mobilisation de ces effets et l'acquisition de nouveaux éléments de stock pour recommencer le cycle), le mécanisme de crédit permanent sur stock est, sous l'angle économique, extrêmement efficace et généralement jugé avantageux pour le débiteur.

37. On peut se demander si le type de sûreté portant automatiquement sur des biens acquis ultérieurement et garantissant automatiquement tant les avances en cours que des avances futures devrait être limité aux créances et aux stocks ou s'il faudrait aussi l'autoriser pour d'autres types de biens servant de garantie, comme le matériel ou la propriété intellectuelle. Selon certains commentateurs, il n'y aurait aucun obstacle de principe à une telle extension, laquelle favoriserait en fait le financement garanti. On peut aussi se demander si le montant maximal des avances futures susceptibles d'être garanties par une sûreté doit être précisé au moment de la constitution de la sûreté. Cela permettrait à d'autres créanciers de fournir un complément de financement au débiteur fondé sur la valeur des mêmes éléments d'actif s'ils estiment que cette valeur est supérieure au montant maximal de ces avances futures.

2. Description des biens grevés

38. Un autre aspect important concerne la latitude accordée aux parties pour décrire précisément les biens donnés en garantie. Dans certains systèmes juridiques, une grande liberté leur est laissée pour cette description et il est possible, par exemple, de constituer une sûreté qui couvre tout le stock d'un ensemble de produits en constante évolution. En outre, dans certains systèmes juridiques, il est possible de constituer une sûreté sur la totalité ou une partie des éléments d'actif d'une entreprise sans qu'il soit nécessaire d'énumérer précisément ces éléments, ce qui permet de vendre l'entreprise à sa valeur de continuation et, ainsi, sauver une entreprise en difficulté financière tout en augmentant les chances de recouvrement du créancier garanti. Toutefois, d'autres systèmes juridiques n'autorisent la constitution d'une sûreté que sur certains éléments d'actif déterminés et refusent de reconnaître une sûreté sur un stock de marchandises si les composantes du stock ne sont pas précisément énumérées. Cette exigence de spécification peut notamment poser des problèmes dans le cas d'une garantie sur des stocks, des créances ou des droits de propriété intellectuelle, et rendre pratiquement impossible la constitution d'une sûreté sur un ensemble de créances en évolution constante, sur des stocks qui se renouvellent fréquemment ou se composent de nombreux produits différents, ou sur des droits de propriété intellectuelle qui sont sans cesse précisés et mis à jour. Il a ainsi été affirmé que l'exigence d'une description minutieuse du bien grevé avait tari l'offre de financement de stock[17].

39. Pour tenir compte de ce problème, la législation de nombreux pays exige seulement une description suffisamment précise permettant logiquement d'identifier les biens visés par la sûreté. Dans certains pays par exemple, une formule du type "tous les éléments existants et futurs du stock du débiteur" est suffisante. La latitude laissée aux parties dans ces pays évite au créancier d'avoir à établir d'interminables listes énumérant chaque élément de la garantie.

40. Eu égard à l'importance de leurs conséquences pour la pratique financière, des dispositions laissant aux parties suffisamment de latitude pour décrire les éléments d'actif constitueraient une bonne solution dans un texte harmonisé visant à une application universelle.

3. Sûretés sans dépossession

41. En général, les créanciers financent des activités courantes en prenant comme garantie des éléments d'actif utilisés pour ces activités. Pour les débiteurs, il est essentiel de pouvoir conserver la possession de ces biens servant à leurs activités. Or, dans le cas de sûretés sur des

[15]Voir l'article 9 du projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances.

[16]Voir l'article 4.3 de la Loi type de la BERD qui prévoit la garantie des avances futures dès lors que le montant maximal de la dette garantie figure sur la déclaration d'enregistrement. L'article 5 prévoit également la constitution d'une garantie sur des acquisitions ultérieures.

[17]Voir "Law and Policy Reform at the Asian Development Bank", vol. II, 20 décembre 2000, p. 10.

biens mobiliers corporels, la législation de nombreux pays prévoit que le débiteur doit être "dépossédé" de ces biens donnés en garantie — c'est-à-dire que le créancier doit, lui-même ou par un intermédiaire, prendre matériellement possession des biens pour obtenir une sûreté ayant priorité sur les droits des autres créanciers du débiteur et continuant de produire effet dans une procédure d'insolvabilité. De telles législations rendent fréquemment ces biens sans intérêt en tant que garantie lorsque leur possession par le débiteur est indispensable à son activité et découragent ou empêchent tout financement garanti dans ces cas.

42. Parfois, cette dépossession n'est pas incompatible avec l'activité du débiteur. Par exemple, certains distributeurs de marchandises ont pour habitude de les stocker dans un entrepôt public en attendant qu'elles soient expédiées aux consommateurs. Dans ce cas, l'exploitant de l'entrepôt peut, dans certains pays, accepter de servir d'intermédiaire au créancier, de telle sorte que la possession par l'intermédiaire peut valoir possession par le créancier aux fins de parfaire une sûreté sur les marchandises. Un autre exemple de situation dans laquelle il peut y avoir dépossession est un arrangement en vertu duquel un représentant du créancier réside dans les locaux du débiteur afin de surveiller les biens servant de garantie. Dans ces deux situations cependant, pour être réputé avoir possession en vertu du droit applicable, le créancier doit contrôler de très près toute sortie des biens grevés, ce qui soit est impraticable, soit augmente substantiellement le coût du montage financier, et rend donc celui-ci plus onéreux ou inenvisageable pour le débiteur.

43. La condition de dépossession du débiteur s'applique, dans certains pays, à tous les biens, corporels et incorporels. Dès lors, un débiteur ne peut accorder de sûreté sur ses biens mobiliers incorporels, comme les droits de propriété intellectuelle, vu l'impossibilité de transférer la possession de tels biens.

44. On considère généralement que la possibilité de constituer des sûretés réelles sans dépossession est particulièrement importante pour le développement du financement garanti transfrontalier[18]. La création d'un système approprié d'enregistrement public peut permettre de divulguer l'existence d'une sûreté, pour détromper les tiers qui pourraient voir dans la possession des biens par le débiteur une indication de l'absence de toute sûreté.

4. Produit du bien grevé

45. Plusieurs questions importantes à examiner se rapportent à la vente ou à d'autres actes de disposition par le débiteur du bien grevé. La première est celle de savoir dans quelle mesure une sûreté sur des biens doit automatiquement s'étendre au produit résultant de la vente ou d'un autre acte de disposition de ce bien. Il faut se demander, par exemple, si une sûreté sur le stock doit automatiquement s'étendre aux créances ou aux recettes au comptant provenant de la vente des éléments de stock dans le cours normal de l'activité du débiteur. Il a été observé que cette question revêt une importance critique dans les pays où le financement garanti par les stocks est une pratique répandue. Dès lors que, dans le cours normal de l'activité du débiteur, les éléments de stock sont continuellement vendus à des acheteurs qui les acquièrent libres de toute sûreté, la valeur de la garantie sur stock d'un créancier serait ainsi entamée à chaque vente par le débiteur d'un élément de stock. C'est pourquoi, dans certains systèmes juridiques, la sûreté d'un créancier sur le stock s'étend au droit du débiteur de recevoir paiement de ses clients pour les éléments de stock vendus. Dans d'autres systèmes juridiques cependant, une sûreté sur le stock ne s'étend pas automatiquement au produit du stock.

46. Les différents systèmes juridiques envisagent la question de plusieurs manières. L'une d'entre elles consiste à permettre aux créanciers d'obtenir une sûreté sur le produit qui est non seulement réalisable à l'encontre du débiteur, mais également opposable aux autres créanciers de celui-ci et qui continue de produire effet dans une procédure d'insolvabilité. Dans les pays qui ont adopté ce type d'approche, l'essentiel est de savoir si le produit peut-être rattaché à la garantie initiale.

47. On peut aussi se demander dans quelle mesure la vente ou un autre acte de disposition du bien grevé fait disparaître la sûreté consentie à un créancier sur ce bien. Il peut sembler logique que la vente ou un autre acte de disposition de biens donnés en garantie (comme les éléments de stock), dans le cours normal de l'activité de l'entreprise ou avec l'accord du créancier, anéantisse la sûreté du créancier sur ces biens. Aux fins d'une disposition harmonisée, il faudrait examiner dans quelle mesure cette solution n'est pas adaptée à des ventes réalisées en dehors du cours normal de l'activité de l'entreprise, sauf si le créancier consent à la vente.

5. Réserve de propriété

48. Dans de nombreux pays, il est courant qu'un vendeur de marchandises en reste propriétaire jusqu'au paiement intégral du prix d'achat. Cela résulte généralement d'une clause du contrat de vente. Dans ce cas, une sûreté consentie à un créancier sur les biens considérés risque d'être entachée de nullité, un débiteur ne pouvant constituer une sûreté sur des biens dont il n'est pas propriétaire. Les créanciers qui souhaitent accorder des prêts garantis par le stock ou le matériel du débiteur dans ces pays doivent procéder à de coûteuses recherches pour déterminer si ces biens font l'objet d'une convention de réserve de propriété et, dans l'affirmative, ils doivent obtenir décharge des vendeurs pour qu'une sûreté puisse être constituée sur ces biens.

49. Dans certains pays, des lois ont été adoptées pour requalifier les clauses de réserve de propriété comme sûretés et pour obliger les bénéficiaires de telles clauses à se conformer aux obligations de publicité concernant les sûretés. On peut voir dans cette approche certains avantages. Dès lors qu'il existe une obligation de publier la

[18]La nécessité de constituer des sûretés sans dépossession pour faciliter le financement du commerce a été reconnue dans la loi type de la BERD, dont l'article 6 prévoit, parmi ses trois principales sûretés, une sûreté enregistrée sur des biens mobiliers, sans dépossession.

clause de réserve de propriété[19], un créancier ultérieur ne sera pas obligé de procéder aux recherches mentionnées ci-dessus. Par ailleurs, si les clauses de réserve de propriété sont soumises aux mêmes règles que d'autres formes de financement garanti, les frais relatifs à leur établissement se rapprocheront de ceux concernant d'autres formes de financement garanti, ce qui favorisera la concurrence entre créanciers garantis en fonction uniquement du coût du crédit. Il est dès lors proposé que l'éventuel régime futur des sûretés prenne position quant à la réserve de propriété.

6. Non-discrimination à l'égard de créanciers autres que nationaux

50. Une autre question à examiner concerne le traitement des créanciers suivant qu'ils ont ou non la qualité de nationaux. Il a été observé que certains pays ont déjà une législation qui favorise le financement garanti, mais n'en étendent pas les dispositions à des créanciers autres que nationaux. De ce fait, de nombreux créanciers potentiels se trouvent exclus de leur application, ce qui prive les entreprises commerciales situées dans ces pays de la possibilité de recourir à un large éventail de prêteurs éventuels. Étendre l'application des lois relatives au financement, dans tel ou tel pays, à tous les créanciers, nationaux ou autres, sans discrimination, contribuerait à améliorer l'accès au financement garanti dans ce pays. De telles dispositions peuvent en outre réduire le coût du financement dans le pays considéré en encourageant la concurrence non seulement entre les créanciers situés dans ce pays, mais aussi entre des créanciers situés à l'étranger. Il faut toutefois noter que, dans de nombreux pays, la réglementation des activités bancaires soumet les institutions financières à une surveillance particulière et à certaines obligations, notamment, pour les institutions financières étrangères qui veulent y exercer leurs activités, celle d'obtenir au préalable une autorisation des autorités compétentes. Des dispositions non discriminatoires du type proposé ci-dessus ne devraient pas pour autant empiéter sur la réglementation interne des activités bancaires dans le pays qui les applique.

B. Questions relatives au rang de priorité des sûretés

1. La priorité de la sûreté; la création d'un système d'enregistrement

51. Pour qu'un créancier puisse être incité à s'engager en toute sécurité dans une opération de financement garanti, il ne suffit pas qu'il puisse obtenir une sûreté sur un bien susceptible d'être réalisée à l'encontre du débiteur dans le cadre du contrat. Le créancier doit pouvoir évaluer, de manière certaine, dans quelle mesure sa sûreté primera les droits d'autres créanciers et continuera de produire effet dans une procédure d'insolvabilité.

52. Pour faciliter une telle évaluation par le créancier, certains pays ont institué un système d'enregistrement fondé sur une déclaration publique des sûretés constituées sur différents types de biens, la priorité reposant, à quelques exceptions près, sur l'antériorité de l'enregistrement[20]. Selon certains, un système d'enregistrement accessible, fiable et efficace, tant sous l'angle de la recherche de sûretés concurrentes que de l'enregistrement des sûretés, peut être un bon moyen d'établir les rangs de priorité et d'informer les créanciers de la présence de sûretés concurrentes. Un tel système peut aussi favoriser l'offre de financement garanti à moindre coût. Du point de vue des créanciers, un système d'enregistrement leur évite le risque de devoir se fier aux déclarations du débiteur quant à l'absence de sûretés concurrentes et rend donc moins nécessaire d'obtenir des assurances de tiers. Il reste que, dans d'autres systèmes juridiques dans lesquels il n'existe pas un tel système d'enregistrement, les bailleurs de fonds s'appuient sur les déclarations des emprunteurs et sur les informations communiquées aux institutions financières.

53. Compte tenu de ce qui précède, la Commission souhaitera peut-être, lorsqu'elle examinera les questions susceptibles d'être traitées dans un guide législatif sur le financement garanti, envisager les avantages et les inconvénients de l'institution d'un système d'enregistrement public des sûretés sans dépossession. Alors qu'auparavant l'établissement d'un système d'enregistrement se heurtait à des obstacles d'ordre logistique, les progrès technologiques récents ont considérablement facilité la tâche.

54. La Commission souhaitera peut-être en outre examiner plusieurs conséquences particulières de l'établissement d'un système de publicité des sûretés, comme les problèmes de confidentialité et les règles propres à déterminer le rang de sûretés concurrentes. Celui-ci peut dépendre du moment où la sûreté est constituée, comme c'est le cas dans certains pays, ou du moment où la sûreté est publiée.

2. Sûretés en garantie du prix d'achat

55. Certains pays se sont dotés de lois visant à encourager différentes formes de "financement d'achat". Cette expression vise un arrangement financier en vertu duquel soit un vendeur de marchandises ou d'autres biens accorde un crédit à l'acheteur pour lui permettre d'acquérir les biens, soit un créancier prête des fonds à l'acheteur aux mêmes fins. Dans les deux cas, le vendeur ou le créancier reçoit une sûreté sur les biens en garantie du crédit accordé. Ces lois prévoient généralement que, dans certaines circonstances, une sûreté constituée sur les biens en garantie du prix d'achat peut avoir priorité sur d'autres sûretés constituées sur les mêmes biens, ce qui permet à un créancier d'accorder des prêts pour financer l'achat sans avoir

[19]Cette approche est semblable à celle adoptée à l'article 9 de la loi type de la BERD. Celle-ci prévoit toutefois qu'il n'est pas nécessaire pour le vendeur impayé d'enregistrer sa sûreté sauf s'il souhaite que celle-ci reste opposable aux tiers plus de six mois après sa constitution. Voir également les paragraphes 55 et 56 ci-dessous pour un examen des sûretés en garantie du prix d'achat.

[20]C'est sur un système d'inscription sur un registre que repose le projet de convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles. De même, la Loi type de la BERD reconnaît l'enregistrement public des sûretés.

à négocier à chaque fois un accord de subordination avec les autres créanciers garantis du débiteur qui, sinon, pourraient avoir une sûreté de meilleur rang sur les mêmes biens. Pour que les créanciers qui financent l'achat obtiennent une telle sûreté, il sont souvent tenus d'aviser les autres créanciers garantis du débiteur, afin que ceux-ci n'accordent pas de prêts assis sur les mêmes biens que la sûreté garantissant le prix d'achat.

56. Certains estiment que le financement d'achat constitue un mode efficace et utile de financement pour les débiteurs, qui encourage par ailleurs la concurrence entre créanciers. Une forme courante de ce type de financement est celle dans laquelle un créancier consent des prêts au débiteur pour financer l'acquisition d'un niveau minimal de stock. De tels prêts sont souvent consentis à des débiteurs qui vendent des produits comme des automobiles, des camions ou d'autres véhicules, des ordinateurs ou de gros appareils ménagers, et les créanciers parties à ces accords sont souvent des organismes financiers liés aux fabriquants. Un autre type courant de financement, dit financement de commande, est celui en vertu duquel le créancier accorde des fonds au débiteur pour lui permettre de s'acquitter de commandes spécifiques, ce qui suppose souvent l'achat d'éléments de stock nécessaires. Le prêteur sera garanti par les commandes, les éléments de stock acquis et les créances subséquentes. Entre autres avantages pour le débiteur, un tel mécanisme a celui de promouvoir la concurrence en lui permettant de choisir différents créanciers pour financer différentes composantes de son activité de la manière la plus rationnelle et la plus rentable.

3. Autres créances privilégiées

57. Une autre série de questions à examiner dans la perspective de l'élaboration d'un guide législatif sur le financement garanti concerne le traitement de créances privilégiées. Dans de nombreux pays, il existe diverses catégories de créanciers privilégiées dont les droits priment ceux d'un créancier garanti. De tels privilèges, qui sont souvent attachés à des créances fiscales impayées ou à des créances salariales, peuvent être une cause d'insécurité pour des créanciers garantis, dans la mesure où ils sont imprévisibles et où ils peuvent avoir priorité sur les sûretés d'un créancier même si les créances correspondantes sont nées après la date à laquelle ledit créancier a obtenu et publié sa sûreté.

58. Pour ne pas décourager l'offre de financement garanti, il peut être envisagé de n'accorder de privilèges que dans la mesure où il n'y a pas d'autres moyens efficaces d'atteindre l'objectif visé par lesdits privilèges. Dès lors qu'il est créé des privilèges, les lois qui les instituent devraient être suffisamment claires pour que le créancier garanti puisse calculer le montant total éventuel des créances privilégiées et en tenir compte.

59. Un guide législatif sur le financement garanti pourrait aborder la question des créances privilégiées de différentes manières. L'une d'entre elles consisterait à reprendre l'approche adoptée dans le projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances, qui renvoie à la loi d'un État particulier pour déterminer la nature et la portée de créances privilégiées. Une autre approche consisterait à instituer un système de publicité des créances privilégiées.

C. Questions relatives à la réalisation des sûretés

60. La valeur d'une sûreté est sensiblement altérée si le créancier n'est pas en mesure de réaliser celle-ci d'une manière suffisamment prévisible et rapide, sans frais excessifs. Lorsqu'ils évaluent les risques liés à l'octroi de prêts garantis à des débiteurs dans un pays déterminé, les créanciers examinent en général très attentivement la fiabilité et l'efficacité des procédures en vigueur pour la réalisation de leurs sûretés. La législation de certains pays prévoit des procédures extrajudiciaires de réalisation des sûretés pour certains types de garantie, tandis que dans de nombreux pays il est indispensable de recourir à une procédure judiciaire. Dans ce dernier cas, le risque lié à l'octroi d'un crédit dans un pays déterminé sera évalué en fonction de l'efficacité du système judiciaire interne et de l'existence de voies juridictionnelles efficaces de réalisation des sûretés.

61. Certaines questions à examiner en relation avec l'élaboration d'un guide législatif sur le financement garanti ont trait à la faculté qu'a le créancier de prendre possession de sa garantie en cas de défaillance du débiteur. On peut se demander, par exemple, dans quelles conditions, le cas échéant, un créancier devrait être autorisé à prendre possession de sa garantie en dehors de toute procédure judiciaire. Il faut aussi se demander si le créancier devrait être autorisé à procéder ainsi tant qu'il n'y a pas trouble à l'ordre public; si le créancier, moyennant des garanties appropriées, devrait être autorisé à utiliser les biens grevés, ou les locaux du débiteur, dans certaines circonstances (par exemple pour transformer des stocks de produits en cours de fabrication en produits finis); quels types de procédures de disposition devraient être autorisés; si une vente publique devrait être exigée; ou si le créancier devrait être autorisé à procéder à une vente privée extrajudiciaire ou à effectuer d'autres actes de disposition des biens servant de garantie. Il faut parvenir à un équilibre entre, d'une part, la nécessité pour un créancier d'obtenir rapidement le contrôle des biens grevés avant qu'ils disparaissent ou perdent toute valeur marchande et, d'autre part, celle de prévoir les garanties indispensables pour que les droits du débiteur et ceux des autres créanciers du débiteur soient suffisamment protégés[21].

[21]La faculté pour le créancier garanti de réaliser efficacement sa sûreté sur un bien grevé par le biais d'une procédure extrajudiciaire est fondamentale pour la plupart des instruments multilatéraux existants et des projets proposés concernant les sûretés. Voir, par exemple, l'article 8 du projet de convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et les articles 22 à 24 de la Loi type de la BERD. En vertu de ces dernières dispositions, il peut être recouru à certaines mesures destinées à protéger le bien grevé ou à en permettre la vente dès que le créancier a notifié une mise en demeure conformément à l'article 22.2. Sont notamment prévus le droit de prendre possession du bien (article 23.1) et, au terme d'un délai de 60 jours, le droit d'en céder la propriété (article 24).

IV. SÉCURITÉS CONSTITUÉES SUR DES ÉLÉMENTS PARTICULIERS D'ACTIF: LES VALEURS MOBILIÈRES

62. L'élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties en général ne rend pas pour autant superflue la formulation d'autres règles uniformes portant plus particulièrement sur certains éléments d'actif, car les solutions retenues pour les opérations garanties en général ne permettront peut-être pas de régler les problèmes propres à la constitution de sûretés sur des éléments d'actif spécifiques. On pourrait ainsi conclure que les règles générales devraient plutôt être considérées comme des règles supplétives, applicables lorsque les règles propres à certains éléments d'actif n'offrent pas de solution. À sa trente-troisième session, la Commission a ainsi estimé que les valeurs mobilières relevaient peut-être de dispositions spécifiques[22].

63. Les "titres" ou les "valeurs mobilières" constituent une catégorie plus économique que juridique, qui est entendue différemment selon les pays. Aux fins du présent document, il suffira d'en citer quelques principaux types à titre d'exemple: obligations (titres négociables incorporant ou attestant une dette monétaire de l'émetteur); actions (titres négociables incorporant ou attestant le droit des associés d'une société); certificats de dépôt de titres (titres négociables représentant ou attestant des actions ou des obligations émises dans un autre pays); bons de participation (titres négociables incorporant ou attestant le droit aux dividendes et au produit de la liquidation d'une société); warrants (titres négociables incorporant ou attestant un droit d'option pour la souscription d'obligations ou d'actions ou l'encaissement de sommes pécuniaires); certificats d'investissement (titres négociables incorporant ou attestant la participation à un fonds de placement); tous les autres titres négociables comparables à ceux des précédents types; participations dans des sociétés privées; et titres de participation associés à des prêts.

64. Le dénominateur commun des catégories précitées est le caractère négociable des titres. Toutefois, par suite de l'évolution récente qui sera évoquée plus loin, le caractère documentaire de ces différents titres s'est affaibli lorsqu'il n'a pas, dans certains cas, totalement disparu. Dans ce cas, compte tenu de la disparition du document incorporant ou attestant le droit, c'est le droit "nu" lui-même qui est devenu l'objet des sûretés. L'accent est donc passé du titre négociable à la négociabilité du droit.

A. Évolution économique et technique récente

65. Les difficultés que connaît aujourd'hui le régime juridique des valeurs mobilières et, également, la création de sûretés les concernant sont dues essentiellement à l'évolution économique et technique récente.

66. On peut distinguer des causes primaires et des causes secondaires. Parmi les causes primaires les plus importantes, on peut citer les suivantes: l'accroissement considérable du montant des capitaux levés sur le marché par l'émission de valeurs mobilières; l'extraordinaire augmentation du nombre de participants directs et indirects au marché par suite de l'enrichissement général, des politiques visant à un "capitalisme pour tous" et de la facilitation de l'accès au marché; l'internationalisation et la mondialisation des marchés de valeurs mobilières en général du fait de la volonté de rechercher les marchés nationaux les plus profitables et de répartir les risques, ce qui a permis aux participants aux marchés de détenir, négocier et nantir des titres émis dans différents pays et à procéder à des arbitrages d'un pays à l'autre.

67. Parmi les causes secondaires connexes, la première est constituée par l'accroissement des quantités de certificats représentatifs de titres qui sont négociés et la hausse des coûts relatifs aux opérations de conservation, garde, assurance, comptabilité et transfert de certificats. Des efforts ont été faits pour résoudre cette "crise de l'engorgement du papier" (*paperwork crisis*) afin de réduire les frais et d'augmenter la négociabilité en accélérant le règlement des opérations d'échanges de titres. Les premières initiatives, qui remontent aux années 20, ont consisté à instituer des systèmes de détention indirecte, les certificats représentatifs des titres étant dans ce cas détenus par la banque de l'investisseur.

68. L'autre cause secondaire découle de l'internationalisation et de la mondialisation des marchés financiers en général, qui rendent plus nécessaires encore des systèmes de détention indirecte lorsque l'émetteur est situé dans un pays autre que celui de l'investisseur, vu le caractère risqué et coûteux d'un transfert matériel de ces certificats dans le pays de l'investisseur. De plus, un tel transfert n'a aucun intérêt pratique s'il n'existe un marché actif que dans le pays de l'émetteur, sauf (ce qui est moins fréquent) lorsque les titres étrangers sont officiellement admis et cotés également sur une bourse du pays de l'investisseur. Une autre solution, propre aux États-Unis, a consisté à émettre dans le pays considéré des certificats de dépôt internes en tant que certificats américains de dépôt. Ces titres incorporent ou attestent une obligation de l'émetteur de remettre des parts de la société étrangère pour laquelle les certificats de dépôt ont été émis, ce qui permet une négociation interne indirecte des parts représentées.

69. Un tel système de détention indirecte de titres ne peut contribuer à remédier qu'à un seul aspect, même s'il est important, de la crise de l'engorgement du papier, à savoir la lourdeur des transferts de certificats. Seules des mesures visant à réduire de manière décisive les certificats représentatifs de titres peuvent constituer un véritable remède; c'est ce qui doit être fait, et ce qui a été fait, au plan juridique (voir par. 70 à 74). Les progrès technologiques les plus récents ont facilité et faciliteront encore considérablement de profondes réformes dans ce domaine. En particulier, l'informatisation de la détention et du transfert des valeurs mobilières facilitera, voire remplacera, l'émission et la circulation de certificats représentatifs de ces valeurs.

[22] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 460.

B. Répercussions juridiques des évolutions récentes

70. Pour apprécier les répercussions des transformations économiques et technologiques récentes sur le régime juridique des sûretés et autres droits patrimoniaux sur des valeurs mobilières, il faut d'abord exposer brièvement le rôle juridique des certificats représentatifs de titres (voir par. 71 à 74). Seront ensuite décrites les conséquences des restrictions apportées au rôle des certificats (voir par. 75 à 91) et enfin les incidences de la suppression totale des certificats (voir par. 92 à 110).

1. Les certificats en tant que documents probants ou titres de propriété

71. Le caractère propre des valeurs mobilières étant leur négociabilité, il faut que les lois internes et toute réglementation internationale éventuelle s'attachent particulièrement à faciliter cette négociabilité. Jusqu'à il y a une quarantaine d'années, la négociabilité des valeurs mobilières était largement assurée par l'émission de certificats matérialisant ou au moins attestant les droits patrimoniaux afférents aux titres. De façon générale, il existe traditionnellement une distinction entre les titres au porteur et les titres nominatifs.

72. Le plus haut degré de négociabilité est attribué dans la plupart des pays aux certificats de titres au porteur, comme les obligations au porteur ou les actions au porteur, ainsi qu'aux certificats de titres nominatifs faisant l'objet d'un endossement en blanc. Le droit attaché à l'instrument est créé par l'émission de celui-ci; son transfert a lieu par la remise du certificat au cessionnaire ou à l'endossataire; l'existence du droit dépend de celle du certificat. Suivant les différentes réglementations nationales, les certificats au porteur peuvent être traités comme des espèces. Puisque le certificat en tant que titre de propriété en constitue la preuve unique et exclusive, il doit être produit si son détenteur entend exercer l'un quelconque des droits attachés à l'instrument, comme le droit de percevoir des dividendes ou des intérêts, ou celui de voter en tant qu'actionnaire.

73. Par contre, les certificats de titres qui ne servent que de moyens de preuve ne bénéficient d'aucune négociabilité. Dans ce cas en effet, le droit n'est pas créé par l'émission du certificat mais par des actes extérieurs au document, comme l'inscription d'un actionnaire sur les registres de la société ou d'un obligataire sur les livres de l'émetteur. Toute cession est subordonnée à la radiation du précédent détenteur et à l'enregistrement du nouveau, ce qui n'est normalement possible que sur présentation du certificat et après modification de celui-ci ou émission d'un nouveau certificat. La valeur probante d'un certificat de titre nominatif peut être combattue, puisque, en principe, les mentions du registre prévalent sur celles du certificat.

74. L'importance relative des certificats de titres au porteur et nominatifs diffère d'un pays à l'autre. Les investisseurs préfèrent souvent les certificats au porteur en tant que support visible de leurs placements; dans certains pays, les autorités fiscales ont demandé avec insistance que les titres soient nominatifs pour lutter contre la fraude fiscale, et différentes traditions ont joué.

2. Réduction du rôle des certificats

75. Pour surmonter la crise de l'engorgement de papier (voir par. 67 ci-dessus), on a progressivement réduit le rôle initial des certificats. Dans un premier temps, on a conçu de nouveaux procédés de dépôt et de transfert de titres qui, en fait, réduisent l'utilité des certificats sans toutefois les supprimer. Les deux plus importants procédés qui ont été mis en place dans de nombreux pays sont, d'une part, l'immobilisation des certificats de titres et, d'autre part, l'émission de certificats (permanents) globaux (leurs effets juridiques sont résumés ci-après, aux paragraphes 84 à 91). La première de ces mesures, qui a souvent été appliquée, n'a pas suffi à réduire le nombre de certificats émis, mais elle a eu pour résultat pratique d'immobiliser les multiples certificats existants et de les remplacer par un autre support. Cela s'est fait et continue de se faire, soit en persuadant les investisseurs (par l'offre de taux favorables) d'accepter volontairement, soit en leur imposant de confier leurs certificats à des banques ou des courtiers afin qu'ils soient placés dans des dépôts collectifs détenus par un établissement spécialisé jouant exclusivement le rôle de dépositaire central. De tels dépositaires collectifs centraux (ou décentralisés) ont été par exemple institués dans les pays suivants: Allemagne, Argentine, Brésil, Canada, États-Unis, France, Italie, Japon, Mexique, Pays-Bas et Singapour. Une législation spéciale détaillée a été adoptée par exemple en Italie (1986), au Japon (1984) et aux Pays-Bas (1977).

76. Ce système élémentaire à deux niveaux — banque ou courtier au niveau inférieur, dépositaire central au niveau supérieur — est souvent complété par un ou deux niveaux supplémentaires. Il se peut, par exemple, que les dépositaires centraux ne conservent pas en fait tous les certificats, mais qu'ils puissent déléguer cette tâche à des intermédiaires spécialisés. Cela se produit régulièrement dans la pratique lorsque des titres d'émetteurs étrangers sont en cause (comme il a déjà été indiqué; voir par. 68). Les certificats représentatifs de tels titres sont normalement conservés dans leurs pays d'émission, en fonction de différents arrangements entre le dépositaire central du pays de l'investisseur et des dépositaires (centraux ou autres) des différents pays d'émission. Une autre solution est le dépôt de titres étrangers auprès de dépositaires internationaux spécialisés.

77. Quel que soit le nombre de niveaux, les effets juridiques fondamentaux de tous les dépôts collectifs sont essentiellement les mêmes, à savoir que chacun des certificats déposés par un investisseur et intégrés dans le dépôt collectif n'est plus attribué à son déposant. Si, et dans la mesure où, on autorise la restitution de certificats individuels, chaque déposant n'a le droit de demander que le même nombre (dans le cas d'actions) ou le même montant (dans le cas d'obligations) de certificats du même type que ceux qu'il a initialement déposés. De même, dans le cas de tout autre acte de disposition, par exemple une vente ou un nantissement, celui-ci porte sur un nombre ou un montant identique de titres du même type que ceux qui ont été déposés.

78. La gestion, y compris la tenue de comptes indispensables, a lieu à deux niveaux au moins. Les types et les

montants de titres déposés par chacun des investisseurs sont inscrits sur les livres de la banque, du courtier ou de tout autre intermédiaire dont l'investisseur est le client. Ces intermédiaires, à leur tour, sont membres d'un organisme dépositaire central à qui ils remettent tous les certificats de titres qu'ils reçoivent de leurs clients. Les types et le nombre de certificats remis collectivement par chacun des intermédiaires sont inscrits sous son nom dans les livres du dépositaire collectif. Ils s'ensuit que seuls les intermédiaires peuvent disposer, sur instructions de leurs clients, des titres inscrits dans les livres du dépositaire central au nom de l'intermédiaire. Cela s'applique, par exemple, aux ventes ou nantissements effectués sur ordre des clients.

79. Pour ce qui est de l'exercice des droits monétaires attachés aux certificats de titres, par exemple la perception de dividendes ou d'intérêts, il faut faire une distinction entre les certificats au porteur et les certificats nominatifs. Dans le premier cas, les intermédiaires communiquent à l'émetteur l'ensemble des droits collectifs de leurs clients déposants, encaissent le versement global et en répartissent le montant entre leurs clients investisseurs selon leurs droits respectifs. Dans le cas de certificats nominatifs, ceux-ci peuvent être inscrits individuellement pour chaque investisseur auprès de l'émetteur, mais il peut aussi être convenu d'un enregistrement collectif soit de chaque intermédiaire, soit d'un établissement tiers neutre.

80. L'exercice de droits de vote est plus individualisé, puisque chaque actionnaire qui décide de ne pas assister à une assemblée est invité à voter individuellement par écrit.

81. Ce qui est intéressant dans le présent contexte est que, dans aucun de ces cas d'exercice des droits inhérents aux titres ou d'actes de disposition les concernant, il n'est nécessaire de transférer ou de présenter les certificats. Les droits attachés aux titres sont exercés par un jeu d'écritures dans des registres aux deux niveaux au moins où ceux-ci sont tenus. Il en va de même des actes de disposition des titres. L'immobilisation des certificats signifie ainsi que la présentation des certificats et leur transfert sont remplacés par des écritures correspondantes sur un registre. Il reste qu'en dernière analyse ces écritures sont assises sur autant de certificats.

82. Techniquement, on peut franchir un pas supplémentaire considérable en supprimant l'émission de tout certificat individuel représentatif de titre et en émettant à la place un certificat global permanent matérialisant ou attestant l'ensemble de l'émission, c'est-à-dire le nombre total des actions "émises" ou le montant total d'un emprunt obligatoire. Si ce pas est franchi (sous réserve qu'il ait la base légale nécessaire, comme le droit d'une société de ne pas émettre de certificats individuels d'actions), cela permet de faire l'économie des frais considérables d'impression, de conservation, de garde, de transfert et d'assurance des certificats individuels.

83. Les incidences d'un système de titres fondé sur des certificats globaux ne diffèrent pas essentiellement de celles d'un système d'immobilisation des certificats. Cela explique aussi pourquoi les deux systèmes coexistent souvent parallèlement. En simplifiant quelque peu, on pourrait dire que l'émission d'un certificat global entraîne les mêmes conséquences que l'immobilisation de certificats individuels, si ce n'est que ces conséquences apparaissent d'emblée, c'est-à-dire dès l'émission du certificat global, et non après le dépôt des certificats individuels. Ainsi, dans la hiérarchie élémentaire à deux niveaux, les banquiers ou courtiers se répartissent directement et proportionnellement les droits attachés à la part globale ou attestés par celle-ci, et les clients se partagent indirectement ces droits par le truchement de leurs intermédiaires.

3. Conséquences juridiques de la réduction du rôle des certificats

84. Le principal fait nouveau qui a été noté est que l'investisseur a perdu tout lien direct avec l'émetteur de ses titres. Il ne possède plus directement de titres au porteur qui lui permettraient de faire valoir les droits attachés aux certificats représentatifs de ces titres à l'encontre de l'émetteur. Il en va souvent de même pour les titres nominatifs, dès lors que, comme cela est fréquemment le cas, l'actionnaire ou l'obligataire individuel est inscrit, non plus dans les livres de l'organisme émetteur, mais seulement dans ceux de sa banque ou de son courtier.

85. L'intervention de ces intermédiaires, entre autres, crée de nouveaux risques, notamment en cas d'insolvabilité d'un maillon quelconque de la chaîne des intermédiaires. La plupart des pays ont apparemment réagi à ce risque en décidant que l'investisseur acquiert, au lieu de l'ancien droit de propriété exclusif sur des titres représentés par un certificat, une part de copropriété dans le fonds collectif de certificats ou dans le certificat global déposé auprès du dépositaire central. Ainsi, c'est encore des certificats de titres immobilisés ou du certificat global que découle le droit de propriété de l'investisseur client par le biais de tous les niveaux intermédiaires. Toutefois, dans les pays de droit romain où le transfert de propriété requiert également le transfert de possession, des problèmes se posent pour procéder à ces transferts par la chaîne des intermédiaires.

86. On peut en outre se demander si, en fait, les règles relatives au transfert de propriété qui sont conçues pour le transfert de biens mobiliers corporels sont applicables, puisque l'investisseur a désormais un droit incorporel et que la possession d'un bien incorporel est difficilement envisageable. C'est pourquoi. de plus en plus, une clarification législative s'impose afin de lever tous les doutes quant au statut juridique et à la protection de l'ensemble des participants aux systèmes modernes, à plusieurs niveaux, de détention de titres.

87. Un problème étroitement lié à la question précédente de la protection de l'investisseur en tant que détenteur de titres est celui de sa protection en tant qu'acheteur ou vendeur. Comment sa situation est-elle juridiquement assurée à l'occasion de cessions de titres? En particulier, comment la protection de droits assis sur le transfert de possession est-elle assurée dans un système où il y a transfert de droits incorporels insusceptibles de possession?

88. Un troisième aspect concerne la protection des créanciers de l'investisseur titulaires d'une sûreté. Il faut souligner que la constitution d'une sûreté sur des valeurs mobilières joue un rôle important dans la pratique, les titres étant un type idéal de garantie en ce qu'ils sont facilement disponibles, peuvent être facilement créés et aussi facilement vendus et réalisés.

89. Trois questions se posent. Tout d'abord, est-il possible d'obtenir rapidement une sûreté fiable sur les titres du débiteur? Deuxièmement, le créancier titulaire de la sûreté est-il suffisamment protégé à l'égard de droits concurrents de tiers? Et enfin, troisièmement, les règles relatives à la réalisation de la sûreté s'accordent-elles avec les particularités d'une garantie très facilement négociable?

90. Eu égard à la mondialisation des marchés financiers ainsi que des portefeuilles de titres détenus par des investisseurs individuels, le déclin des certificats pose un problème important quant au droit applicable. Des titres représentés par des certificats individuels qui incorporent les droits de l'investisseur, comme les certificats au porteur, sont réputés être des biens corporels et sont donc régis par la loi de l'État où ils sont situés (*lex rei sitae*). Pour des titres nominatifs, en particulier des actions nominatives, la question de savoir si, et dans quelle mesure, cette qualification s'applique dépend de la loi du pays de l'émetteur.

91. Compte tenu de la tendance actuelle à la réduction du rôle des certificats, on a pu sérieusement s'interroger quand à la pertinence de la règle traditionnelle *lex rei sitae* généralement reconnue.

C. Suppression des certificats

92. Dans les systèmes juridiques dans lesquels le rôle des certificats représentatifs de titres a été simplement limité, soit les certificats ont été conservés et immobilisés, soit un seul certificat permanent global a été émis. Techniquement, par rapport à un certificat global unique, la suppression de l'émission de tout certificat ne constitue qu'un petit pas supplémentaire. Il n'en est pas moins vrai que, juridiquement, ce petit pas a des conséquences de grande portée.

93. La décision de supprimer l'émission de tout certificat peut être prise volontairement par des émetteurs individuels, sous réserve qu'ils y soient autorisés. Au contraire, la suppression des certificats peut être imposée par la loi pour toutes les valeurs mobilières. La première solution a été retenue, notamment, par la Belgique (1995), l'Espagne (1988/1992), les États-Unis (1977) et l'Inde (1996). Pour les effets publics, un système de dématérialisation a déjà été adopté, le registre central étant habituellement tenu par un organisme dépendant du ministère des finances. La dématérialisation a été instituée, entre autres, au Danemark (1980/1982), en France (1982/1983), en Italie (1998), en Norvège (1985), à Singapour (1993) et en Suède (1989).

94. Quelle que soit l'approche adoptée, volontaire ou contraignante, il est nécessaire de réglementer le régime juridique des titres dématérialisés, ce qui a été fait dans tous les pays précités. Une étude comparée ne s'imposant pas dans le cadre du présent rapport, il suffira d'indiquer les questions les plus importantes traitées par les différentes législations et réglementations.

95. Sous l'angle institutionnel, c'est le système à deux niveaux, tel qu'il a déjà été exposé dans ses grandes lignes (par. 75 et 76) pour les systèmes qui restreignent le rôle des certificats, qui a été adopté. Dans le présent contexte, naturellement, les intermédiaires du niveau inférieur, à savoir les banques et les courtiers, ne jouent plus le rôle de dépositaires collectifs, pas plus que l'institution centrale, au niveau supérieur, ne joue celui de dépositaire central. Au contraire, le rôle de tous ces organismes se ramène à la tenue d'écritures — les banquiers/courtiers pour leurs clients investisseurs, et l'institution centrale pour les banques et courtiers qui en sont membres.

96. La fonction de tenue d'écritures est la même que dans les systèmes qui restreignent le rôle des certificats. La détention des titres, leur transfert tout comme leur nantissement résultent d'un jeu d'écritures correspondant à tous les niveaux du système, mais principalement au niveau inférieur.

97. Avec la suppression totale de tout certificat représentatif des titres, plus rien ne justifie que les droits de l'intermédiaire ni ceux de l'investisseur soient qualifiés de copropriété soit des certificats fongibles dans le dépôt collectif, soit du certificat global permanent déposé. Cela vaut particulièrement pour les systèmes juridiques qui limitent le droit de propriété aux biens corporels susceptibles de possession. Il y a tout lieu de supposer que les droits qui sont attestés ou constitués par un jeu d'écritures dans des livres sont incorporels et ne sont donc pas susceptibles de possession.

98. Selon les règles générales qui, pour l'essentiel, semblent être universellement suivies, les actes de disposition patrimoniale sur des biens incorporels, c'est-à-dire, en particulier, le transfert de propriété et la création de sûretés, sont soumis à des règles de cession spéciales qui s'écartent des règles correspondantes régissant les actes de disposition patrimoniale sur des biens mobiliers corporels. Les différences concernent le mode de transfert, toute remise matérielle étant manifestement impossible. De plus, de telles règles ne protègent pas en général très clairement un cessionnaire de bonne foi contre les vices affectant le droit du cédant sur le bien incorporel ou sa faculté d'en disposer.

99. Plus important encore est le degré différent de protection conféré à des biens incorporels en cas d'insolvabilité du détenteur intermédiaire du droit. La question est celle de la protection de l'investisseur en cas d'insolvabilité des "nouveaux" détenteurs intermédiaires, c'est-à-dire les différents membres des deux niveaux (ou davantage) de dépositaires collectifs intermédiaires et centraux. Sous l'angle économique, le risque considéré est très faible en ce qui concerne les différents dépositaires centraux nationaux, dans la mesure où leurs fonctions sont généralement strictement limitées à la conservation de registres centraux et, dans le cadre des "systèmes de réduction des certificats" (voir par. 75 à 77), au dépôt de certificats immobi-

lisés ou globaux. Il n'y a ainsi quasiment pas de risque de crédit. La même observation vaut probablement pour des sociétés dépositaires spécialisées. Il en va tout autrement des membres du niveau inférieur, c'est-à-dire les banques, les courtiers et les établissements analogues qui poursuivent des objectifs commerciaux généraux et dont la fonction intermédiaire de tenue d'écritures concernant les droits de leurs clients dans des dépôts collectifs ne constitue qu'une tâche (peut-être d'ailleurs d'importance mineure) parmi bien d'autres. Le droit portant sur des biens incorporels est traditionnellement considéré, en principe, comme un droit exclusivement personnel qui, dès lors, ne confère pas à son détenteur une protection patrimoniale en cas d'insolvabilité éventuelle d'un intermédiaire. C'est là un recul important par rapport à la protection intégrale dont jouit l'investisseur en qualité de copropriétaire, en vertu des règles régissant les dépôts collectifs fondés sur des certificats immobilisés ou sur un certificat global permanent. Afin d'éviter une telle diminution de la protection de l'investisseur, les lois particulières qui régissent les titres totalement dématérialisés prévoient généralement que la situation de l'investisseur est celle d'un copropriétaire des titres inscrits sous son nom. La garantie de ce statut patrimonial est un élément essentiel de toute réglementation moderne nationale ou internationale relative à la détention, au transfert et au nantissement de titres dématérialisés.

100. La "réification" des droits de l'investisseur sur les valeurs mobilières est également un facteur important pour réglementer la constitution, le statut, la protection et la réalisation de sûretés sur ces valeurs. À cet égard, il existe une différence importante entre les systèmes de *common law* et ceux de droit romain: alors que ces derniers autorisent le nantissement de biens incorporels, les pays de *common law* le refusent au motif que la condition préalable essentielle, à savoir la remise des biens mobiliers gagés au créancier gagiste, ne peut être remplie dans le cas de biens incorporels. Les pays de droit romain remplacent la remise des biens par une notification au débiteur. En remplacement du nantissement impossible, les systèmes de *common law* autorisent la cession (à titre de sûreté) de biens incorporels. Cette forme de garantie solide est également autorisée par certains pays de droit romain, tandis que d'autres la considèrent comme un moyen de tourner les règles légales du gage et du nantissement et n'autorisent donc pas la cession à titre de sûreté.

101. Il peut être remédié aux difficultés résultant de ce type de divergences fondamentales (et d'autres divergences mineures) par la réification des droits incorporels des investisseurs sur les titres. Cela permet alors d'appliquer les règles normales de nantissement des biens mobiliers corporels.

102. Une adaptation au système général de tenue de comptes de titres n'en reste pas moins nécessaire. On peut cependant y parvenir en prévoyant soit des comptes spéciaux de nantissement, soit la mention des nantissements sur le compte existant du constituant.

103. Bien que le régime des nantissements soit relativement cohérent dans tous les pays, il existe néanmoins certaines différences, et ce régime devrait être adapté aux exigences particulières de la constitution de sûretés efficaces sur les valeurs mobilières. Un élément (probablement source de controverses) est le souhait des prêteurs sur titres d'être autorisés à remettre en gage les valeurs déjà gagées. D'autres points concernent l'assouplissement de certaines formalités lourdes et onéreuses exigées pour la validité d'un nantissement, et notamment la création d'un régime simple et rapide de réalisation par le créancier gagiste, lequel, compte tenu du bon fonctionnement actuel des marchés boursiers, devrait certainement être plus libéral que pour les gages constitués sur d'autres biens.

104. Dans ce contexte, deux autres questions se posent. Tout d'abord, il faut se demander s'il est possible de fusionner toute réglementation relative à un nantissement modernisé avec d'autres équivalents juridiques ou fonctionnels. Les autres solutions juridiques sont les transferts de propriété des valeurs; les autres solutions fonctionnelles sont notamment les contrats de mise en pension ("repo") qui sont très fréquemment employés, en raison probablement de l'absence de formes modernes appropriées de nantissement. Il semble toutefois que ce soit là une question qui ne puisse et ne doive pas être réglée au stade actuel, mais qui pourrait être laissée à des débats ultérieurs.

105. Un autre problème est celui de savoir si l'élaboration d'une réglementation spécifiquement applicable aux sûretés ne compromettra pas éventuellement des projets plus vastes de développement de règles générales harmonisées pour des sûretés modernes, couvrant tous les types de biens. Il semble toutefois que les particularités de la constitution, la protection et la réalisation de sûretés sur des valeurs mobilières permettent de justifier des dérogations au régime général en raison des traits propres du bien grevé en cause.

106. Compte tenu de la mondialisation des marchés financiers en général et aussi, par voie de conséquence, des portefeuilles détenus tant par les grands investisseurs professionnels que par les petits investisseurs privés, la dernière mais difficile question est celle de savoir quelle loi s'applique aux aspects patrimoniaux de la détention, du transfert et du nantissement de titres.

107. Dans le cadre du système traditionnel de valeurs mobilières représentées par un certificat et détenues individuellement, la règle générale était que les aspects patrimoniaux des titres étaient régis par la loi du pays de l'émetteur, sauf si ladite loi renvoyait — comme elle le faisait habituellement pour les titres au porteur et équivalents — à la *lex situs* des certificats. Toutefois, eu égard au nouveau contexte économique et juridique qui a été brièvement exposé plus haut (par. 65 à 69 et 71 à 74), on peut se demander si ces deux règles fondamentales de conflit de lois restent adaptées à la situation actuelle.

108. Compte tenu du rôle généralement restreint des certificats (voir par. 75 à 83) et de leur suppression ultime dans certains pays, la plus forte incertitude concerne la règle subsidiaire de conflit fondée sur la *lex situs* des certificats. Lorsque la grande majorité ou la totalité des certificats d'une émission sont immobilisés et déposés en un lieu, ou lorsque le certificat global unique se trouve localisé en un

lieu, est-ce la loi de ce lieu — en tant que *lex situs* — qui régit véritablement les droits patrimoniaux de tous les propriétaires de titres, qui résident peut-être dans toutes les régions du monde? Dans le cas d'un résident japonais qui acquiert des parts d'une société allemande, lesquelles font l'objet d'un dépôt central en Allemagne, la question de savoir si, et à quel moment, l'acheteur devient propriétaire est-elle régie par la loi allemande, bien que les formalités de cession soient effectuées au Japon par des jeux symétriques d'écritures effectués par les banques respectives du vendeur et de l'acheteur au Japon? La situation est-elle différente selon que le vendeur est une banque japonaise au Japon ou une banque allemande en Allemagne? Dans une opération boursière, l'acheteur ne connaît pas normalement l'identité ou la résidence de son vendeur. Les mêmes problèmes se posent en cas de constitution d'une sûreté sauf que, dans ce cas, les parties connaissent leur identité respective.

109. Naturellement, dans le cas d'une suppression totale des certificats, la question du lieu de situation des titres n'a plus d'objet.

110. Une règle de remplacement de la *lex situs*, qui a été proposée par certains auteurs et adoptée par quelques législateurs, est la loi régissant l'inscription dans les comptes. Cette solution est pertinente dans de nombreux cas, lorsque les deux parties résident dans le même pays et que leur identité est connue. Elle ne semble toutefois pas convenir pour un acte de disposition transfrontalier lorsqu'il est nécessaire d'inscrire l'opération dans les deux pays, car il serait difficile de déterminer si l'une des deux écritures doit prévaloir sur l'autre et, dans l'affirmative, laquelle.

D. Travaux en cours concernant la constitution de sûretés sur des valeurs mobilières

111. Il a été dit que l'absence d'harmonisation des lois et règlements relatifs aux biens grevés empêche le développement de la constitution de garanties dans de nombreuses régions, en particulier en Europe, et que l'insécurité juridique reste une préoccupation majeure des organismes qui garantissent des opérations à travers le monde[23]. C'est pourquoi il n'est pas surprenant que plusieurs initiatives aient été prises pour améliorer le régime juridique des valeurs mobilières. Ces initiatives sont de deux types: les premières visent à l'unification des règles de droit matériel, les autres se rapportent à l'unification des règles de conflit de lois.

112. En 2000, la Commission des communautés européennes a publié un avant-projet de directive sur l'utilisation transfrontalière des garanties. Il ressort toutefois de l'article premier du texte que seules les "garanties financières" seront couvertes. Le projet vise tant les "sûretés" que le "transfert de propriété". Sur le fond, le projet traite brièvement de la constitution d'une sûreté; il autorise l'utilisation de la garantie et vise la réalisation par le créancier. Celle-ci ne doit pas être interdite si le constituant de la garantie fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité, et certains arrangements doivent également échapper aux règles de cette procédure touchant la validité des opérations effectuées pendant la période suspecte. Enfin, il est proposé une règle de conflit de lois pour les titres en compte courant, laquelle s'appliquerait, que la loi visée soit ou non celle d'un État membre.

113. Certains États membres de la Conférence de La Haye de droit international privé ont demandé au début du mois de mai 2000 que la Conférence inscrive à son ordre du jour les conflits de lois en matière de titres détenus par des intermédiaires. La proposition initiale était limitée aux problèmes de conflit de lois en cas de constitution de sûretés sur des titres. Toutefois, il a été ultérieurement souligné qu'il serait illogique de limiter l'examen aux principes de conflit de lois applicables à un seul type d'acte de disposition et que rien ne justifiait que la convention proposée ne traite pas de tous les actes de disposition de titres détenus par des intermédiaires.

114. Au terme d'un débat, la Conférence de La Haye a décidé que le nouveau sujet proposé devrait être inscrit à l'ordre du jour de la prochaine conférence diplomatique prévue en juin 2001. Un groupe de travail a été créé. Il a été proposé que la règle de conflit à élaborer énonce le critère de la loi du "lieu de la situation de l'intermédiaire concerné".

115. Il faut indiquer que le projet précité de directive de l'Union européenne sur l'utilisation transfrontalière des garanties comporte aussi une règle de conflit de lois pour les titres en compte courant. Selon le projet d'article 11, la priorité et la réalisation de tout droit ou de toute sûreté sur des titres en compte courant sont régies par la loi du pays dans lequel est ouvert le compte considéré.

116. Comme il a été indiqué plus haut (par. 65 à 69), au cours des 30 dernières années, la détention, le transfert et le nantissement de titres ont subi une évolution dans de nombreux pays, dont la législation n'a toutefois tenu compte que dans une faible mesure et selon des modalités extrêmement différentes. De manière générale, l'essentiel du droit privé général est totalement inadapté aux exigences des opérations modernes sur titres. Cette inadaptation des règles nationales et l'absence de règles applicables aux opérations transfrontalières augmentent les frais de toutes les opérations de ce type et entravent le progrès économique. Les statistiques indiquent clairement l'importance du volume de valeurs financières en cause. Enfin, les initiatives récentes dans le domaine des opérations sur titres étayent les conclusions précédentes et soulignent la nécessité de moderniser la législation, à l'échelon tant national qu'international.

117. S'agissant de l'opportunité d'entreprendre des travaux sur les sûretés, la première question à examiner est celle de savoir si de nouvelles règles ne doivent être envisagées que pour la constitution et la réalisation de sûretés sur des valeurs mobilières, alors qu'il ressort des observations faites précédemment (par. 65 à 69 et 70 à 74) que les insuffisances des régimes juridiques ne se limitent pas à la constitution et à la réalisation de sûretés, mais que les mêmes facteurs touchent aussi les règles juridiques connexes relatives à la détention et au transfert de titres.

[23] International Swaps and Derivatives Association, Inc., *Collateral Survey 2000*, p. 11 et 61.

118. Tous ces aspects sont interdépendants et forment un tout. Chacun dépend de la solution retenue pour le régime de base, c'est-à-dire la forme juridique de la détention de titres par les investisseurs et leurs intermédiaires. Et puisque le régime juridique applicable à tous ces aspects est relativement incertain et insatisfaisant, il ne serait pas judicieux de ne traiter que l'un d'entre eux.

119. Il n'en serait pas moins possible de limiter le sujet aux sûretés constituées sur des titres, ce que démontre, par exemple, et sous réserve d'une analyse plus approfondie, l'existence du projet de directive des Communautés européennes sur l'utilisation transfrontalière des garanties.

120. Une autre question relative à la délimitation du sujet est celle de savoir si toute proposition nouvelle devrait se limiter aux "purs" systèmes dématérialisés caractérisés par une suppression totale de tous les certificats, ou s'il faudrait y inclure également les régimes applicables aux titres immobilisés ou ceux fondés sur un certificat global. On peut préférer l'approche large. Comme il a été démontré, la "rupture" juridique décisive survient dès que les certificats sont mis hors service et immobilisés, de telle sorte qu'il faut les remplacer essentiellement par des jeux d'écriture.

121. Une autre question de délimitation est celle de savoir si un instrument devrait s'appliquer à la fois aux situations internes et aux situations internationales, ou s'il ne devrait traiter que de ces dernières.

122. L'élaboration d'un ensemble de règles couvrant les opérations internes et transfrontalières de souscription et de disposition ne supprimera pas la nécessité d'envisager d'éventuels conflits de lois, lesquels pourront surgir dès lors qu'un pays qui n'aura pas adopté les règles à élaborer sera concerné.

V. SÛRETÉS CONSTITUÉES SUR DES ÉLÉMENTS PARTICULIERS D'ACTIF: LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

123. À sa trente-troisième session, la Commission a désigné les droits de propriété intellectuelle comme un autre sujet éventuel de travaux futurs dans le domaine des sûretés constituées sur des éléments particuliers d'actif spécifiques[24].

124. Aux fins du présent examen, l'expression "droits de propriété intellectuelle" s'entend notamment des éléments suivants: droits d'auteur et droits connexes; marques; noms commerciaux et autres signes commerciaux distinctifs; indications géographiques; dessins industriels; brevets; topographies de circuits intégrés; secrets commerciaux et, plus généralement, renseignements non divulgués.

125. La valorisation croissante de tels droits et le fait qu'ils constituent une composante essentielle de la valeur des entreprises ont conduit à les considérer comme des éléments d'actif susceptibles de servir de garantie.

126. Sous l'angle juridique, les difficultés surgissent du fait que les lois relatives aux droits de propriété intellectuelle mettent habituellement l'accent sur le transfert de propriété sans prévoir de règles spécifiques relatives à la constitution de sûretés. Dès lors, c'est habituellement à la jurisprudence qu'il incombe d'adapter aux droits de propriété intellectuelle les règles générales relatives aux sûretés. Il en résulte de nombreuses incertitudes quant aux règles de droit matériel régissant l'exercice du droit de propriété intellectuelle pendant toute la durée de la sûreté, qui concernent, par exemple, les questions suivantes: la conclusion d'accords de licence; le traitement des atteintes au droit; l'extension de la sûreté aux bénéfices et les revenus résultant du droit (comme les redevances); les conséquences de l'annulation du droit ou de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité concernant le débiteur propriétaire du droit de propriété intellectuelle; la portée de l'autonomie des parties; et les conditions de forme requises pour l'opposabilité (perfection) de la sûreté.

127. Il existe un autre domaine d'incertitude concernant les marques. Selon certaines législations, les marques ne peuvent être cédées séparément du fonds ou du produit qu'elles représentent, sous peine de nullité de la cession. Puisque la réalisation de la sûreté sur la marque exigerait la cession tant de la marque que de l'entreprise, la validité de la sûreté sur la marque est subordonnée à la constitution simultanée d'une sûreté sur l'entreprise dans son ensemble[25].

128. Il semble également qu'il soit parfois difficile d'identifier et d'évaluer les droits de propriété intellectuelle, d'une part lorsqu'il n'existe aucun registre pour des types spécifiques de droit de propriété intellectuelle et, d'autre part, même s'il existe un registre, parce que l'enregistrement peut se révéler lourd et onéreux, s'agissant d'éléments qui sont en permanence révisés et remplacés par des versions mises à jour et toujours plus complexes.

129. Un moyen de s'appuyer sur un droit de propriété intellectuelle pour obtenir un financement sans subir les incertitudes liées à la constitution d'une sûreté consiste à transférer la propriété de ce droit au créancier. En tant que détenteur du titre de propriété, le créancier peut ensuite rétrocéder une licence sur ce droit au débiteur, lequel peut continuer à l'exercer et à l'exploiter. Un inconvénient de cette approche est que le créancier, en tant que détenteur du titre de propriété, est tenu d'effectuer tous les dépôts et de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer le maintien du droit, qu'il soit ou non associé à l'activité du débiteur. Le créancier est également tenu d'agir en cas d'atteinte au droit de propriété intellectuelle. D'autres difficultés peuvent en outre surgir en raison de la nécessité d'inclure dans la licence des dispositions garantissant que le débiteur n'utilisera pas le droit de propriété intellectuelle de manière à diminuer la valeur de la garantie, ce qui compromettrait la situation du créancier. Ces difficultés et ces risques peuvent réduire l'attrait de ce dispositif pour les créanciers, à plus forte raison lorsqu'ils ne tiennent pas à être directement associés à l'activité du débiteur.

[24] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 155.

[25] C'était là traditionnellement un obstacle important pour la plupart des pays européens. À la suite de l'entrée en vigueur de la directive européenne sur l'harmonisation des législations relatives aux marques, et de l'adoption de la marque communautaire, les pays membres de l'Union européenne n'exigent plus que l'entreprise représentée par la marque soit cédée en même temps que celle-ci.

130. Certains pays de droit romain autorisent la création de sûretés sur des droits de propriété intellectuelle dans le cadre du mécanisme de nantissement des droits, en vertu duquel le créancier a droit au produit de la vente de ces droits en cas de défaillance du débiteur.

131. D'autres pays autorisent l'utilisation de droits de propriété intellectuelle à titre de garantie dans le cadre de différents mécanismes juridiques, couramment qualifiés de charges "fixes" ou de charges "flottantes". La particularité essentielle d'une charge flottante par rapport à une charge fixe tient au fait que la sûreté est alors constituée non sur un élément d'actif spécifié, mais sur un ensemble fluctuant d'actifs que le débiteur a le droit d'utiliser au cours de son activité. Ces actifs, qui peuvent inclure un ou plusieurs droits de propriété intellectuelle, restent totalement sous le contrôle du débiteur pendant toute la durée de la sûreté et peuvent comprendre, entre autres, du matériel spécifiquement conçu pour la production d'un produit breveté ou des articles du stock commercialisés sous une ou plusieurs des marques du débiteur. Étant donné que l'exploitation est un élément essentiel à la survie des droits de propriété intellectuelle en tant qu'actifs dotés d'une valeur économique, ce mécanisme permet la préservation de cette valeur malgré l'existence d'une sûreté. En cas de réalisation de la sûreté dans le cadre d'un mécanisme de charge flottante, le créancier n'a le droit de recevoir que le montant pour lequel la sûreté a été constituée sur le produit de la vente des biens du débiteur et il participe à la répartition dudit produit avec les autres créanciers, qu'ils soient ou non titulaires d'une sûreté.

132. Lorsqu'une sûreté sur un droit de propriété intellectuelle est constituée sous la forme d'une "charge fixe", la sûreté bénéficie exclusivement à un créancier déterminé. Celui-ci est en conséquence privilégié par rapport à tout autre créancier pour ce qui concerne le produit découlant de la vente du droit. Dans le cadre d'une charge fixe, cependant, le titre patrimonial sur l'élément d'actif grevé est transféré au créancier à qui sont conférés tous les droits accessoires de la propriété. Cette particularité peut engendrer des inconvénients semblables à ceux découlant du système de cession pur et simple associé à une rétrocession de licence au débiteur, dans le cas où le créancier ne souhaite pas contrôler l'utilisation et l'exploitation du droit de propriété intellectuelle.

133. Une autre difficulté découle de la règle dite de la "territorialité" des droits de propriété intellectuelle, à savoir les marques et les brevets déposés, c'est-à-dire une règle générale et universelle selon laquelle les droits exclusifs résultant du dépôt sont géographiquement limités au territoire de l'État dans lequel cette formalité a été accomplie pour la marque ou le brevet en cause et sont régis par la loi de cet État[26].

134. La règle de la territorialité signifie aussi que les droits de propriété intellectuelle sont subordonnés au dépôt et à l'enregistrement auprès des autorités administratives du pays où la protection et la réalisation sont sollicitées. L'effet juridique de ces formalités varie. Dans certains systèmes, l'enregistrement est une simple source d'information, tandis que dans d'autres l'existence du droit de propriété intellectuelle (ou de toute forme de droit sur celui-ci, comme une sûreté) est subordonnée à l'enregistrement. Cette différence de traitement constitue immanquablement une nouvelle source d'insécurité et rend plus difficile l'utilisation de droits de propriété intellectuelle pour obtenir un financement.

135. Ces difficultés devraient s'accroître avec le développement de nouvelles formes de droits de propriété intellectuelle en relation avec l'essor du commerce électronique. Jusqu'à présent, l'exemple le plus remarquable est celui des appellations de domaine, dont le lien avec les marques traditionnelles reste mal défini.

136. Les incertitudes procédurales et de fond quant au régime applicable aux sûretés constituées sur des droits de propriété intellectuelle compromettent l'offre de crédits liée à ces droits. Pour faciliter l'utilisation de droits de propriété intellectuelle à titre de garantie, une amélioration de la prévisibilité et de la sécurité juridique est souhaitable, tant pour les propriétaires de droits de propriété intellectuelle que pour les créanciers.

VI. QUESTIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

A. Importance des règles de conflit dans le cadre de l'unification des règles de droit matériel

137. Il est communément admis que l'unification des règles de droit matériel doit être préférée à celle des règles de conflit[27], ce qui ne signifie pas que les questions de conflit de lois soient sans importance dans le cadre de l'unification du droit matériel. Dans certains cas, même si l'on parvenait à une uniformisation générale des règles de droit matériel, il serait toujours nécessaire de disposer d'indications quant aux règles de conflit pour diverses raisons. D'une part, dans la mesure où les effets de la sûreté, entre les parties ou uniquement à l'égard des tiers, dépendent, en droit interne, de l'inscription dans un registre public ou d'un acte de publicité équivalent, les créanciers garantis ont besoin d'indications quant aux règles de rattachement pertinentes (sauf si un registre international est mis en place). D'autre part, le droit relatif aux opérations assorties d'une sûreté ne constitue pas un corps de règles autonomes, mais il a des liens avec divers autres domaines, notamment les suivants: le droit des contrats, le droit des obligations et voies d'exécution des décisions de justice, le droit relatif à la protection des consommateurs, le droit des sociétés, le droit de la faillite et le droit de l'insolvabilité. L'uniformisation, au niveau international, de règles de fond régissant les sûretés n'entraînera pas l'unification de tous ces domaines connexes. Il demeurera plus ou moins nécessaire de disposer de critères de rattachement pour déterminer la loi applicable aux questions se posant aux confins du domaine des opérations assorties de sûretés et de ces domaines connexes. Enfin, à supposer

[26] À ce jour, l'exception la plus notable à cette limite a été la création de la marque communautaire, laquelle confère à son propriétaire un droit exclusif sur l'ensemble du territoire de la Communauté européenne. Une disposition analogue concernant un brevet communautaire devrait être prochainement adoptée.

[27] Voir Trib. Vigevano, 2000, décision nº 378, des sommaires de jurisprudence relatifs aux textes de la CNUDCI.

qu'un régime de droit matériel uniforme pour les opérations assorties de sûretés soit élaboré dans le cadre d'une convention internationale, le texte comportera inévitablement des lacunes.

B. Biens corporels

138. Comme dans les autres parties du présent document, le terme générique "sûreté" est utilisé ici pour désigner les droits réels créés par un dispositif de garantie tant formel que fonctionnel (par exemple nantissement, hypothèque ou charge) ainsi que les sûretés constituées par le biais d'autres arrangements (par exemple cession, bail, transfert ou réserve de propriété ou encore fiducie) pour garantir une vente ou un prêt. Dans la présente section, il est fait une distinction entre, d'une part, les questions purement contractuelles qui se posent entre les parties immédiates à une opération créant ou attestant des droits réels, lesquelles relèvent généralement du principe de l'autonomie des parties et, d'autre part, les aspects patrimoniaux[28].

139. Il est largement admis qu'en règle générale les aspects patrimoniaux de contrats relatifs au transfert ou à la création de droits réels sur des biens mobiliers corporels, y compris à la constitution de sûretés, sont régis par la loi du lieu où sont situés les biens. Ces aspects comprennent notamment les conditions de forme exigées pour la validité d'une sûreté, la validité de la sûreté quant au fond, la date de sa constitution, son opposabilité aux tiers et son rang de priorité.

140. Une autre approche consiste à établir une distinction entre les litiges concernant les parties immédiates à une opération et les différends avec des tiers, plutôt qu'une distinction entre les effets contractuels d'une opération et ses effets patrimoniaux. Suivant cette approche, les effets contractuels comme les effets patrimoniaux de l'opération pourraient être régis par une loi librement choisie lorsque le différend concerne uniquement les parties immédiates[29]. Cette approche a l'avantage de favoriser l'autonomie des parties. Toutefois, dans la mesure où les parties prévoient d'emblée qu'il pourra être nécessaire de procéder à l'aliénation des biens grevés et à leur vente à un tiers, en cas de défaillance du débiteur, il sera difficile de limiter les litiges d'ordre patrimonial aux parties contractantes immédiates.

141. Les conditions de forme semblent poser des problèmes particuliers en ce qui concerne les biens mobiliers, car, habituellement, le contrat est aussi l'instrument par lequel la sûreté est constituée. Toutefois, le respect de certaines prescriptions de forme (par exemple, exigences d'un écrit, d'une "date certaine" authentifiée ou de l'enregistrement du contrat) peut être une condition indispensable de la validité de la sûreté en tant que droit patrimonial selon la loi du lieu où est situé le bien. En théorie, il résulte de la distinction entre effets contractuels et effets patrimoniaux que le contrat peut subsister en tant que tel s'il est valable au regard des prescriptions de forme légales applicables aux aspects purement contractuels (le débiteur restant alors personnellement tenu de procéder au transfert ou à la création du droit patrimonial prévu par le contrat). En revanche, si l'inobservation des conditions de forme applicables aux contrats constitutifs de sûreté en vertu de la loi du lieu où est situé le bien empêche la constitution d'un droit patrimonial valable, le créancier ne bénéficiera d'aucune sûreté.

142. Cependant, la distinction entre la validité du contrat créant ou attestant la sûreté et la validité de la sûreté en tant que droit patrimonial n'est pas universellement reconnue, certains régimes juridiques appliquant à la validité formelle de la sûreté en tant que droit patrimonial les règles souples du droit international privé applicables à la validité formelle des contrats. Le souci de réduire le coût des opérations et d'accroître la sécurité conduirait à penser que seule la loi du lieu où est situé le bien devrait régir la validité de la sûreté en tant que droit patrimonial. Cette solution pourrait éviter aux tiers intéressés d'avoir à examiner les conditions de forme prévues par toutes les lois pouvant entrer en jeu pour déterminer si une sûreté, qui est manifestement nulle au regard des conditions de forme fixées par la loi du lieu de situation du bien est néanmoins valable au regard d'une autre législation.

1. Problèmes de conflit de lois liés à un éventuel déplacement des biens

143. Les problèmes de conflit de lois sont plus délicats lorsqu'il s'agit de biens mobiliers corporels que dans le cas de biens immobiliers, car les premiers peuvent être transférés dans un nouvel État après la constitution de la sûreté. Dans la mesure où les systèmes juridiques limitent les sûretés sur des biens corporels au gage avec dépossession (le créancier prenant possession du bien grevé), la mobilité ne pose pas de problème grave. Du fait de l'obligation, dans le gage avec dépossession, de remettre le bien au créancier, la plupart des facteurs de rattachement pertinents sont situés là où se trouve le bien. Même si le bien remis en gage est transféré dans un autre État, les règles fondamentales de droit matériel relatives au gage sont remarquablement uniformes d'un État à l'autre, si bien que les véritables conflits sont rares. Dès lors que le créancier conserve la possession effective du bien dans le nouveau lieu, la sûreté sera généralement reconnue.

144. Si le bien n'est pas transféré vers un autre lieu, la loi du lieu de situation de ce bien coïncidera généralement avec la loi du for. L'exception la plus remarquable concerne le cas où une procédure d'insolvabilité est ouverte contre le débiteur devant un tribunal d'un État, lequel se déclare compétent pour les biens que le débiteur

[28]Voir, par exemple, les dispositions relatives au choix de la loi applicable par convention dans le projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles. Dans le projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international, le cédant (débiteur constituant la garantie) et le cessionnaire (créancier garanti) sont libres de choisir les règles de droit matériel qui régiront les aspects contractuels de leurs droits et obligations réciproques.

[29]L'article 9 du Code de commerce uniforme des États-Unis, par exemple, soumet les questions d'opposabilité [à savoir la validité quant à la forme et le transfert d'un droit réel entre le créancier garanti et le débiteur], de validité, de qualification (par exemple contrat de location véritable ou sûreté) et d'exécution à ses dispositions générales de droit international privé qui donnent effet au choix des parties concernant la loi applicable à ces questions s'il existe un lien raisonnable entre la loi choisie et l'opération garantie.

détient dans le monde entier et où les biens en cause sont situés hors de la juridiction où est conduite la procédure d'insolvabilité. Il faut alors concilier l'application de la loi du lieu où est situé le bien et celle de la loi régissant la procédure d'insolvabilité. Il est largement admis aujourd'hui que la validité de la sûreté et son rang de priorité devraient être régis par la loi qui lui est applicable en vertu de la règle de conflit nationale ou internationale pertinente. Il revient ensuite au tribunal saisi de l'insolvabilité de déterminer, à supposer que la sûreté soit considérée comme valablement constituée en vertu de la loi étrangère applicable, s'il convient néanmoins de refuser de la reconnaître au motif que l'opération aurait été conclue au détriment des créanciers en vertu des règles de droit matériel régissant la procédure d'insolvabilité.

145. Lorsqu'il y a déplacement d'un bien grevé, un problème se pose fréquemment dans le cas où le débiteur transfère le bien vers un autre État sans le consentement du créancier garanti et prétend ensuite le vendre ou emprunter de l'argent en contrepartie, ou dans le cas où le bien est saisi dans cet État par l'un des créanciers du débiteur. La question est de savoir quelle loi régit le litige entre le créancier garanti et l'acheteur ou le créancier subséquent. Malgré quelques différences de formulation, le principe général consacré tant dans les pays de *common law* que dans les pays de droit romain est que les lois de chacun des deux lieux de situation du bien s'appliqueront successivement. La validité initiale de la sûreté est régie par la loi du lieu où se trouvait initialement le bien, tandis que la loi du lieu suivant détermine les conséquences juridiques des événements survenant après le déplacement du bien.

2. Transposition de la sûreté: problèmes et solutions possibles

146. Si la loi du nouveau lieu où est situé le bien régit le sort de la sûreté, il importe de savoir quel effet cette loi attribuera, sur le plan interne, à des sûretés importées de l'étranger. En règle générale, une sûreté étrangère n'est reconnue comme valable que si elle peut être rapprochée d'une sûreté interne. Ce rapprochement peut être particulièrement problématique étant donné les concepts très différents de sûreté adoptés dans les divers systèmes juridiques. Par exemple, les conventions de réserve de propriété étant reconnues dans de nombreux systèmes juridiques, une sûreté étrangère créée par une telle convention sera généralement reconnue sans aucune difficulté. Toutefois, d'autres sûretés sans dépossession, par exemple les hypothèques mobilières, ne seront reconnues que s'il est possible d'établir un parallèle avec une sûreté interne équivalente. En conséquence, si le droit interne ne reconnaît pas les sûretés qui laissent le débiteur en possession du bien grevé, la reconnaissance de ce type de sûreté peut être refusée tant que le bien reste régi par la loi du nouveau lieu de situation.

147. Même s'il est possible de trouver, dans le droit interne, une sûreté analogue à la sûreté étrangère, il ne sera conféré à cette dernière que les effets juridiques de la sûreté interne correspondante. Les sûretés sans dépossession produisent des effets très différents selon les pays. Même les conventions de réserve de propriété, pourtant couramment utilisées, ne sont pas traitées de manière uniforme. Dans certains pays, elles sont inopposables aux tiers. Dans d'autres, elle n'ont d'effet que si elles sont enregistrées ou si les parties peuvent produire certains documents ou accomplissent certaines formalités. Dans d'autres pays encore, elles produisent effet à l'égard des créanciers et des administrateurs de l'insolvabilité mais sont inopposables aux acquéreurs de bonne foi à titre onéreux. Les différences entre systèmes juridiques sont encore plus marquées lorsqu'il s'agit d'autres types de sûretés sans dépossession, que certains pays ne reconnaissent toujours pas.

148. Une solution au problème de la transposition pourrait consister dans l'adoption d'une convention multilatérale prévoyant la reconnaissance mutuelle, par les États contractants, des sûretés constituées valablement selon le droit du lieu initial de situation du bien et régissant de manière uniforme les effets quant au fond de ces sûretés à l'égard des tiers dans les États qui les reconnaissent. Toutefois, il s'est avéré difficile, dans la pratique, d'appliquer cette solution. Les États dont le droit interne ne reconnaît pas, ou restreint, les effets des sûretés sans dépossession n'accorderont probablement pas plus de valeur à l'opposabilité des sûretés étrangères au détriment, éventuellement, d'acquéreurs et de créanciers locaux si une sûreté interne ne bénéficie pas de la même protection. Une telle convention n'est donc envisageable qu'entre des États qui ont des pratiques similaires, du moins pour l'essentiel, en ce qui concerne la validité et les effets des sûretés. En d'autres termes, l'harmonisation des règles internes de droit matériel semble être un préalable indispensable, dans la pratique, à l'uniformisation des règles de conflit[30].

149. Une solution éventuellement plus efficace consisterait à élaborer des règles types à adopter dans le droit interne, qui prévoiraient la conversion d'une sûreté étrangère en une sûreté interne et garantiraient à cette sûreté une période minimale de protection à l'égard des tiers dès que le bien serait soumis à la loi du nouveau lieu de situation[31]. Les États qui demeurent totalement opposés

[30]Voir, par exemple, le projet de directive relatif à la reconnaissance des sûretés sans dépossession sur des biens mobiliers et des clauses de réserve de propriété dans les ventes de biens mobiliers, élaboré en 1973 par la Commission européenne et resté sans suite.

[31]Une solution intermédiaire est appliquée, par exemple, dans la législation canadienne sur les opérations assorties de sûretés, qui prévoit un "délai de grâce" limité pour les sûretés étrangères après le transfert des biens au Canada (ou leur déplacement d'une province à l'autre à l'intérieur du pays). Pendant ce délai de grâce, la sûreté étrangère est réputée produire effet à l'égard des tiers (à l'exception de certains acquéreurs de bonne foi) sans qu'elle ait satisfait aux conditions fixées par le droit interne, à savoir généralement être inscrite sur un registre public, comme cela est requis pour qu'une sûreté interne soit opposable aux tiers. Pour que la sûreté "réputée parfaite" conserve ce statut, le créancier étranger doit à terme satisfaire aux conditions applicables aux sûretés internes de même nature (le délai de grâce est généralement de 60 jours). Toutefois, ce délai donne au moins à la partie bénéficiaire de la sûreté le temps de découvrir que le bien a été déplacé et de prendre des mesures pour préserver ses droits dans le cadre de la nouvelle loi applicable. (Une approche analogue a été également suivie aux États-Unis jusqu'à ce qu'une récente modification de la législation substitue la loi du lieu de situation du débiteur à la loi du lieu de situation du bien grevé en tant que loi applicable à la perfection de la sûreté. Suite à cette révision, le délai de grâce s'appliquera au changement du lieu de situation du débiteur et non plus au changement du lieu de situation des biens corporels.)

aux sûretés sans dépossession du débiteur ne seraient pas prêts à adopter une règle de ce genre, mais la plupart des États autorisent à présent une forme ou une autre de sûreté ou de quasi-sûreté sans dépossession. Cet aspect ne devrait donc pas poser de graves problèmes.

3. Biens en transit et biens destinés à l'exportation

150. Dans le cas de biens en transit, la règle visant la loi du lieu de situation du bien exige en principe qu'un créancier se conforme tant à la loi du lieu où le bien est situé au moment de l'opération qu'à la loi du lieu de destination. Toutefois, le lieu de situation peut être inconnu ou tellement provisoire qu'il est impossible de respecter cette exigence pour des raisons pratiques ou économiques. Ce dernier problème peut parfois être résolu par le recours à un titre négociable représentatif des biens, car la loi applicable est alors celle du lieu où se trouve le titre au moment de sa remise avec tout endossement nécessaire. On peut se demander ce qui se passe si les biens sont vendus ou saisis par les créanciers pendant un arrêt au cours du transport et, en outre, quelle est alors la loi applicable, à savoir la loi du lieu où sont effectivement situés les biens ou la loi du lieu de remise du titre représentatif.

151. Pour résoudre ces difficultés, la Convention sur la loi applicable au transfert de la propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels, adoptée en 1958 par la Conférence de La Haye, prévoit que la loi du lieu où sont remis les biens ou les documents s'applique en lieu et place de la loi où sont effectivement situés lesdits biens. Plusieurs systèmes juridiques nationaux ont également opté pour l'application de la loi du lieu de destination.

4. Application de la **lex rei sitae** *dans le cas des biens mobiles*

152. L'application de la loi du lieu de situation du bien pose problème dans le cas de sûretés sur des biens mobiles, à savoir des biens qui, de par leur fonction normale de moyen de transport, sont utilisés dans plusieurs États. Afin d'éviter les risques inhérents à un changement constant de la loi applicable, un facteur de rattachement plus stable est nécessaire. Les principes de rattachement applicables aux biens mobiles varient en droit interne. Certains systèmes juridiques appliquent la loi du lieu de situation du débiteur constituant la garantie, en partant du principe qu'il s'agit du lieu à partir duquel le débiteur gère principalement l'activité en rapport avec le bien grevé et dans lequel les tiers, compte tenu du caractère mobile du bien grevé, pensent raisonnablement trouver l'essentiel des renseignements sur la solvabilité du débiteur. D'autres systèmes juridiques ont tenté de résoudre le problème en instituant des registres publics dans lesquels sont inscrits à la fois les titres de propriété et les sûretés sur les voitures, véhicules de transport et biens mobiles similaires et, dans certains cas, sur certaines machines utilisées dans les entreprises.

153. Pour les biens de grande valeur largement et couramment utilisés dans les transports internationaux (navires et avions), la plupart des États ont mis en place des registres nationaux pour permettre l'enregistrement public des titres de propriété et des sûretés lorsque les propriétaires sont des nationaux de l'État considéré, la priorité étant généralement fonction de l'antériorité de l'enregistrement. Dans ce cas, la loi du lieu de l'enregistrement se substitue évidemment à celle du lieu de situation du bien. Les systèmes nationaux d'enregistrement se fondent sur des instruments internationaux, tels que la Convention relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronef de 1948 ou les Conventions internationales pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes de 1926 (voir également les Conventions internationales pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes, adoptée en 1967 à Bruxelles par le Comité maritime international et la Convention internationale sur les privilèges et hypothèques maritimes adoptée le 6 mai 1993) et l'avant-projet de protocole sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la Convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles.

C. Loi applicable aux sûretés sur des biens incorporels

1. Remarques générales

154. Le domaine des droits patrimoniaux sur des biens incorporels, y compris les sûretés, est l'un des plus complexes en matière de conflit de lois en raison des différences importantes entre systèmes juridiques quant au facteur de rattachement à retenir pour déterminer la loi applicable. La diversité des principes guidant le choix de la loi tient en partie à la diversité des traitements accordés aux biens incorporels dans le droit matériel. Dans certains systèmes, un droit à paiement ou à une autre prestation au titre d'un contrat est considéré comme une sorte de droit patrimonial une fois que sa cause initiale a été cédée. Dans d'autres systèmes, ce droit conserve son caractère contractuel même une fois cédé, l'idée étant que le cessionnaire prend en fait simplement la place du cédant dans le contrat.

155. Les systèmes juridiques qui considèrent le droit à paiement comme un droit patrimonial prévoient généralement l'application de la loi de l'État où est situé le "débiteur du compte" (le débiteur de l'obligation cédée). Cette solution est conforme à l'idée de contrôle pratique qui sous-tend en partie le renvoi à la loi de la situation de la chose s'agissant des biens corporels (si ce n'est que ce contrôle s'exerce non pas sur les biens, mais sur la personne tenue de payer ou d'exécuter une obligation en rapport avec le bien incorporel cédé). Les systèmes juridiques qui rejettent cette approche tendent plutôt à se fonder sur la loi régissant le contrat conclu entre le débiteur constituant la sûreté et le débiteur du compte, en partant du principe que la cession a simplement pour effet de remplacer la partie contractante à qui l'obligation est due.

156. Toutefois, il peut être difficile d'appliquer la loi régissant le contrat initial entre le débiteur constituant la sûreté et le débiteur du compte dans le cadre du financement par cession de créances. Par exemple, dans une cession d'un ensemble de créances dues par des débiteurs situés dans plusieurs pays, le cessionnaire devrait d'abord examiner minutieusement les contrats initiaux pour déterminer la loi applicable, puis serait obligé de se plier aux règles de priorité de tous les États concernés. La loi applicable aux questions de priorité varierait en fonction des différentes créances contractuelles, ce qui augmenterait les coûts afférents au règlement des litiges et à l'administration de l'insolvabilité. Si la cession portait sur des créances futures dues par des débiteurs non identifiés, le cessionnaire ne serait pas en mesure de prévoir quelle loi pourrait s'appliquer.

157. En revanche, le choix du lieu de situation du débiteur/cédant conduit à une seule loi, prévisible, régissant la cession d'un ensemble de créances multiples dues par des débiteurs sis dans différents États et la cession de créances futures. C'est cette règle qui a été incorporée dans le projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international pour régir la priorité des droits du créancier garanti/cessionnaire sur des créances contractuelles à l'égard de tiers.

2. Propriété intellectuelle

158. Les règles de droit international privé régissant les droits patrimoniaux dans le domaine de la propriété intellectuelle sont encore assez peu développées. Néanmoins, la plupart des spécialistes semblent d'accord sur le fait que les questions relatives à la validité des droits de propriété intellectuelle, à leur nature, à leur transfert et à leurs effets à l'égard des tiers sont régies par la loi de chacun des États sur le territoire desquels la protection de ces droits est demandée. On estime que cette règle de conflit découle logiquement du fait qu'un droit de propriété intellectuelle est, par essence, le droit qu'a son titulaire d'empêcher d'autres personnes d'entreprendre certains types d'activité. En vertu du principe de la territorialité, qui imprègne tout le domaine de la propriété intellectuelle, la protection est accordée État par État pour l'exercice d'une activité donnée dans l'État considéré, conformément à sa législation interne sur la propriété intellectuelle. Le lien entre l'essence du droit de propriété intellectuelle et le principe de la territorialité qui régit le choix de la loi pour la protection et l'exercice de ce droit amène à conclure que la loi régissant la propriété et le transfert des droits de propriété intellectuelle est la loi de l'État dans lequel la protection est demandée.

159. On n'a guère étudié la question de savoir si le même principe en matière de choix de la loi s'applique aux sûretés sur les droits de propriété intellectuelle. Il semblerait que la loi de chaque État accordant une protection détermine également la validité et la priorité des sûretés sur des droits de propriété intellectuelle sur le territoire.

160. Dans la perspective d'un financement commercial, toutefois, le principe du choix fondé sur la territorialité est incompatible avec l'utilisation des droits de propriété intellectuelle comme garantie d'opérations financières internationales. D'une part, bien que des conventions multilatérales aient permis d'harmoniser de nombreux aspects du droit de la propriété intellectuelle, il est peu probable, de l'avis des spécialistes, que les questions touchant à la propriété et aux droits patrimoniaux soient uniformisées ou harmonisées dans un avenir proche. D'autre part, la structure des législations internes sur la propriété intellectuelle ne tient souvent pas compte des opérations de financement assorties de sûretés. Bien qu'il existe de nombreux systèmes internes d'enregistrement pour les brevets et d'autres droits et, dans certains pays, pour les droits d'auteur également, ces systèmes ne régissent pas expressément la cession de droits à titre de garantie, d'où une incertitude quant aux moyens de rendre une sûreté opposable aux cessionnaires subséquents et aux créanciers concurrents. Enfin, même si les législations internes étaient adaptées aux besoins modernes de financement commercial, un créancier garanti devrait encore supporter les contraintes et les frais liés aux formalités de constitution d'une sûreté valable dans chaque État où la protection est demandée.

161. On peut se demander dans quelle mesure une convention internationale relative au financement assorti d'une sûreté sur des droits de propriété intellectuelle pourrait régler certaines de ces difficultés. Une solution possible serait d'établir un registre international pour l'inscription des sûretés constituées sur des droits de propriété intellectuelle d'un débiteur, cette inscription déterminant l'ordre de priorité dans le monde entier. Une autre solution, moins ambitieuse, consisterait à instituer une règle renvoyant les questions de priorité des sûretés sur des droits de propriété intellectuelle dans le monde à une seule et même loi, par exemple la loi du lieu où est situé le cédant.

3. Valeurs mobilières

162. Pendant de nombreuses années, les actions de sociétés ont été détenues, transférées ou nanties par la remise du certificat incorporant le droit ou par l'inscription sur un registre tenu par l'émetteur. Tant que les émetteurs et les détenteurs de droits dans la société ont eu ce type de relation directe et qu'a subsisté un support physique ou objectif de ces droits, les règles de droit international privé ont été relativement claires et faciles à appliquer. Aujourd'hui, toutefois, les valeurs mobilières sont plus souvent détenues par des intermédiaires à plusieurs niveaux et transférées d'un pays à l'autre, sans que ce transfert soit jamais matérialisé par un certificat ou inscrit sur un registre au niveau de l'émetteur. Cette évolution de la pratique a incité à rechercher une approche plus adaptée et plus uniforme en matière de conflit de lois. La Conférence de La Haye de droit international privé a récemment commencé à élaborer une convention, qui devrait être adoptée dans le cadre d'une procédure accélérée, afin d'uniformiser les règles de conflit dans ce domaine. Le projet de directive de l'Union européenne relative aux sûretés consacre également un ensemble de règles relevant à la fois du droit matériel et du droit international privé. Les systèmes juridiques nationaux ont également fait l'objet de réformes. La révision récente des articles 8 (valeurs

mobilières) et 9 (opérations assorties de sûretés) du Code de commerce uniforme des États-Unis en est un exemple notable.

4. Loi applicable aux droits patrimoniaux sur des comptes de dépôt d'espèces auprès d'institutions financières

163. Les systèmes juridiques nationaux ne concordent guère en ce qui concerne la loi applicable aux droits patrimoniaux sur des comptes de dépôt d'espèces auprès d'institutions financières, s'agissant essentiellement de la cession d'une dette due par la banque au déposant. Certains systèmes juridiques traitent les comptes de dépôt d'espèces à l'instar d'autres catégories de créances, renvoyant à la loi du lieu où est situé le cédant, conformément à la règle générale énoncée dans le projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international. D'autres systèmes optent pour la loi du lieu de situation du bien, considérant la dette comme située dans l'État où se trouve le débiteur du compte (à savoir l'institution de refinancement). Lorsque la banque possède des succursales dans plusieurs pays, on se réfère alors à celle dans laquelle le compte est tenu ou celle où les sommes sont payables. Certains pays ont suivi cette approche afin d'assurer l'application de règles spéciales de priorité pour les comptes bancaires, règles qui accordent à la banque la priorité absolue sur toute autre sûreté concurrente, qui exigent fondamentalement l'accord exprès de la banque pour toute cession ou transfert à des tiers d'un droit effectif sur le compte et qui privilégient les droits à compensation de la banque. Par contre, les États dont les règles de droit matériel traitent les comptes de dépôt comme d'autres catégories de créances et n'accordent pas de droits de priorité particuliers aux banques du seul fait qu'elles se trouvent également être le débiteur du compte se bornent à appliquer aux comptes de dépôt le facteur de rattachement général utilisé pour d'autres créances, en se fondant sur les règles générales protégeant les droits à compensation du débiteur du compte à l'égard des cessionnaires afin de préserver les droits à compensation de la banque sur le compte cédé.

D. Autres catégories de biens pour lesquelles des règles spéciales de droit international privé peuvent être nécessaires

164. Des règles spéciales de droit international privé seraient peut-être souhaitables pour déterminer la loi applicable à plusieurs autres catégories de biens. Comme le montre l'analyse qui précède, l'élaboration de telles règles est subordonnée à un examen non seulement des solutions appliquées en droit interne, mais également des pratiques financières en vigueur. Des règles spéciales pourraient, par exemple, être mises au point pour les sommes dues au titre d'une police d'assurance, le produit de lettres de crédit, les titres négociables, la cession d'obligations garanties et les droits liés à un fonds (notamment, les immeubles par destination, les récoltes, le bois d'œuvre et les minéraux à extraire).

VII. CONCLUSION

165. La Commission souhaitera peut-être prendre note du présent rapport et voir s'il convient d'entreprendre des travaux concernant les questions qui y sont examinées. S'agissant de la forme que ces travaux pourraient revêtir, une loi type serait certes préférable pour des raisons d'exhaustivité et d'uniformité, mais dans la mesure où elle devrait incorporer certains principes directeurs fondamentaux qui ne seraient pas communs à tous les systèmes juridiques, elle représenterait un changement radical par rapport au droit en vigueur dans de nombreux pays et risquerait, de ce fait, de ne pas être suffisamment acceptée. À sa trente-troisième session, la Commission a estimé qu'il était souhaitable de privilégier la souplesse, en définissant un ensemble d'objectifs et de principes fondamentaux pour la mise en place d'un régime juridique efficace en matière de crédit assorti d'une sûreté, et en élaborant un guide législatif (proposant des solutions souples pour la réalisation de ces objectifs et l'application de ces principes et analysant d'autres solutions possibles ainsi que leurs avantages et leurs inconvénients)[32]. Si des travaux devaient être entrepris en vue d'élaborer un ensemble de principes assortis d'un guide législatif sur les sûretés, celui-ci pourrait également comporter, si possible, des dispositions législatives types. Les sujets susceptibles d'être abordés dans ce guide seraient notamment les suivants: l'éventail des biens pouvant servir de sûreté, la perfection de la sûreté, les formalités à accomplir, les types de dettes pouvant faire l'objet d'une sûreté, les limitations éventuelles concernant les créanciers bénéficiaires de la sûreté, les effets de la faillite sur la réalisation de la sûreté, ainsi que la sécurité et la prévisibilité quant à la priorité du créancier sur des droits concurrents.

166. Si l'élaboration de dispositions législatives types pour l'ensemble des opérations assorties de sûretés peut permettre de traiter certains aspects généraux des sûretés constituées sur des catégories particulières de biens (telles que les valeurs mobilières et les droits de propriété intellectuelle qui sont examinés dans le présent document), des dispositions spéciales seront néanmoins nécessaires pour régler des problèmes spécifiques. En conséquence, la Commission souhaitera peut-être prier le secrétariat d'entreprendre une étude plus approfondie, en étroite collaboration avec des organisations internationales spécialisées dans les branches du droit correspondantes, telles qu'Unidroit, la Conférence de La Haye de droit international privé et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, afin de déterminer si et dans quelle mesure il serait souhaitable et possible de mettre en place un régime uniforme pour ces catégories plus spécifiques de biens et quelles organisations devraient prendre part à cette tâche. Cette invitation à examiner plus en détail ces deux catégories particulières de biens ne devrait pas nécessairement empêcher la Commission d'entreprendre des travaux sur un ensemble de principes assortis d'un guide législatif pour la mise en place d'un régime plus général concernant les sûretés.

[32] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 459.

C. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports: rapport du Secrétaire général (A/CN.9/497) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	Pages
INTRODUCTION	1-20	487
I. CONTENU POSSIBLE DES TRAVAUX ET QUESTIONS DEVANT ÊTRE TRAITÉES DANS UN FUTUR INSTRUMENT SUR LE TRANSPORT DE MARCHANDISES PAR MER	21-51	490
A. Définitions	23	490
B. Champ d'application	24-25	491
C. Durée de la responsabilité	26-27	491
D. Obligations du transporteur	28	491
E. Responsabilité du transporteur	29-32	491
F. Obligations du chargeur	33	492
G. Documents de transport	34-37	492
H. Fret	38-40	492
I. Livraison au destinataire	41-42	493
J. Droit de disposer des marchandises	43-46	493
K. Transfert des droits	47-48	494
L. Droit d'agir en justice	49	494
M. Prescription des actions	50	494
N. Compétence et arbitrage	51	494
II. CONCLUSION	52-55	494

INTRODUCTION

1. Lorsqu'elle a examiné les travaux qui pourraient être menés dans le domaine du commerce électronique, à la suite de l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique à sa vingt-neuvième session, en 1996[1], la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a étudié une proposition tendant à inscrire à son programme de travail un examen des pratiques et lois actuelles dans le domaine du transport international de marchandises par mer, en vue de déterminer s'il était nécessaire d'établir des règles uniformes lorsqu'il n'en existait pas et d'uniformiser davantage les textes législatifs[2].

2. La Commission a été informée que les lois nationales et les conventions internationales en vigueur comportaient d'importantes lacunes sur des questions telles que le fonctionnement des connaissements et des lettres de transport maritime, la relation entre ces documents de transport et les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur des marchandises ainsi que la situation juridique des entités assurant le financement à une partie au contrat de transport. Certains États avaient bien des dispositions juridiques en la matière, mais celles-ci étaient disparates, et beaucoup n'en avaient pas, ce qui entravait la libre circulation des marchandises et augmentait le coût des opérations. Les moyens électroniques de communication étant de plus en plus largement utilisés pour le transport de marchandises, les conséquences du caractère fragmentaire et disparate de ces lois étaient d'autant plus graves et il devenait nécessaire d'introduire des dispositions uniformes pour régler les questions propres à l'utilisation des nouvelles technologies (voir A/CN.9/476, par. 2).

3. Il a donc été proposé que le secrétariat soit prié de demander non seulement aux gouvernements, mais aussi et surtout aux organisations intergouvernementales et non

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

[2] Ibid., par. 210.

gouvernementales compétentes représentant les différents intérêts dans le transport international de marchandises par mer, leurs vues et leurs suggestions sur ces difficultés. Une analyse de ces vues et suggestions permettrait au secrétariat de présenter à la Commission, à une prochaine session, un rapport qui donnerait à cette dernière la possibilité de prendre, en connaissance de cause, une décision sur la manière de procéder la plus souhaitable (voir A/CN.9/476, par. 3).

4. Plusieurs réserves ont été formulées au sujet de cette proposition. Tout d'abord, les questions à traiter étaient nombreuses et complexes, ce qui grèverait les ressources limitées du secrétariat. Il fallait accorder la priorité à d'autres sujets qui étaient, ou devaient être prochainement, à l'ordre du jour de la Commission. En outre, étant donné la coexistence continue de différents traités régissant la responsabilité dans le transport de marchandises par mer et la lenteur du processus d'adhésion à la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg)[3], il était peu probable que l'addition d'un nouveau traité aux traités en vigueur se traduise par une plus grande harmonie des lois. De fait, le manque d'harmonie entre les lois risquait de s'accroître (voir A/CN.9/476, par. 4).

5. De plus, on a dit que tout travail impliquant un réexamen du régime de responsabilité risquait de décourager les États d'adhérer aux Règles de Hambourg, ce qui serait regrettable. On a souligné que, si une étude était menée, elle ne devrait pas porter sur le régime de responsabilité. On a répondu, toutefois, qu'un examen du régime de responsabilité n'était pas l'objectif principal des travaux proposés. Ce qui était nécessaire en fait, c'était d'apporter des solutions modernes aux problèmes qui n'étaient pas ou pas suffisamment abordés dans les traités (voir A/CN.9/476, par. 5).

6. Compte tenu de cette divergence de vues, la Commission n'a pas inscrit l'examen des questions proposées à son ordre du jour. Elle a néanmoins décidé que le secrétariat devait centraliser les informations, idées et opinions quant aux problèmes qui se posaient dans la pratique et quant aux solutions pouvant y être apportées. Il devait recueillir des informations auprès d'un grand nombre de sources, à savoir, outre les gouvernements, des organisations internationales représentant les secteurs commerciaux intervenant dans le transport de marchandises par mer, comme le Comité maritime international (CMI), la Chambre de commerce internationale (CCI), l'Union internationale d'assurances transports, la Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés (FIATA), la Chambre internationale de la marine marchande et l'Association internationale des ports (voir A/CN.9/476, par. 6).

7. À sa trente et unième session, en 1998, la Commission a entendu une déclaration, faite au nom du CMI, dans laquelle celui-ci se félicitait de l'invitation à coopérer avec le secrétariat pour obtenir les vues des secteurs intervenant dans le transport international des marchandises et analyser ces informations afin de permettre à la Commission de se prononcer en connaissance de cause sur la marche à suivre[4]. À cette session, les travaux exploratoires entrepris par le CMI et le secrétariat de la Commission ont été fermement appuyés. La Commission a remercié le Comité d'avoir accepté de se lancer dans ce projet important et d'envergure, pour lequel aucun précédent ou presque n'existait au niveau international[5].

8. À la trente-deuxième session de la Commission, en 1999, il a été déclaré, au nom du CMI, qu'un groupe de travail de ce dernier avait été chargé 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 secteurs concernés. Lors de cette étude, il est apparu que lesdits secteurs portaient un grand intérêt à la réalisation de ce projet et qu'ils se proposaient d'y participer en apportant leurs connaissances techniques et juridiques. À en juger par cette réaction favorable et par les premières conclusions du groupe de travail, il a semblé qu'une harmonisation plus poussée du droit des transports profiterait énormément au commerce international. Le groupe de travail avait recensé plusieurs points qui n'étaient pas traités par les instruments d'unification existants. Certains d'entre eux 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 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, par exemple). Le groupe de travail souhaitait mettre au clair la nature et la fonction de ces relations et recueillir et analyser les règles qui les régissaient, ce qui l'amènerait ultérieurement à réévaluer les principes de responsabilité pour déterminer leur compatibilité avec les règles relatives au transport de marchandises en général[6].

9. On a également indiqué, à la trente-deuxième session de la Commission, que le groupe de travail avait envoyé un questionnaire à toutes les organisations membres du CMI couvrant un grand nombre de systèmes juridiques. L'intention du CMI était, une fois reçues les réponses au questionnaire, de créer un sous-comité international chargé d'analyser les informations recueillies et de définir une base de travail en vue d'harmoniser la législation dans le domaine du transport international de marchandises. La Commission avait reçu l'assurance que le CMI l'aiderait à établir un instrument d'harmonisation universellement acceptable[7].

[3] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, Hambourg, 6-31 mars 1978* (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.80.VIII.1), document A/CONF.89/13, annexe I.

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 264.

[5] Ibid., par. 266.

[6] Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 413.

[7] Ibid., par. 415.

10. Toujours à sa trente-deuxième session, la Commission a remercié le CMI d'avoir donné suite à sa demande de coopération et 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[8].

11. À sa trente-troisième session, en 2000, 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, une enquête sur la base d'un questionnaire couvrant différents systèmes juridiques adressé aux organisations membres du CMI. Parallèlement, plusieurs tables rondes avaient été organisées en vue d'examiner les principaux aspects des travaux futurs avec des organisations internationales représentant divers secteurs. Ces réunions ont permis à ceux-ci de témoigner de leur soutien continu et de leur intérêt toujours aussi vif pour le projet.

12. 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, compte tenu de l'enthousiasme dont l'industrie du transport avait jusqu'ici fait preuve et des premières conclusions quant aux domaines du droit qui devaient être mieux harmonisés, il était probable que ce projet débouche, à terme, sur un instrument d'harmonisation universellement acceptable.

13. Lors des débats du sous-comité du CMI, il a été noté que, si des connaissements étaient certes encore utilisés, en particulier lorsqu'un document négociable était exigé, le transport effectif par mer représentait parfois seulement 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 a 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 le chargement et après le déchargement, ainsi que les questions qui se posaient en cas de transport multimodal. Par ailleurs, si, au départ, les travaux devaient essentiellement consister à examiner 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, d'une assise assez large, devrait inclure également la mise en place d'un régime de responsabilité actualisé qui compléterait les dispositions de l'instrument d'harmonisation proposé.

14. Certains ont déclaré au sein de la Commission que le moment était venu de s'employer activement 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.

15. Il a été fait observer que certaines organisations régionales, telles que l'Organisation des États américains et la Commission économique pour l'Europe (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 leurs travaux 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 de coordonner, au sein de leurs propres administrations, les travaux de leurs délégués dans ces organisations.

16. Dans le cadre de la trente-troisième session de la Commission, un colloque sur le droit des transports, organisé conjointement par le secrétariat et le CMI, s'est tenu à New York le 6 juillet 2000.

17. Ce colloque avait pour but de recueillir des idées et des avis d'experts sur des problèmes se posant dans le transport international de marchandises, en particulier le transport de marchandises par mer, et d'inclure ces infor-

[8] Ibid., par. 418.

mations dans un rapport devant être présenté à la Commission à sa trente-quatrième session, en 2001. Ce rapport recenserait les questions relatives au droit des transports sur lesquelles la Commission souhaiterait peut-être se pencher dans le cadre de travaux futurs et, dans la mesure du possible, proposerait des solutions envisageables.

18. Les exposés présentés et les vues échangées pendant le colloque constituent des travaux préparatoires extrêmement utiles pour définir plus clairement les solutions possibles aux problèmes se posant dans le domaine du droit des transports, problèmes sur lesquels la Commission devrait entreprendre des travaux. Le colloque a permis à de nombreuses organisations intéressées, dont le CMI et la FIATA, ainsi qu'à des représentants d'organisations de transporteurs et de chargeurs, d'exprimer leurs vues sur les domaines du droit des transports devant éventuellement faire l'objet d'une réforme.

19. Une majorité d'intervenants ont reconnu que les lois nationales et les conventions internationales en vigueur comportaient d'importantes lacunes sur des questions telles que le fonctionnement des connaissements et des lettres de transport maritime, la relation entre ces documents de transport et les droits et obligations du vendeur et de l'acheteur des marchandises ainsi que la situation juridique des bailleurs de fonds à une partie au contrat de transport. De l'avis général, face aux changements apportés par le développement du transport multimodal et l'utilisation du commerce électronique, il était nécessaire de réformer le droit des transports de manière à réglementer tous les contrats de transport, qu'ils s'appliquent à un ou à plusieurs modes de transport et qu'ils soient conclus sous forme électronique ou par écrit. Les aspects qu'il convenait d'examiner dans tout processus de réforme étaient notamment les suivants: définition plus précise du rôle, des responsabilités, des obligations et des droits de toutes les parties concernées et définition plus claire du moment auquel la livraison était présumée avoir lieu; élaboration de règles pour les cas où l'on ignorait à quel stade du transport des marchandises avaient été perdues ou endommagées; établissement des conditions ou du régime de responsabilité devant s'appliquer et détermination des limites financières de la responsabilité; et insertion de dispositions visant à prévenir l'utilisation frauduleuse des connaissements.

20. La Commission s'est 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 d'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 tous les secteurs intéressés 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. Le présent rapport a été établi conformément à cette demande.

I. CONTENU POSSIBLE DES TRAVAUX ET QUESTIONS DEVANT ÊTRE TRAITÉES DANS UN FUTUR INSTRUMENT SUR LE TRANSPORT DE MARCHANDISES PAR MER

21. Le sous-comité international du CMI, auquel toutes les associations de droit maritime membres du CMI sont invitées à participer, s'est réuni quatre fois en 2000 pour examiner la portée d'un futur instrument sur le droit des transports et les éventuelles solutions de fond concernant cet instrument (les 27 et 28 janvier, les 6 et 7 avril, les 7 et 8 juillet et les 12 et 13 octobre). Plusieurs autres organisations non gouvernementales, dont la FIATA, le Conseil maritime baltique et international (BIMCO), la CCI, la Chambre internationale de la marine marchande, l'Union internationale d'assurances transports et l'International Group of P&I Clubs, ont pris part à ces réunions en qualité d'observateurs. Les tâches du sous-comité, telles que définies par le CMI en consultation avec le secrétariat de la Commission, étaient les suivantes: déterminer dans quels domaines du droit des transports qui ne sont pas soumis actuellement à des régimes internationaux de responsabilité il est possible de parvenir à une plus grande uniformité au niveau international; proposer les grandes lignes d'un projet d'instrument visant à uniformiser le droit des transports; mettre au point ensuite les dispositions devant être insérées dans l'instrument proposé, y compris des dispositions relatives à la responsabilité. Le sous-comité a en outre été chargé d'examiner comment l'instrument pourrait couvrir d'autres formes de transport associées au transport par mer. Les grandes lignes du projet d'instrument ainsi qu'un document concernant les questions de transport de porte à porte ont été examinés lors de la grande conférence internationale du CMI tenue à Singapour du 12 au 16 février 2001. Pour faire suite aux débats de la conférence, le sous-comité poursuivra ses travaux en vue de trouver des solutions susceptibles de recueillir l'agrément des secteurs intervenant dans le transport international de marchandises par mer.

22. On trouvera ci-après un résumé des considérations et des propositions qui sont issues jusqu'à présent des travaux précités préalables à la conférence de Singapour. Le contenu exact des solutions législatives envisageables n'est pas présenté ici, car le sous-comité international s'efforce actuellement d'y intégrer les vues exprimées à la conférence de Singapour ainsi que d'autres avis. Toutefois, ce résumé devrait permettre à la Commission d'évaluer l'objectif et la portée de ces solutions et de déterminer comment elle entend procéder pour aborder la question.

A. Définitions

23. Il est proposé que l'instrument futur contienne des définitions visant à faciliter l'application des chapitres consacrés à des dispositions de fond. Certaines définitions, comme celle de "transporteur exécutant", ont suscité un vif débat au sein du sous-comité international et lors de la conférence de Singapour. Ce débat, qui concernait la règle sous-jacente, est exposé brièvement ci-après.

B. Champ d'application

24. Un chapitre, largement inspiré de l'article 2 des Règles de Hambourg, devrait être spécifiquement consacré à la question du champ d'application de l'instrument. Ce chapitre n'a pas particulièrement suscité de controverses en soi, mais son libellé dépendra de la façon dont sera résolue la question de la "durée de la responsabilité", en d'autres termes la portée géographique du projet d'instrument. Cette question étroitement liée à celle du champ d'application est examinée ci-après.

25. Les régimes internationaux en vigueur excluent le transport sous charte-partie. Cette exclusion remonte à la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement (Règles de La Haye) et depuis a été maintenue essentiellement sous la même forme. Pendant les travaux du sous-comité international, on s'est demandé quelle devrait être la portée de cette exclusion. La pratique moderne est loin de se limiter aux chartes-parties traditionnelles. Il faudra donc déterminer si cette exclusion instituée de longue date devrait rester limitée aux chartes-parties traditionnelles ou si elle devrait être étendue à d'autres contrats de transport, tels que les contrats d'affrètement, les contrats au volume, les contrats de services et des accords similaires.

C. Durée de la responsabilité

26. Quel que soit l'instrument, il lui faudra résoudre la question de la "durée de la responsabilité", autrement dit déterminer quelle sera sa portée géographique. Deux solutions possibles ressortent de la législation actuelle, à savoir les Règles de La Haye, telles que modifiées par le Protocole de Bruxelles de 1968 (Règles de La Haye-Visby), et les Règles de Hambourg. La première solution applique la règle de "sous-palan à sous-palan", à savoir que le transporteur assume la responsabilité pendant la période allant du chargement des marchandises à leur déchargement du navire. La deuxième solution applique plus généralement le principe de "port à port", à savoir que la responsabilité du transporteur couvre la période pendant laquelle les marchandises sont sous sa garde au port de chargement, durant le transport et au port de déchargement. Une troisième possibilité consisterait à prolonger encore la durée de la responsabilité qui couvrirait alors toute période pendant laquelle les marchandises sont sous la garde du transporteur, que ce soit dans le port, à bord du navire ou ailleurs. La responsabilité couvrirait ainsi la période souvent qualifiée de "porte à porte". Cette dernière approche a reçu un accueil très favorable, mais il faut étudier plus avant la question afin de prendre en considération toutes les conséquences qu'un tel élargissement du champ d'application entraînerait.

27. Une fois déterminée la durée de base de la responsabilité, des questions subsidiaires restent à résoudre, dont la principale est de savoir dans quelle mesure un transporteur peut limiter la durée de sa responsabilité par la structure de son contrat. Il s'agit de savoir, par exemple, si l'émetteur d'un document de transport "direct" peut assumer une responsabilité en tant que transporteur pour une partie du transport couvert par le document, mais seulement une responsabilité en tant que commissionnaire pour le reste du transport.

D. Obligations du transporteur

28. Il est proposé qu'un chapitre énonce les obligations du transporteur en termes généraux. Les aspects controversés liés aux obligations du transporteur devraient être abordés dans d'autres parties du projet d'instrument, notamment dans le chapitre sur la durée de la responsabilité et celui consacré à la responsabilité du transporteur.

E. Responsabilité du transporteur

29. Un chapitre devrait traiter ce que la plupart des spécialistes considèrent comme la question fondamentale dans tout régime juridique s'appliquant à la relation entre transporteur et chargeur, à savoir la mesure dans laquelle un transporteur est tenu de dédommager le propriétaire de la cargaison lorsque des marchandises dont il a la responsabilité sont perdues ou endommagées ou lorsque la livraison en est retardée. Il semble qu'un régime fondé sur la faute soit largement préféré à un régime assis sur un fondement de responsabilité plus strict comme c'est le cas, par exemple, dans la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route[9]. Il reste à déterminer le degré de détail des dispositions relatives à la responsabilité et la nature de toute exonération éventuelle de la responsabilité du transporteur.

30. Un certain nombre de questions subsidiaires plus spécifiques devraient également être abordées dans le chapitre consacré à la responsabilité du transporteur. Une question en suspens est celle de l'octroi de dommages-intérêts lorsque deux causes ou plus concourent à la perte des marchandises et qu'une ou plusieurs de ces causes mais pas toutes sont imputables au transporteur. Une solution, énoncée au paragraphe 7 de l'article 5 des Règles de Hambourg, consiste à faire reposer sur le transporteur l'entière charge de la preuve concernant l'imputation des dommages. Une autre solution, que l'on trouve dans les propositions de modification de la loi intitulée *Carriage of Goods by Sea Act* (loi sur le transport de marchandises par mer des États-Unis d'Amérique), actuellement examinées par le Congrès, consisterait à imposer la charge de la preuve aux deux parties sur un pied d'égalité et à répartir les dommages à parts égales si aucune des deux parties ne peut apporter la preuve qui lui incombe.

31. Une autre question non résolue est de savoir dans quelle mesure les mandataires et les préposés du transporteur, les entrepreneurs indépendants ou toute autre partie exécutant l'une quelconque des obligations du transporteur au titre d'un contrat de transport sont responsables de pertes ou de dommages imputables à l'inexécution de leurs obligations. (Ces parties ont été qualifiées de "transporteurs exécutants" au début des travaux du sous-comité international, sous réserve de modification.) Une approche couramment suivie dans certains pays avant que la clause

[9] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 399, n° 5742.

"Himalaya" ne s'impose avec succès consistait à imputer l'entière responsabilité (généralement extracontractuelle) aux transporteurs exécutants et à leur refuser le bénéfice des limitations et exonérations de la responsabilité du transporteur. Une autre approche, qui peut être plus ou moins considérée comme celle de la clause Himalaya, consiste à ne prévoir aucune disposition concernant la responsabilité des transporteurs exécutants, mais à faire en sorte que toute responsabilité éventuelle soit soumise aux limitations et exonérations dont bénéficie le transporteur. Une troisième approche, énoncée dans les propositions de modification de la loi intitulée *Carriage of Goods by Sea Act*, serait de soumettre les transporteurs exécutants à un régime de responsabilité uniforme (sur la même base que les transporteurs contractants) et de les faire bénéficier des limitations et exonérations prévues pour le transporteur. Une quatrième approche serait d'instaurer un système de responsabilité en "réseau", dans lequel la responsabilité de chaque transporteur exécutant serait régie par le régime juridique qui s'appliquerait s'il était le seul transporteur et avait conclu le contrat directement avec le chargeur. De ce fait, par exemple, un transporteur routier européen pourrait être responsable en vertu de la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route.

32. Une autre question à résoudre est de savoir dans quelle mesure un transporteur devrait être responsable d'un retard de livraison et sur quel fondement éventuel il pourrait limiter sa responsabilité. Une solution consisterait à tenir le transporteur responsable de tout retard déraisonnable. Une autre solution serait de ne le tenir responsable d'un retard de livraison que si les parties avaient conclu un accord exprès quant à la date à laquelle les marchandises seraient livrées.

F. Obligations du chargeur

33. Dans les régimes internationaux en vigueur, la responsabilité du chargeur est très limitée et ses obligations, si tant est qu'elles existent, ne sont pas bien définies. Durant les travaux du sous-comité international, on a estimé qu'il serait utile d'énoncer plus précisément lesdites obligations.

G. Documents de transport

34. Dans la plupart des cas, la relation contractuelle entre le transporteur et le chargeur est régie par un connaissement ou un autre document de transport. Toutefois, les règles s'appliquant à ce document de transport ne sont généralement pas très bien définies. Les conventions internationales existantes régissent certains des aspects essentiels (comme la description des marchandises qui doit figurer dans le document de transport), mais passent sous silence maints autres aspects importants (comme la question de savoir si le document de transport doit être daté et quelle est l'incidence d'une date ambiguë). Pendant les travaux du sous-comité international, on a estimé qu'il serait utile de fixer plus précisément les règles applicables en la matière.

35. Il reste à régler plusieurs questions spécifiques. Par exemple, il est admis que le transporteur doit émettre un document de transport si le chargeur en fait la demande, mais on ne sait pas bien laquelle des parties susceptible d'être qualifiée de "chargeur" a le droit de demander un tel document — le chargeur contractant (la partie qui est liée par le contrat de transport), l'expéditeur (la partie qui remet les marchandises au transporteur, peut-être au nom du chargeur contractant) ou une autre partie. De même, il est admis que certains renseignements doivent figurer dans le document de transport, mais on ne sait pas très bien quelle responsabilité devrait éventuellement résulter de l'absence des renseignements requis.

36. Encore à titre d'exemple, il est admis que, dans certains cas, un document de transport ne devrait pas simplement faire foi, sauf preuve contraire, mais être la preuve concluante de la prise en charge par le transporteur émettant le document des marchandises telles qu'elles sont décrites dans ledit document. On ne sait toutefois pas très bien comment définir ces cas. Une possibilité serait de limiter cette règle au cas d'un document de transport négociable qui a été dûment transféré à un tiers de bonne foi. Une autre possibilité serait d'étendre la règle de manière à protéger tout tiers de bonne foi qui a payé un prix ou a de toute autre manière modifié sa situation en se fiant à la description des marchandises figurant dans le document de transport.

37. Le problème sans doute le plus épineux concernant les documents de transport a trait à la faculté qu'a le transporteur de limiter sa responsabilité quant aux descriptions figurant dans le document de transport qu'il n'a pas vérifiées. Il est admis que, dans certains cas, un transporteur peut nuancer une description dans le document de transport en utilisant une formule telle que "est censé contenir" ou "envoi chargé et compté par le chargeur", mais on ne sait pas très bien comment définir ces cas. Une possibilité, qui est généralement conforme à la législation de certains pays, serait, schématiquement, de reconnaître ces mentions restrictives et de leur donner effet sans trop tenir compte des circonstances dans lesquelles elles ont été insérées dans le document de transport. Une deuxième possibilité, qui est généralement conforme à la législation d'autres pays, serait, toujours schématiquement, de refuser de considérer ces mentions comme valables au motif qu'elles viseraient à limiter la responsabilité du transporteur en violation des règles applicables en la matière. Une troisième possibilité, qui est une solution de compromis proposée dans les projets de modification de la loi intitulée *Carriage of Goods by Sea Act*, serait de ne reconnaître ces mentions et de ne leur donner effet que dans des cas soigneusement définis de manière à protéger également les intérêts du chargeur.

H. Fret

38. Pendant les travaux du sous-comité international, on a estimé qu'afin d'énumérer toutes les obligations et tous les droits des parties il serait souhaitable d'insérer un chapitre qui contiendrait des dispositions supplétives applicables au fret. Ce chapitre aurait un caractère supplétif, les parties devant être libres de régler dans leur propre

contrat les détails concernant le fret. On devrait aborder, parmi les problèmes traditionnels, celui de savoir quand le fret est considéré comme acquis et à quel moment il est payable. En outre, l'instrument devrait prévoir que le fret n'est pas soumis à compensation, déduction ou rabais.

39. Un problème particulier se pose lorsque les parties à un contrat de vente sont convenues que le fret devrait être payé par le chargeur [par exemple dans un contrat coût, assurance et fret (CAF)]. Dans ce cas, le destinataire (et acheteur) souhaitera être protégé contre le risque d'avoir à payer le fret à la livraison des marchandises. L'instrument pourrait, en conséquence, prévoir que, si le document de transport indique que le fret a été payé d'avance, le transporteur perd tout droit de réclamer paiement de ce fret au destinataire (même si le fret n'a en fait pas été préalablement payé).

40. Une question importante liée au fret est de savoir si le transporteur peut retenir la cargaison lorsque le destinataire n'est pas disposé à payer le fret et les coûts afférents au transport des marchandises. La plupart des législations internes consacrent ce droit, et de nombreux contrats prévoient un droit de rétention. Souvent, ce droit est également qualifié de "privilège", ce qui, dans certaines législations nationales, implique que le transporteur a un droit de préférence sur la valeur des marchandises en cas de faillite du destinataire. Le sécurité du commerce international serait grandement renforcée si un instrument pouvait définir clairement le droit fondamental de rétention ou le privilège qu'a un transporteur à l'égard des propriétaires de la cargaison. Ce faisant, l'instrument doit définir les créances pour lesquelles ce droit existe ainsi que les dispositions que le transporteur doit prendre pour obtenir une garantie financière ou un privilège en cas d'insolvabilité du chargeur.

I. Livraison au destinataire

41. La livraison est un concept fondamental dans le transport de marchandises. Généralement, elle marque, entre autres, l'achèvement de l'exécution du contrat de transport et la fin des responsabilités du transporteur. Les régimes internationaux existants n'abordent que superficiellement la question de la livraison. Dans les règles de La Haye-Visby, par exemple, le délai de notification et celui pour agir en justice commencent tous deux à courir à partir de la "livraison" des marchandises concernées, mais le terme n'est pas défini.

42. Pendant les travaux du sous-comité international, on a estimé qu'il serait utile de définir le terme "livraison" et d'en mieux préciser les conséquences.

J. Droit de disposer des marchandises

43. Pendant la durée où la cargaison est sous la garde du transporteur, les parties ayant un intérêt dans les marchandises (par exemple le chargeur, le titulaire d'une sûreté et le destinataire) souhaitent peut-être donner des instructions particulières au transporteur pour l'exécution du contrat de transport. Le transporteur, quant à lui, souhaiterait savoir de qui il doit recevoir des instructions et auprès de qui il pourrait, en cas de problème particulier, négocier différents termes du contrat de transport et se faire payer les frais supplémentaires. On pense donc que le nouvel instrument devrait comporter une règle sur le droit de disposer des marchandises pendant le transit, ce qui permettrait d'aligner le droit du transport maritime sur la plupart des conventions applicables à d'autres modes de transport qui contiennent des dispositions spécifiques relatives à ce droit. Les dispositions de l'instrument devraient évidemment être adaptées aux besoins particuliers du transport maritime.

44. Le premier point est de savoir quels types de droits de disposer des marchandises peuvent naître et devraient, en conséquence, être visés par les dispositions de l'instrument. Ce droit de donner des instructions au transporteur peut notamment s'entendre du droit de demander que les marchandises soient stoppées et livrées avant leur arrivée au lieu de destination. Ce droit particulier fait pendant aux dispositions prévues dans le contrat de vente pour stopper les marchandises en transit, dans les cas où l'acheteur rencontre des problèmes financiers qui pourraient compromettre l'exécution dudit contrat. Un autre exemple est le cas où le chargeur a vendu les marchandises à une partie autre que le destinataire initialement désigné dans le contrat de transport et souhaiterait remplacer le destinataire par cette autre partie. Hormis ces exemples, un certain nombre d'instructions — comme le changement du lieu de destination — équivalent à une modification du contrat de transport.

45. Il est par ailleurs essentiel, s'agissant du droit de disposer des marchandises, de déterminer comment et quand ce droit est transféré du chargeur à une autre partie et, finalement, au destinataire. L'exemple le plus simple est lorsque le transport est contesté par un connaissement. Dans ce cas, le droit commercial et la législation interne prévoient que le porteur d'un connaissement, pour pouvoir donner des instructions au transporteur, doit présenter le jeu complet des connaissements originaux, ce qui empêche tout abus lorsqu'un titulaire d'un des connaissements originaux se prévaut d'un droit particulier (y compris le droit de demander la livraison au lieu de destination). La situation se complique quelque peu en cas d'émission d'un document de transport autre que le connaissement. Deux variantes sont envisageables, mais ni l'une ni l'autre n'a encore été clairement approuvée. Une solution serait de suivre le principe énoncé dans d'autres conventions sur le droit du transport: si des lettres de transport maritime ont été émises, la partie souhaitant donner des instructions au transporteur ou de toute autre manière disposer des marchandises devrait présenter ces documents au transporteur. On a estimé, toutefois, que cette solution donnerait beaucoup trop d'importance à la lettre de transport maritime sous sa forme actuelle et que, par conséquent, le chargeur devrait conserver le droit de disposer des marchandises jusqu'à ce que celles-ci soient finalement remises au destinataire.

46. L'instrument d'harmonisation devrait également préciser que le transporteur a le droit, avant de suivre effectivement les instructions, de demander à la partie qui les lui donne de garantir le paiement de ses frais.

K. Transfert des droits

47. La question du transfert des droits est, à maints égards, étroitement liée à celle du droit de disposer des marchandises examinée ci-dessus. Pour déterminer qui a le droit de disposer des marchandises, il faut savoir qui a un intérêt suffisant dans la cargaison. Dès lors qu'un tiers (qui n'est donc pas une partie initiale au contrat de transport) se prévaut d'un droit sur la cargaison au motif qu'il détient un document de transport négociable (ce qui est fréquemment le cas dans la pratique), il est nécessaire de savoir comment s'opère le transfert des droits régis par un document de transport négociable.

48. Les régimes internationaux existants n'approfondissent pas cette question et les lois de nombreux pays restent fragmentaires. Pendant les travaux du sous-comité international, on a estimé qu'il serait bon de définir plus précisément les règles applicables en la matière, ce qui pourrait être particulièrement utile à l'heure où les documents sur papier sont remplacés par des messages électroniques. Lorsque, du fait de l'apparition de nouvelles pratiques, il devient plus difficile de tabler sur les pratiques antérieures, il est d'autant plus important de disposer de règles bien définies pour faciliter ces nouvelles pratiques. Certaines dispositions auraient donc simplement pour objet de réitérer et de codifier des lois et des pratiques généralement acceptées compte tenu des conditions actuelles. D'autres dispositions seraient plus novatrices et, probablement, plus controversées. D'une manière générale, il faudra déterminer clairement pour chaque nouvelle disposition si celle-ci doit être ou non incluse dans l'instrument en cours d'élaboration.

L. Droit d'agir en justice

49. Dans certains systèmes juridiques, il peut être parfois difficile de déterminer quelle partie a le droit d'intenter une action contre un transporteur pour perte, dommage ou retard. Au cours des travaux du sous-comité international, on a estimé qu'il serait utile de définir plus précisément les règles applicables en la matière.

M. Prescription des actions

50. Il est largement admis qu'un ayant droit à la cargaison devrait se voir assigner un délai pour intenter une action contre un transporteur pour perte, dommage ou retard. Il reste à déterminer si cette période devrait être d'un an (comme dans les Règles de La Haye et les Règles de La Haye-Visby) ou de deux ans (comme dans les Règles de Hambourg).

N. Compétence et arbitrage

51. Il faudrait examiner si et comment l'instrument à élaborer devrait traiter les questions de compétence et d'arbitrage.

II. CONCLUSION

52. La section précédente résume les considérations formulées au sein du CMI, y compris les vues échangées à sa conférence de Singapour, concernant les questions qui se posent actuellement dans le domaine du transport international de marchandises et qui exigent des solutions modernes. Pour l'heure, le sous-comité international du CMI sur le droit des transports poursuit ses travaux pour tenter de définir différentes solutions possibles, assorties de commentaires, dans le but d'améliorer la sécurité et la prévisibilité juridiques dans le transport international de marchandises par mer et les opérations connexes.

53. Les consultations que le secrétariat a menées conformément au mandat que lui a confié la Commission en 1996 montrent que des travaux pourraient à présent être utilement entrepris en vue de l'élaboration d'un instrument international, éventuellement sous la forme d'un traité international, qui moderniserait le droit des transports, tiendrait compte des dernières évolutions techniques, comme le commerce électronique, et supprimerait les écueils juridiques mis en évidence par la Commission dans le domaine du transport international de marchandises par mer. L'examen d'éventuelles solutions législatives par le CMI progresse rapidement et un texte préliminaire comportant des projets de dispositions possibles pour un futur instrument législatif, assorties de variantes et de commentaires, pourrait en principe être élaboré avant décembre 2001.

54. La Commission pourrait donc commencer à examiner la faisabilité, la portée et le contenu d'un futur instrument législatif en 2002. Il peut être envisagé de confier cette tâche à un groupe de travail intergouvernemental, mais la Commission peut également décider d'entreprendre elle-même cet examen à sa trente-cinquième session, en 2002. La Commission pourra décider de l'opportunité de confier la tâche à un groupe de travail ou d'examiner d'abord la question elle-même selon qu'elle sera saisie ou non en 2002 d'un texte susceptible d'être finalisé à cette session. Conformément à la pratique établie, outre les États membres de la Commission, d'autres États intéressés ainsi que les organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales compétentes seraient invités en qualité d'observateurs à participer activement aux discussions. Le CMI et d'autres organisations représentant les secteurs intervenant dans le transport des marchandises par mer et les opérations connexes tiendront sans doute à participer à ces travaux.

55. Si la Commission approuve la démarche proposée, elle souhaitera peut-être prier le secrétariat d'établir les documents nécessaires à la tenue d'une session intergouvernementale de la CNUDCI pendant le deuxième trimestre de 2002.

VI. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX TEXTES DE LA CNUDCI

Interprétation uniforme des textes de la CNUDCI: spécimen de recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980): note du secrétariat

(A/CN.9/498) [Original: anglais]

1. En 1966, lorsque l'Assemblée générale a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et lui a donné pour mandat d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, elle a également déclaré que la Commission devait s'y employer, entre autres, en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international, ainsi qu'en rassemblant et en diffusant des informations sur les législations nationales et sur l'évolution juridique moderne, y compris celle de la jurisprudence, dans le domaine du droit commercial internationa[1].

2. À sa vingt et unième session, en 1988, la Commission s'est interrogée sur la nécessité de rassembler et de diffuser les décisions judiciaires et sentences arbitrales concernant les instruments juridiques issus de ses travaux, en notant que les renseignements sur l'application et l'interprétation d'instruments internationaux contribueraient à l'uniformisation souhaitée en matière d'application et serviraient de référence générale aux juges, arbitres, avocats et aux parties à des transactions commerciales[2]. En décidant de mettre en place le système de rapports sur la jurisprudence, la Commission a également étudié l'opportunité d'instituer un comité d'édition permanent qui, entre autres tâches, pourrait procéder à l'analyse comparée des décisions rassemblées et faire rapport à la Commission sur l'état de l'application des textes juridiques. Les rapports devraient en particulier renseigner sur les interprétations convergentes ou divergentes de telle ou telle disposition des textes juridiques, ainsi que sur les lacunes dans les textes qui pourraient apparaître dans la pratique devant les tribunaux. La Commission a décidé de ne pas créer à ce stade le comité envisagé, mais de réexaminer la proposition à la lumière de l'expérience acquise en matière de rassemblement des décisions et de diffusion de renseignements aux fins de la publication du recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI[3].

3. Il serait bon — semble-t-il — que la Commission réexamine la question de savoir comment elle devrait contribuer à l'interprétation uniforme des textes issus de ses travaux. Un tel réexamen s'avère d'autant plus opportun que, depuis la mise en place du système de collecte d'informations sur la jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI, il a été rendu compte d'environ 400 décisions, dont plus de 250 concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). Vu les divergences relevées dans l'interprétation de la Convention, les utilisateurs de ce système ont laissé entendre à maintes reprises que des orientations et des conseils appropriés pourraient s'avérer utiles pour encourager une interprétation plus uniforme de celle-ci. L'élaboration d'un recueil analytique des décisions judiciaires et des sentences arbitrales faisant apparaître les tendances observées en matière d'interprétation serait un moyen de fournir des orientations et des conseils de ce type. Le secrétariat pourrait établir ce recueil à l'intention de la Commission en consultant des experts de différentes régions pour veiller à ce qu'il rende compte de façon aussi précise et équilibrée que possible des décisions relatives à la Convention. L'exercice pourrait consister soit à noter simplement les divergences de la jurisprudence aux fins d'information, soit à fournir des orientations sur l'interprétation de la Convention, en se fondant en particulier sur la genèse de telle ou telle disposition et la logique de celle-ci.

4. Le présent document, qui propose des résumés de la jurisprudence concernant les articles 6 et 78 de la Convention, vise à donner à la Commission un exemple de la façon dont les décisions judiciaires et arbitrales pourraient être présentées en vue d'encourager une interprétation uniforme des textes. La Commission souhaitera peut-être déterminer si le secrétariat devrait, en concertation avec les experts des différentes régions, établir un recueil analytique complet de la jurisprudence sur les divers articles de la Convention. Dans l'affirmative, la Commission pourrait également déterminer si la démarche suivie pour l'élaboration du spécimen de recueil analytique ci-après, notamment le mode de présentation et le niveau de précision, lui semblent appropriée.

---

[1]Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, sect. II, par. 8 *d* et *e*; *Annuaire de la CNUDCI,* vol. I, 1968-1970, première partie, II, E.

[2]*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 17* (A/43/17); *Annuaire de la CNUDCI,* vol. XIX, 1988, première partie, par. 99.

[3]Ibid., par. 107 à 109.

5. Les raisons pour lesquelles la Commission pourrait juger bon de prendre des dispositions pour favoriser l'interprétation uniforme de la Convention valent également dans le cas de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985). Concernant cette Loi type, quelque 120 décisions ont été enregistrées, faisant apparaître des questions non résolues ou des divergences. Les décisions en question portent le plus souvent sur l'interprétation des dispositions ci-après: champ d'application de la Loi type (article 1), domaine de l'intervention des tribunaux (article 5), définition et forme de la convention d'arbitrage (article 7), renvoi des parties à l'arbitrage par le tribunal saisi d'un différend (article 8), convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal (article 9), nomination de l'arbitre ou des arbitres par le tribunal (article 11), compétence du tribunal arbitral pour statuer sur sa propre compétence (article 16), rectification et interprétation de la sentence (article 33), recours contre la sentence arbitrale (article 34) et reconnaissance et exécution de la sentence (articles 35 et 36). À cet égard, la Commission souhaitera peut-être demander au secrétariat d'analyser les décisions ayant pour objet d'interpréter les dispositions uniformes de la Loi type, et d'en présenter un recueil analytique à une session ultérieure de la Commission ou de son Groupe de travail sur l'arbitrage, pour que la Commission puisse déterminer s'il convient de prendre des dispositions analogues à celles qui ont été suggérées ci-dessus au sujet de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

6. On trouvera ci-après un spécimen de résumé de la jurisprudence sur les articles 6 et 78 de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

Article 6

Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou, sous réserve des dispositions de l'article 12, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets.

Introduction

1. Selon l'article 6 de la Convention, les parties peuvent exclure (totalement ou partiellement) l'application de la Convention ou déroger à ses dispositions. De ce fait, même si la Convention est applicable par ailleurs, il faut néanmoins déterminer si les parties l'ont exclue ou ont dérogé à ses dispositions pour pouvoir considérer que la Convention s'applique dans un cas donné[4].

2. En permettant aux parties d'exclure l'application de la Convention et de déroger à ses dispositions, les rédacteurs de la Convention ont affirmé le principe selon lequel l'autonomie des parties prime en tant que source des règles régissant les contrats de vente internationale[5]. Ce faisant, ils ont clairement reconnu le caractère non impératif de la Convention[6] et le rôle essentiel que l'autonomie des parties joue dans le commerce international et, en particulier, dans les ventes internationales[7].

Dérogation

3. L'article 6 fait une distinction entre l'exclusion de l'application de la Convention et la dérogation à certaines de ses dispositions. Si le premier cas ne fait l'objet d'aucune limite, il en existe dans le second. Lorsqu'une des parties au contrat de vente internationale de marchandises a son établissement dans un État qui a émis une réserve au titre de l'article 96[8], les parties ne peuvent déroger à l'article 12 ni en modifier les effets. En pareil cas, toute disposition "autorisant une forme autre que la forme écrite, soit pour la conclusion ou pour la modification ou la résiliation amiable d'un contrat de vente, soit pour toute offre, acceptation ou toute manifestation d'intention, ne s'applique pas" (article 12). Il peut être dérogé à toutes les autres dispositions[9].

4. Même si la Convention ne l'indique pas expressément, il y a d'autres dispositions auxquelles les parties ne peuvent pas déroger, en particulier celles qui touchent au droit international public (à savoir les articles 89 à 101). Cela tient au fait que ces dispositions portent sur des questions intéressant les États contractants plutôt que des parties privées. Il est à noter que cet aspect n'a pas encore été traité par la jurisprudence.

[4]Voir Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 378, Italie, 2000; décision n° 338, Allemagne, 1998; décision n° 223, France, 1997; décision n° 230, Allemagne, 1997; décision n° 190, Autriche, 1997; décision n° 311, Allemagne, 1997; décision n° 211, Suisse, 1996; décision n° 170, Allemagne, 1995; décision n° 106, Autriche, 1994; décision n° 199, Suisse, 1994; décision n° 317, Allemagne, 1992.

[5]Pour une référence à ce principe, voir Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 229, Allemagne, 1996.

[6]Le caractère non impératif de la Convention est expressément mentionné dans Oberster Gerichtshof, Autriche, 21 mars 2000, *Internationales Handelsrecht*, 2001, p. 41; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 240, Autriche, 1998.

[7]Landgericht Stendal, Allemagne, 12 octobre 2000, *Internationales Handelsrecht*, 2001, p. 32.

[8]Voir l'article 96: "Tout État contractant dont la législation exige que les contrats de vente soient conclus ou constatés par écrit peut à tout moment déclarer, conformément à l'article 12, que toute disposition de l'article 11, de l'article 29 ou de la deuxième partie de la présente Convention autorisant une forme autre que la forme écrite pour la conclusion, la modification ou la résiliation amiable d'un contrat de vente, ou pour toute offre, acceptation ou autre manifestation d'intention, ne s'applique pas dès lors que l'une des parties a son établissement dans cet État."

[9]Il n'est donc guère surprenant qu'un tribunal ait récemment estimé que l'article 55, relatif aux contrats à prix indéterminé, s'applique uniquement lorsque les parties n'ont pas conclu un accord contraire (Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 151, France, 1995). Il ne faut pas non plus s'étonner qu'une décision de justice ait expressément considéré que l'article 39, relatif à l'obligation de dénonciation, n'avait pas un caractère impératif et pouvait faire l'objet de dérogations (Landgericht Giessen, Allemagne, 5 juillet 1994, *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechung-Report*, 1995, p. 438). Un autre exemple montre que, d'après la Cour suprême autrichienne, il peut être également dérogé à l'article 57 (Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 106, Autriche, 1994).

Exclusion expresse

5. Les parties peuvent expressément exclure l'application de la Convention. À cet égard, deux types de cas sont à envisager, selon que les parties indiquent ou non le droit applicable au contrat qu'elles ont conclu. Dans les cas où les parties excluent l'application de la Convention en indiquant la loi applicable, ce qui dans certains pays peut être fait au cours de l'action judiciaire[10], la loi applicable sera celle qui résulte des règles de droit international privé[11] qui, dans la plupart des pays, renvoient à la loi retenue par les parties[12]. Si la Convention est expressément exclue sans indication de la loi applicable, celle-ci doit être déterminée selon les règles de droit international privé du for. Dans les cas où ces règles renvoient à la loi d'un État contractant, il semble que ce soit la loi interne sur les ventes qui s'applique et non la Convention.

Exclusion implicite

6. Plusieurs tribunaux ont examiné la question de savoir si l'application de la Convention pouvait être exclue implicitement. Selon les décisions rendues dans un grand nombre de cas[13], l'absence de référence expresse à la possibilité d'exclure implicitement la Convention n'interdit pas pour autant une telle éventualité. En témoigne le fait, mentionné dans les *Documents officiels*, que la majorité des délégations étaient opposées à la proposition avancée au cours de la conférence diplomatique selon laquelle, pour exclure totalement ou partiellement l'application de la Convention, les parties devraient en convenir expressément[14]. La solution consistant à mentionner expressément dans la Convention la possibilité d'une exclusion implicite a simplement été "éliminée de crainte que la référence particulière à l'exclusion "tacite" n'incite les tribunaux à conclure, en se fondant sur des motifs insuffisants, que l'application de la Convention a été totalement exclue"[15]. Cela étant, certaines décisions judiciaires donnent à entendre que la Convention ne peut pas être exclue implicitement, car elle ne prévoit pas expressément une telle possibilité[16].

7. Divers moyens d'exclure implicitement la Convention ont été suggérés. Ainsi, les parties pourraient choisir la loi[17] d'un État non contractant en tant que loi applicable à leur contrat[18].

8. Le choix de la loi d'un État contractant en tant que loi régissant le contrat pose des problèmes plus complexes. Ainsi qu'il ressort d'une sentence arbitrale[19] et de plusieurs décisions judiciaires[20], le choix de la loi d'un État contractant devrait être assimilé à une exclusion implicite de l'application de la Convention, sans quoi le choix des parties serait dépourvu de toute signification concrète. Cependant, la plupart des décisions judiciaires[21] et des sentences arbitrales[22] retiennent un avis différent, et ce pour les raisons suivantes: d'une part, la Convention fait partie intégrante de la législation de l'État contractant choisie par les parties et, de l'autre, le choix de la législation de l'État contractant sert à déterminer la loi dont les dispositions doivent permettre de combler les lacunes existant dans la Convention. Dans cette optique, le choix de la loi d'un État contrac-

[10]Il en va notamment ainsi en Allemagne, comme le montre la jurisprudence; voir par exemple Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 122, Allemagne, 1994, et décision n° 292, Allemagne, 1993.

[11]Voir Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 231, Allemagne, 1997; Oberlandesgericht Frankfurt, Allemagne, 15 mars 1996, *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report*, 1997, p. 170 et suiv.

[12]Lorsque les règles de droit international privé du for sont celles qui sont énoncées dans la Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, de 1955 (publication des Nations Unies, numéro de vente: 73.V.3), la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, de 1980 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1605, n° 28023), ou la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux, de 1994, c'est la loi choisie par les parties qui s'applique.

[13]Voir Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 378, Italie, 2000; et décision n° 273, Allemagne, 1997; Landgericht München, Allemagne, 29 mai 1995, *Neue Juristische Wochenschrift 1996*, p. 401 et suiv.; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 136, Allemagne, 1995.

[14]*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.IV.3), p. 93 et 94.

[15]Ibid., p. 18.

[16]Voir Landgericht Landshut, Allemagne, 5 avril 1995, décision publiée sur le site Internet suivant: http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/Convention/; *Orbisphere Corp.* c. *United States*, États-Unis d'Amérique, 726 Fed. Supp. 1344 (1990).

[17]La question de savoir si ce choix doit être reconnu est fonction des règles de droit international privé du for.

[18]Voir Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 49, Allemagne, 1993.

[19]Voir Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 92, arbitrage, 1994.

[20]Voir cour d'appel de Colmar, France, 26 septembre 1995, décision publiée sur Internet à l'adresse suivante: http://witz.jura.uni-sb.de/cisg/decisions/260995.htm; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 326, Suisse, 1995; décision n° 54, Italie, 1993.

[21]Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 270, Allemagne, 1998; décision n° 297, Allemagne, 1998; décision n° 220, Allemagne, 1997; décision n° 236, Allemagne, 1997; décision n° 287, Allemagne, 1997; décision n° 230, Allemagne, 1997; décision n° 214, Allemagne, 1997; décision n° 206, France, 1996; Landgericht Kassel, Allemagne, 15 février 1996, *Neue Juristische Wochenschrift Rechtssprechungs-Report*, 1996, p. 1146 et suiv.; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 125, Allemagne, 1995; Rechtbank s'Gravenhage, Pays-Bas, 7 juin 1995, *Nederlands International Privaarecht*, 1995, n° 524; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 167, Allemagne, 1995; décision n° 120, Allemagne, 1994; décision n° 281, Allemagne, 1993; décision n° 48, Allemagne, 1993.

[22]Voir Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 166, arbitrage; tribunal d'arbitrage rattaché à la Chambre hongroise de commerce et d'industrie, Hongrie, 17 novembre, UNILEX; Cour internationale d'arbitrage de la CCI, France, sentence n° 8324, *Journal du droit international,* 1996, p. 1019 et suiv.; Cour internationale d'arbitrage de la CCI, France, sentence n° 7844, UNILEX; Cour internationale d'arbitrage de la CCI, France, sentence n° 7660, UNILEX; Cour internationale d'arbitrage de la CCI, France, sentence n° 7565, *Journal du droit international*, 1995, p. 1015 et suiv.; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 103, arbitrage; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 93, arbitrage.

tant, s'il est effectué sans référence particulière au droit interne de cet État, ne semble pas exclure l'application de la Convention.

9. L'élection de for peut également entraîner l'exclusion implicite de l'application de la Convention. Cependant, deux tribunaux d'arbitrage ont appliqué la Convention dans des cas où la juridiction choisie se trouvait dans un État contractant et où il semblait se révéler que les parties souhaitaient appliquer la loi du for[23].

10. La question s'est posée de savoir si l'application de la Convention est également exclue lorsque les parties plaident une affaire en se fondant uniquement sur une loi interne, alors même que toutes les conditions d'application de la Convention sont réunies. Dans les pays où le juge doit toujours appliquer la loi appropriée même si les parties ont fondé leurs arguments sur une loi qui ne s'applique pas en l'espèce (*jura novit curia*), le simple fait que les parties au litige invoquent uniquement une loi interne n'entraîne pas en soi l'exclusion de la Convention[24]. Si les parties ignorent que la Convention est applicable et défendent leur cause sur la base d'une loi interne simplement parce qu'elles estiment que cette loi est applicable, les juges devront néanmoins appliquer la Convention[25]. Dans un pays où le principe *jura novit curia* n'est pas reconnu, le tribunal a appliqué la loi interne relative aux ventes dans un cas où les parties avaient fait valoir leurs points de vue en se référant à celle-ci[26].

Faculté d'opter pour le régime de la Convention

11. Si la Convention offre expressément aux parties la possibilité d'exclure totalement ou partiellement son application, elle n'aborde pas la question de savoir si les parties peuvent rendre la Convention applicable dans des cas où, sinon, elle ne s'appliquerait pas. Cette question était expressément traitée dans la Convention de La Haye portant loi uniforme sur la formation de contrats de la vente internationale des objets mobiliers corporels de 1964, dont l'article 4 donnait de façon expresse aux parties la possibilité de se prévaloir de cette faculté. Le fait que la Convention ne contient aucune disposition comparable à cet article ne signifie pas nécessairement que les parties ne soient pas autorisées à opter pour le régime de la Convention. Ce point de vue est également étayé par le fait qu'une proposition avancée au cours de la conférence diplomatique (par l'ex-République démocratique allemande)[27], selon laquelle la Convention devrait s'appliquer même dans les cas où les conditions nécessaires à son application n'étaient pas réunies dans la mesure où les parties souhaitaient qu'elle soit applicable, a été rejetée au motif qu'une clause expresse d'option positive n'était pas nécessaire en raison du principe de l'autonomie des parties.

Article 78

Si une partie ne paie pas le prix ou toute somme due, l'autre partie a droit à des intérêts sur cette somme, sans préjudice des dommages-intérêts qu'elle serait fondée à demander en vertu de l'article 74.

Conditions préalables du droit à des intérêts

1. Cette disposition porte sur le droit de percevoir des intérêts sur "le prix ou toute autre somme due", hormis le cas où le vendeur doit restituer le prix d'achat après que le contrat a été résolu, lequel relève de l'article 84 de la Convention.

2. La seule condition à laquelle est subordonné le droit à des intérêts réside dans la non-exécution par le débiteur de l'obligation qui lui incombe de payer le prix ou toute autre somme due dans le délai prescrit par le contrat ou, si celui-ci ne le précise pas, par la Convention[28]. Ainsi, à la différence de ce que prévoient de nombreuses lois nationales, ce droit au versement d'intérêts ne dépend pas d'une mise en demeure formelle adressée au débiteur[29]. Les intérêts commencent donc à courir dès lors que le débiteur ne paie pas sa dette.

3. Pour avoir droit à des intérêts, le créancier n'a pas non plus à prouver qu'il a subi un préjudice. Les intérêts peuvent dont être réclamés conformément à

[23]Schiedsgericht der Hamburger freundlichen Arbitrage, Allemagne, 29 décembre 1998, *Internationales Handelsrecht*, 2001, p. 36 et 37; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 166, arbitrage.

[24]Voir Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 378, Italie, 2000; et décision n° 125, Allemagne, 1995; Landgericht Landshut, 5 avril 1995, UNILEX.

[25]Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 136, Allemagne, 1995.

[26]*GPL Treatment Ltd.* c. *Louisiana-Pacific Group*, États-Unis d'Amérique, 133 Or. App. 633 (1995).

[27]Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81 IV.3), p. 93 et 94.

[28]Concernant des cas dans lesquels les tribunaux ont dû recourir aux règles de la Convention, à savoir l'article 58, pour déterminer quand le paiement devait être effectué si les parties ne s'étaient pas entendues sur un délai d'exécution précis, voir Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 79, Allemagne; 1994, et décision n° 1, Allemagne, 1991.

[29]Pour l'affirmation de cette thèse dans la jurisprudence, voir Landgericht Aachen, Allemagne, 20 juillet 1995, décision publiée sur le site Internet http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/Convention/; Cour internationale d'arbitrage de la CCI, France, sentence n° 7585, *Journal du droit international*, 1995, p. 1015 et suiv.; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 166, arbitrage; et décision n° 152, France, 1995; Cour internationale d'arbitrage de la CCI, France, sentence n° 7331, *Journal du droit international*, 1995, p. 1001 et suiv.; Amtsgericht Nordhorn, Allemagne, 14 juin 1994, décision publiée sur le site Internet: http://wwww.jura.uni-freiburg.de/ipr1/Convention/; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 55, Suisse, 1991; pour une décision judiciaire en sens contraire, voir Landgericht Zwickau, Allemagne, 19 mars 1999, publiée sur le site Internet: http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/Convention/.

l'article 78 indépendamment des dommages causés par l'arriéré de paiement[30].

4. Ainsi qu'il ressort du texte de l'article 78, le droit aux intérêts sur les sommes dues est sans préjudice des dommages-intérêts que le créancier peut réclamer au titre de l'article 74[31]. Bien entendu, pour que cette demande de dommages-intérêts aboutisse, il faut que toutes les conditions énoncées à l'article 74 soient remplies[32].

Taux d'intérêt

5. L'article 78 ne fait qu'énoncer un droit général à des intérêts[33]; il ne précise pas le taux d'intérêt à appliquer.

6. Vu l'absence de formule spécifique permettant de calculer le taux d'intérêt, certains tribunaux ont conclu que cette question, quoique non expressément tranchée par la Convention, était toutefois régie par celle-ci[34]. D'autres tribunaux considèrent que la question n'est absolument pas régie par la Convention. Cette différence d'appréciation s'est traduite par des solutions divergentes quant au taux d'intérêt applicable, vu que, selon la Convention, les questions régies mais non expressément tranchées par celle-ci doivent être traitées différemment de celles qui ne relèvent pas du champ d'application de la Convention. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention, les questions concernant les matières régies par la Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle doivent être réglées selon les principes généraux dont la Convention s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé. En revanche, si une question est censée sortir du champ d'application de la Convention, elle doit être réglée conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé, sans qu'il faille recourir aux "principes généraux" de la Convention.

7. Dans plusieurs décisions, une solution a été recherchée sur la base des principes généraux dont s'inspire la Convention. Certaines décisions judiciaires[35] ont invoqué l'article 9 de la Convention pour résoudre la question des taux d'intérêt applicables et ont déterminé le montant des intérêts à verser en fonction des usages commerciaux pertinents. D'après deux sentences arbitrales[36], le taux d'intérêt applicable doit être déterminé de façon autonome sur la base des principes généraux qui sous-tendent la Convention, vu que le recours au droit national produirait des résultats contraires à ceux auxquels vise la Convention. Dans ces deux cas, la question du taux d'intérêt a été résolue selon le principe général de l'indemnisation intégrale, qui a entraîné l'application de la loi du pays du créancier, car c'est le créancier qui doit emprunter de l'argent pour disposer des mêmes liquidités que si le débiteur avait versé la somme due en temps voulu[37]. Cette solution a été critiquée par des commentateurs comme étant contraire à la genèse de la Convention vu qu'à la conférence diplomatique une proposition tendant à lier le taux d'intérêt à la loi du lieu d'établissement du créancier n'avait pas abouti[38]. Par ailleurs, une telle solution ne semble pas tenir compte de la distinction que l'article 78 établit expressément entre les dommages-intérêts à attribuer en vertu des articles 74 à 77 et les intérêts sur les sommes non payées, distinction reconnue par de nombreux autres tribunaux[39].

8. La plupart des tribunaux considèrent que cette question ne relève nullement de la Convention et ont donc tendance à appliquer le droit national[40]. À cet égard, certains ont appliqué le droit interne de tel ou tel pays en vertu des règles du droit international privé du

[30]Voir Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 79, Allemagne, 1994; décision n° 5, Allemagne, 1990; et décision n° 7, Allemagne 1990.

[31]Ce point a souvent été souligné dans la jurisprudence; voir par exemple Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 248, Suisse, 1998; décision n° 195, Suisse, 1995; décision n° 79, Allemagne, 1994; décision n° 130, Allemagne, 1994; décision n° 281, Allemagne, 1993; décision n° 104, arbitrage; et décision n° 7, Allemagne, 1990.

[32]Voir Landgericht Oldenburg, Allemagne, 9 novembre 1994, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1996, p. 65 et suiv., cas dans lequel la demande de dommages-intérêts pour défaut de paiement a été rejetée au motif que le créancier n'avait pas prouvé qu'il avait subi un préjudice supplémentaire.

[33]Voir Cour internationale d'arbitrage de la CCI, France, sentence n° 7585, *Journal du droit international*, 1995, p. 1015 et suiv.; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 83, Allemagne, 1994; et décision n° 79, Allemagne, 1994; Oberlandesgericht Koblenz, Allemagne, 17 septembre 1993, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1993, p. 938; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 1, Allemagne, 1991.

[34]Concernant un cas dans lequel divers critères employés dans la jurisprudence pour déterminer le taux d'intérêt ont été énumérés, voir Cour internationale d'arbitrage de la CCI, France, sentence n° 7585, *Journal du droit international*, 1995, p. 1015 et suiv.

[35]Voir Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo comercial n. 10 Buenos Aires, Argentine, 6 octobre 1994, UNILEX; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo comercial n. 10, Buenos Aires, Argentine, 23 octobre 1991, UNILEX.

[36]Voir Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décisions n° 93 et 94, arbitrage.

[37]Pour une solution analogue, à savoir une sentence arbitrale fondée sur l'argument selon lequel il faut appliquer le taux d'intérêt du pays dans lequel le préjudice a été subi, autrement dit le pays dans lequel le créancier a son établissement, voir également Cour internationale d'arbitrage de la CCI, France, sentence n° 7331, *Journal du droit international*, 1995, p. 1001 et suiv.

[38]Voir *Document officiels de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.IV.3), p. 147 et 148.

[39]Pour les décisions qui se réfèrent expressément à la distinction établie entre les intérêts qui peuvent être réclamés au titre de l'article 78 et les dommages-intérêts à demander au titre des articles 74 à 77, voir Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 195, Suisse, 1995; Landgericht München, Allemagne, 29 mai 1995, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, p. 401 et suiv.; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n°79, Allemagne, 1994; décision n°5, Allemagne, 1990; et décision n° 46, Allemagne, 1990.

[40]Il est à noter que certains tribunaux n'ont pas déterminé quelle était la loi applicable, car tous les pays concernés par le litige prévoyaient soit le même taux d'intérêt (voir par exemple Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 84, Allemagne, 1994; et décision n° 56, Suisse, 1992), soit un taux d'intérêt supérieur à celui que réclamait le demandeur (voir Oberlandesgericht Dresden, Allemagne, 27 décembre 1999, *Transportrecht-Internationales Handelsrecht*, 2000, p. 20 suiv.).

for[41] et d'autres le droit interne du pays du créancier, qui n'était pas nécessairement le droit applicable en vertu des règles du droit international privé[42]. Il y a également quelques cas dans lesquels le taux a été déterminé par référence à la loi du pays dont la monnaie devait servir à régler la somme due (*lex monetae*)[43]; dans un petit nombre d'autres cas, les tribunaux ont appliqué le taux du pays dans lequel le prix devait être réglé[44].

9. Quelques tribunaux ont recouru au taux d'intérêt spécifié par les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (article 7.4.9)[45], en considérant que ceux-ci énoncent des principes généraux dont la Convention s'inspire[46].

10. En dépit de la diversité des solutions susmentionnées, on a manifestement tendance à appliquer le taux prévu par la loi applicable au contrat[47], c'est-à-dire la loi qui serait applicable au contrat de vente si celui-ci n'était pas soumis à la Convention[48].

[41]Voir Landgericht Stendal, Allemagne, 12 octobre 2000, *Internationales Handelsrecht*, 2001, p. 31; Oberlandesgericht Stuttgart, Allemagne, 28 février 2000, *OLG-Report Stuttgart*, 2000, p. 407 et suiv.; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 380, Italie, 1999; décision nº 327, Suisse, 1999; décision nº 377, Allemagne, 1999; décision nº 248, Suisse, 1998; et décision nº 282, Allemagne, 1997; Cour internationale d'arbitrage de la CCI, France, sentence nº 8611, UNILEX (déclarant que le taux d'intérêt pertinent est soit celui de la *lex contractus*, soit, dans des cas exceptionnels, celui de la *lex monetae*); Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 376, Allemagne, 1996; Tribunal de la Glane, Suisse, 20 mai 1996, *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, 1997, p. 136; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 166, arbitrage; Appelationsgericht Tessin, Suisse, 12 février 1996, *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, 1996, p. 125; Amtsgericht Augsburg, Allemagne, 29 janvier 1996, UNILEX; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 330, Suisse, 1995; Amtsgericht Kehl, Allemagne, 6 octobre 1995, *Recht der internationalen Wirtschaft*, 1996, p. 957 et suiv.; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 195, Suisse, 1995; et décision n° 228, Allemagne, 1995; Landgericht Aachen, Allemagne, 20 juillet 1995, UNILEX; Landgericht Kassel, Allemagne, 22 juin 1995, décision publiée sur le site Internet: http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/Convention/; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 136, Allemagne, 1995; Amtsgericht Alsfeld, Allemagne, 12 mai 1995, *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report,* 1996, p. 120 et suiv.; Landgericht Landshut, Allemagne, 5 avril 1995, décision publiée sur le site Internet: http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/Convention/ Landgericht München, Allemagne, 20 mars 1995, *Praxis des internationalen Privat- und Ver-fahrensrechts*, 1996, p. 31 et suiv.; Landgericht Oldenburg, Allemagne, 15 février 1995, décision publiée sur le site Internet: http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/Convention/; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 132, Allemagne, 1995; et décision n° 300, arbitrage; Kantonsgericht Zug, Suisse, 15 décembre 1994, *Schweirische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, 1997, p. 134; Landgericht Oldenburg, Allemagne, 9 novembre 1994, *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report*, 1995, p. 438; Kantonsgericht Zug, Suisse, 1er septembre 1994, *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, 1997, p. 134 et suiv.; Landgericht Düsseldorf, Allemagne, 25 août 1994, décision publiée sur le site Internet: http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/Convention/; Landgericht Gießen, Allemagne, 5 juillet 1994, *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report*, 1995, p. 438 et suiv.; Rechtbank Amsterdam, Pays-Bas, 15 juin 1994, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1995, p. 194 et suiv.; Amtsgericht Nordhorn, Allemagne, 14 juin 1994, décision publiée sur le site Internet: http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/Convention/; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision n° 83, Allemagne, 1994; décision nº 82, Allemagne, 1994; décision nº 81, Allemagne, 1994; décision nº 80, Allemagne, 1994; décision nº 79, Allemagne, 1994; décision nº 100, Pays-Bas, 1993; Tribunal cantonal de Vaud, Suisse, 6 décembre 1993, UNILEX; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 281, Allemagne, 1993; et décision nº 97, Suisse, 1993; Rechtbank Roermond, Pays-Bas, 6 mai 1993, UNILEX; Landgericht Verden, Allemagne, 8 février 1993, UNILEX; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 95, Suisse, 1992; Amtsgericht Zweibrücken, Allemagne, 14 octobre 1992, décision publiée sur le site Internet: http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/Convention/; Recueil de juridiction concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 227, Allemagne, 1992; Landgericht Heidelberg, Allemagne, 3 juillet 1992, UNILEX; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 55, Suisse, 1991; décision nº 1, Allemagne, 1991: décision nº 5, Allemagne, 1990; et décision nº 7, Allemagne, 1990.

[42]Plusieurs décisions judiciaires se sont référées à la loi nationale du pays du créancier en tant que loi applicable, indépendamment de la question de savoir si les règles du droit international privé rendaient cette loi applicable; voir Bezirksgericht Arbon, Suisse, 9 décembre 1994, UNILEX; Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 6, Allemagne, 1991; et décision nº 4, Allemagne, 1989. Cette dernière décision a été critiquée par un tribunal: voir Landgericht Kassel, Allemagne, 22 juin 1995, UNILEX.

[43]Voir Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 164, arbitrage; Tribunal d'arbitrage rattaché à la Chambre de commerce et d'industrie hongroise, Hongrie, 17 novembre 1995, UNILEX.

[44]Voir Rechtbank Almelo, Pays-Bas, 9 août 1995, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1995, p. 686.

[45]Voir Cour internationale d'arbitrage de la CCI, France, sentence nº 8128, *Journal du droit international*, 1996, p. 1024 et suiv. Dans un cas, c'est le taux interbancaire de Londres (LIBOR) qui a été appliqué: voir Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 103, arbitrage; il est à noter que cette sentence arbitrale a été ultérieurement annulée au motif que les usages du commerce international ne règlent pas le mode de détermination du taux d'intérêt applicable; voir cour d'appel de Paris, France, 6 avril 1995, *Journal du droit international*, 1995, p. 971 et suiv.

[46]Voir le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention: "Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé."

[47]Certains tribunaux ont considéré cette solution comme étant unanimement acceptée; voir Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, décision nº 132, Allemagne, 1995; et décision nº 97, Suisse, 1993. Compte tenu de ce qui précède, il apparaît clairement que, même si cette solution est la plus répandue, elle n'a pas atteint un tel degré d'acceptation.

[48]Pour des décisions dans ce sens, voir Landgericht Aachen, Allemagne, 20 juillet 1995, UNILEX; Amtsgericht Riedlingen, Allemagne, 21 octobre 1994, UNILEX; Amtsgericht Nordhorn, Allemagne, 14 juin 1994, UNILEX.

VII. ÉTAT DES TEXTES DE LA CNUDCI

État des conventions et des lois types
(A/CN.9/501) [Original: anglais]

Non reproduit. L'état à jour peut être obtenu auprès du secrétariat de la CNUDCI ou sur le site Internet à l'adresse suivante: http://www.uncitral.org

VIII. FORMATION ET ASSISTANCE

Formation et assistance technique: note du secrétariat (A/CN.9/494) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	Pages
INTRODUCTION		1-2	503
I.	IMPORTANCE DES TEXTES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL	3	503
II.	ASSISTANCE TECHNIQUE POUR L'ÉLABORATION ET L'APPLICATION DE LOIS	4-7	504
III.	SÉMINAIRES ET MISSIONS D'INFORMATION	8-11	505
IV.	PARTICIPATION À D'AUTRES ACTIVITÉS	12-13	505
V.	PROGRAMME DE STAGES	14-15	507
VI.	ACTIVITÉS FUTURES	16-18	507
VII.	RESSOURCES FINANCIÈRES	19-25	507

INTRODUCTION

1. Conformément à une décision que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a prise à sa vingtième session[1], tenue en 1987, les activités de formation et d'assistance figurent parmi les grandes priorités de la CNUDCI. Le programme de formation et d'assistance technique exécuté par le secrétariat dans le cadre du mandat que lui a confié la Commission, en particulier dans les pays en développement et les pays à économie en transition, comprend deux principaux volets: *a)* les activités d'information visant à faire connaître les conventions, les lois types et d'autres textes juridiques portant sur le droit commercial international; et *b)* la fourniture d'une assistance aux États membres pour leur permettre de réformer leur droit commercial et d'adopter les textes de la CNUDCI.

2. La présente note énumère les activités que le secrétariat a réalisées depuis la publication de la précédente note dont la Commission avait été saisie à sa trente-troisième session tenue en 2000 (A/CN.9/473). Elle indique aussi les activités de formation et d'assistance technique susceptibles d'être menées en fonction de la demande de tels services.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), par. 335.

I. IMPORTANCE DES TEXTES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

3. Les gouvernements, les milieux d'affaires nationaux et internationaux et les organismes d'aide multilatérale et bilatérale accordent de plus en plus d'importance à l'amélioration du cadre juridique du commerce et des investissements internationaux. La CNUDCI a un rôle important à jouer à cet égard, puisqu'elle a élaboré des instruments juridiques, dont elle encourage l'utilisation, dans un certain nombre de domaines clefs du droit commercial. Ces instruments, qui constituent des normes et des solutions convenues à l'échelle internationale et acceptables dans différents systèmes juridiques, sont notamment les suivants:

a) Dans le domaine des ventes, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[2] et la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises[3];

[2] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.82.V.5), première partie.

[3] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels, New York, 20 mai-14 juin 1974* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.74.V.8), première partie.

b) Dans le domaine du règlement des différends, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[4] (convention des Nations Unies qui a été adoptée avant la création de la Commission, mais dont cette dernière encourage activement l'utilisation), le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[5], le Règlement de conciliation de la CNUDCI[6], la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[7] et l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales[8];

c) Dans le domaine de la passation des marchés publics, la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[9] et le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé[10];

d) Dans le domaine des opérations bancaires, des paiements et de l'insolvabilité, la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (résolution 50/48 de l'Assemblée générale, annexe), la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux[11], la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (résolution 43/165, annexe) et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[12];

e) Dans le domaine des transports, la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg)[13] et la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international[14];

f) Dans le domaine du commerce électronique et des échanges de données, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[15].

II. ASSISTANCE TECHNIQUE POUR L'ÉLABORATION ET L'APPLICATION DE LOIS

4. Une assistance technique est fournie aux États qui préparent des lois fondées sur des textes de la CNUDCI. Cette assistance revêt diverses formes: examen d'avant-projets de lois sous l'angle des textes de la CNUDCI, services consultatifs techniques et aide à l'établissement de lois fondées sur des textes de la CNUDCI, élaboration de règlements pour l'application de ces lois, commentaires sur les rapports des commissions de réforme du droit et séances d'information à l'intention des législateurs, des juges, des arbitres, des responsables de la passation des marchés et d'autres utilisateurs des textes de la CNUDCI incorporés dans la législation interne. Le secrétariat fournit aussi une assistance technique sous forme de conseils sur la mise en place de mécanismes institutionnels pour l'arbitrage commercial international, notamment par le biais de séminaires de formation dans ce domaine à l'intention des arbitres, des juges et des praticiens. La formation et l'assistance technique font mieux connaître les textes juridiques issus des travaux de la Commission et encouragent leur adoption par un plus grand nombre de pays; elles sont particulièrement utiles aux pays en développement qui manquent de connaissances spécialisées dans les domaines du commerce et du droit commercial couverts par les travaux de la CNUDCI. Les activités de formation et d'assistance technique du secrétariat pourraient donc jouer un rôle important dans les efforts d'intégration économique engagés par de nombreux pays.

5. Dans sa résolution 55/151 du 12 décembre 2000, l'Assemblée générale a réaffirmé 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, et a affirmé 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. Elle a aussi engagé 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.

6. Le secrétariat de la Commission a pris des mesures visant à accroître la coopération et la coordination avec des organismes d'aide au développement, afin que les textes juridiques que la Commission établit et dont l'Assemblée générale recommande la prise en considération soient effectivement pris en considération et utilisés. Pour les États bénéficiaires, l'assistance technique de la CNUDCI est précieuse compte tenu de l'expérience que le secrétariat a acquise dans l'élaboration de textes juridiques.

7. Les États qui ont entrepris une révision de leur législation commerciale voudront peut-être demander au secrétariat de la CNUDCI de leur fournir une assistance technique et des conseils.

---

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

[5]*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57.

[6]Ibid., *trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 106.

[7]Ibid., *quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I.

[8]Ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), chap. II.

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

[10]Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4.

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

[12]Ibid., *cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), annexe I.

[13]*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, Hambourg, 6-31 mars 1978* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.80.VIII.1), document A/CONF.89/13, annexe I.

[14]A/CONF.152/13, annexe.

[15]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I.

III. SÉMINAIRES ET MISSIONS D'INFORMATION

8. Les activités d'information de la CNUDCI prennent traditionnellement la forme de séminaires et de missions d'information destinés à des fonctionnaires des ministères concernés (commerce, affaires étrangères, justice et transports par exemple), des juges, des arbitres, des praticiens du droit, des hommes d'affaires, des universitaires et d'autres personnes intéressées. Ces séminaires et missions d'information ont pour but d'expliquer les principales caractéristiques et l'intérêt des instruments de droit commercial international mis au point par la CNUDCI. Des informations sont également fournies sur certains textes juridiques importants d'autres organisations, comme les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires et les Incoterms de la Chambre de commerce internationale, ainsi que la Convention sur l'affacturage international de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit).

9. Dans sa résolution 55/151, l'Assemblée générale a affirmé qu'il est souhaitable que la Commission s'efforce de parrainer un plus grand nombre de séminaires et de colloques afin de fournir une formation et une assistance technique dans le domaine du droit commercial international.

10. Lors des séminaires, les exposés sont en général présentés par un ou deux membres du secrétariat de la CNUDCI, par des experts des pays hôtes et, parfois, par des consultants externes. Après les séminaires, le secrétariat reste en contact avec les participants afin d'aider le plus possible les pays hôtes pendant le processus devant aboutir à l'adoption et à l'utilisation des textes de la Commission.

11. Depuis la dernière session, le secrétariat de la Commission a organisé, dans un certain nombre d'États, des séminaires comprenant généralement des missions d'information. Les séminaires énumérés ci-après ont été financés à l'aide du Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI:

a) La Havane (22-26 mai 2000), séminaire organisé en collaboration avec le Gouvernement cubain (une trentaine de participants);

b) Tachkent (16-19 octobre 2000), séminaire organisé en collaboration avec le Ministère des relations économiques extérieures (une soixantaine de participants);

c) Séoul (6-9 novembre 2000), séminaire organisé en collaboration avec le Ministère des affaires étrangères (une quarantaine de participants);

d) Beijing (13-16 novembre 2000), séminaire organisé en collaboration avec le Ministère du commerce extérieur et des relations économiques (environ 70 participants);

e) Le Caire (20-23 novembre 2000), séminaire organisé en collaboration avec la Ligue des États arabes et le Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (une centaine de participants);

f) Bologne (Italie) (2 et 3 avril 2001), colloque organisé en collaboration avec l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) (environ 180 participants).

IV. PARTICIPATION À D'AUTRES ACTIVITÉS

12. Des membres du secrétariat de la CNUDCI ont participé en tant qu'orateurs à divers séminaires, conférences et cours à l'occasion desquels des textes de la CNUDCI ont été présentés pour être examinés et, éventuellement, adoptés ou utilisés. La participation de membres du secrétariat aux séminaires, conférences et cours énumérés ci-après a été financée par l'institution qui les a organisés ou par une autre organisation:

a) Groupe de travail de l'Inter-Pacific Bar Association sur le cyberarbitrage, Comité du commerce international et Comité de l'insolvabilité (Vancouver, Canada, 28 avril-2 mai 2000);

b) Réunion régionale sur les incidences du commerce électronique et de la propriété intellectuelle pour le développement des pays des Caraïbes, parrainée par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) (Kingston, 15-17 mai 2000);

c) Conférence sur le droit public et le droit privé, parrainée par l'Association du barreau canadien (Ottawa, 16-21 mai 2000);

d) Middle East IT For Energy Forum, parrainé par le Middle East Global Advisors (MEGA) (Manama, 27-29 mai 2000);

e) Réunion du Groupe d'experts sur les accords de concession, parrainée par le Centre pour le développement du secteur privé de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) (Istanbul, Turquie, 30 mai-1er juin 2000);

f) Colloque Schmithoff 2000, parrainé par le Centre pour les études de droit commercial de l'Université de Londres (Londres, 1er-3 juin 2000);

g) Réunion de printemps de la région baltique, parrainée par le Chartered Institute of Arbitrators (Vilnius, 2-4 juin 2000);

h) Conférence d'IBC Global Conferences Inc. sur le financement du commerce électronique international (Londres, 15 et 16 juin 2000);

i) Forum sur les aspects juridiques du commerce électronique, parrainé par le Ministère bahreïnite des affaires gouvernementales et de l'information (Manama, 20 et 21 juin 2000);

j) Séminaire sur le commerce électronique, parrainé par l'Institut jamaïcain des banquiers (Kingston, 23 juin 2000);

k) Conférence d'IBC Global Conferences Inc. sur le financement du commerce électronique international (New York, 10 juillet 2000);

l) Problèmes mondiaux de compétence posés par le phénomène Internet, parrainé par l'American Bar Association (Londres, 17 juillet 2000);

m) Réunion sur les transactions internationales assorties d'une sûreté, parrainée par l'American Law Institute (Londres, 18 juillet 2000);

n) Séminaire sur le commerce électronique, parrainé par la section mexicaine de la Chambre de commerce internationale (Mexico, 3 et 4 août 2000);

o) Symposium de la Cour d'arbitrage international de Londres (Scheveningen, Pays-Bas, 15-17 septembre 2000);

p) Conférence biennale de l'Association internationale du barreau (Amsterdam, Pays-Bas, 18-23 septembre 2000);

q) Séminaire régional sur le commerce électronique et la propriété intellectuelle, parrainé par l'OMPI (Amman, 18-20 septembre 2000);

r) Exposés sur l'unification du droit international et la vente de biens mobiliers corporels à la Ferienakademie der Studienstiftung (Île de Ré, France, 18-29 septembre 2000);

s) Cours de perfectionnement des juristes sur les aspects juridiques et réglementaires du commerce électronique, parrainé par l'Institut international de droit du développement (Rome, 27 septembre 2000);

t) Exposé sur la suppression des obstacles juridiques au commerce électronique à la faculté de droit de la Stetson University (Tampa, Floride, États-Unis d'Amérique, 13 octobre 2000);

u) Forum mondial du commerce électronique (Londres, 17-20 octobre 2000);

v) Conférence sur l'évolution des systèmes juridiques et la mondialisation, parrainée par l'Université d'Ottawa, le Ministère de la justice du Canada et Patrimoine Canada (Ottawa, 20 et 21 octobre 2000);

w) Colloque sur le commerce électronique, parrainé par l'École des hautes études commerciales (Nice, France, 23-25 octobre 2000);

x) Séminaire régional sur le commerce électronique et la propriété intellectuelle, parrainé par l'OMPI (Cracovie, Pologne, 25 et 26 octobre 2000);

y) Conférence régionale sur l'investissement privé en matière d'infrastructure, parrainée par le Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international (Le Caire, 28 et 29 octobre 2000);

z) Conférence sur l'Internet et le commerce électronique, parrainée par le Gouvernement tunisien et l'Agence tunisienne d'Internet (Tunis, 9 et 10 novembre 2000);

aa) Séminaire sur les contrats internationaux et l'arbitrage, parrainé par l'Université de Bologne (Buenos Aires, 27 novembre-1er décembre 2000);

bb) Séminaire sur les aspects juridiques du commerce électronique international, parrainé par Hawksmere (Paris, 11 et 12 décembre 2000);

cc) Conférence d'IBC Global Conferences Inc. sur le financement structuré des produits de base et du commerce (Genève, 25 et 26 janvier 2001);

dd) Réunion du Comité international du Chartered Institute of Arbitrators (Londres, 26 janvier 2001);

ee) Cours de l'Université de Géorgie sur la Convention des Nations Unies sur les ventes (Atlanta, Géorgie, États-Unis d'Amérique, 12-17 mars 2001);

ff) Séminaire de l'Université de Padoue sur le droit commercial international (Padoue, Italie, 30 et 31 mars 2001);

gg) Exposé sur le commerce électronique à l'Université de Vérone (Vérone, Italie, 2-4 avril 2001);

hh) Cours de troisième cycle sur le droit commercial international, parrainé par le Centre international de formation de l'Organisation internationale du travail (OIT) et l'Institut d'études européennes de l'Université de Turin (Turin, Italie, 28 avril 2001).

13. La participation de membres du secrétariat aux séminaires, conférences et cours énumérés ci-dessous a été intégralement ou partiellement financée sur le budget ordinaire de l'ONU alloué aux voyages:

a) Forum de la Commission économique pour l'Europe (CEE) consacré au commerce électronique dans les pays en transition à l'âge du numérique (Genève, 19 et 20 juin 2000);

b) Réunion annuelle de l'American Bar Association (New York, 10 et 11 juillet 2000);

c) Dixième réunion de l'Académie internationale de droit du commerce et de droit de la consommation (Carlisle, Pennsylvanie, États-Unis d'Amérique, 9-13 août 2000);

d) Conférence 2000 du Chartered Institute of Arbitrators (Dublin, 28-30 septembre 2000);

e) Bureau du Groupe consultatif sur l'arbitrage commercial du Groupe de travail 5 de la CEE (Genève, 5 et 6 octobre 2000);

f) Forum juridique 2000 des Balkans, parrainé par l'Association internationale du barreau (Sofia, 9 et 10 novembre 2000);

g) Séminaire des conseillers juridiques gouvernementaux de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (Singapour, 17 novembre 2000);

h) Secure Electronic Commerce Partnership Conference, parrainée par l'Union internationale des télécommunications et Keywise (Genève, 27-29 novembre 2000);

i) Conférence mondiale sur le financement, parrainée par la Factors and Discounters Association et la Commercial Finance Association (Dublin, 5-7 décembre 2000);

j) Huitième Conférence internationale de Zagreb sur l'arbitrage, parrainée par la Cour permanente d'arbitrage, Chambre de commerce croate (Zagreb, 7 et 8 décembre 2000);

k) Conférence intitulée "Renforcer la confiance dans l'environnement en ligne: le règlement des litiges entre entreprise et consommateur", parrainée par l'OCDE, la Conférence de La Haye de droit international privé et la Chambre de commerce internationale (La Haye, 11 et 12 décembre 2000);

l) Conférence sur la législation commerciale uniforme de l'OHADA, parrainée par l'Institut italien du commerce extérieur, la Banque africaine de développement et Baker & McKenzie (Milan, Italie, 14 décembre 2000);

m) Réunion du Groupe consultatif sur le projet de la Banque mondiale relatif au renforcement des régimes nationaux d'insolvabilité (Londres, 15 et 16 janvier 2001);

n) Conférence sur les cyberaffaires et le développement, parrainée par le Centre d'information et d'aide à la décision du Cabinet égyptien (Le Caire, 13-15 février 2001);

o) Conférence sur le commerce électronique et le droit, parrainée par la Chambre de commerce et d'industrie d'Abou Dhabi (Abou Dhabi, 20 et 21 février 2001).

V. PROGRAMME DE STAGES

14. Le programme de stages vise à donner à de jeunes juristes l'occasion de se familiariser avec les travaux de la CNUDCI et d'améliorer leurs connaissances dans des domaines spécifiques du droit commercial international. Au cours de l'année écoulée, le secrétariat a reçu 11 stagiaires originaires des pays suivants: Allemagne, Australie, Autriche, Brésil, Espagne, Italie et Malaisie. Les stagiaires se voient assigner différentes tâches — recherche fondamentale ou spécialisée, collecte et classement d'informations et de documents, participation à l'élaboration de documents d'information. Ce programme de stages a donné des résultats satisfaisants. Comme le secrétariat n'est pas en mesure d'aider les stagiaires à couvrir leurs frais de voyage ou autres, ils sont souvent parrainés par une organisation, une université ou un organisme public, ou bien doivent prendre leurs frais à leur charge. À cet égard, la Commission voudra peut-être inviter les États membres, les universités et d'autres organisations, en plus de ceux qui le font déjà, à envisager de parrainer la participation de jeunes juristes au programme de stages de la CNUDCI.

15. En outre, le secrétariat satisfait occasionnellement aux demandes formulées par des universitaires ou des praticiens du droit qui souhaitent réaliser des recherches, pour une durée limitée, au sein du Service et de la Bibliothèque de droit de la CNUDCI.

VI. ACTIVITÉS FUTURES

16. Pour le restant de l'année 2001, des séminaires et des missions d'information visant à fournir une assistance juridique sont prévus en Afrique, en Amérique latine, en Asie et dans les pays d'Europe orientale à économie en transition. Étant donné que les frais découlant des activités de formation et d'assistance technique ne sont pas couverts par le budget ordinaire, le secrétariat ne pourra mettre en œuvre ces projets que s'il reçoit des crédits suffisants sous forme de contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI.

17. Comme les années précédentes, le secrétariat a accepté de coparrainer le prochain cours de troisième cycle de droit commercial international, d'une durée de trois mois, qu'organiseront à Turin l'Institut d'études européennes de l'Université de Turin et le Centre international de formation de l'OIT. En général, la moitié environ des participants sont originaires d'Italie, la plupart des autres venant de pays en développement. Pour ce prochain cours, le secrétariat de la CNUDCI mettra l'accent sur les questions d'harmonisation des lois relatives au droit commercial international du point de vue de la CNUDCI, notamment de ses travaux passés et actuels.

18. En outre, comme il l'avait fait les sept dernières années pour cette manifestation, le secrétariat a coparrainé le huitième concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, qui a eu lieu à Vienne du 6 au 12 avril 2001. Ce concours est principalement organisé par l'Institut de droit commercial international de la faculté de droit de la Pace University. Suscitant une forte participation internationale — des équipes originaires de 31 pays ont concouru en 2001 —, il est considéré comme un excellent moyen de diffuser des informations sur les textes de lois uniformes et d'enseigner le droit commercial international.

VII. RESSOURCES FINANCIÈRES

19. Le secrétariat continue d'œuvrer à l'élaboration d'un programme plus vaste de formation et d'assistance technique afin de répondre à la demande considérablement accrue des pays en la matière, conformément à l'appel de la Commission qui avait recommandé, à sa vingtième session, de faire une plus large place à la formation et à l'assistance et de promouvoir les textes juridiques établis par elle. Or, aucun crédit n'étant prévu au budget ordinaire pour les séminaires, les dépenses encourues pour les activités de formation et d'assistance technique de la CNUDCI (à l'exception de celles qui sont financées par des institutions telles que la Banque mondiale) doivent être couvertes par des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI.

20. Étant donné l'importance des ressources extrabudgétaires pour financer la mise en œuvre du volet formation et assistance technique du programme de travail de la CNUDCI, la Commission voudra peut-être renouveler son appel à tous les États, organisations internationales et autres entités intéressées pour qu'ils envisagent de contribuer au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI, en particulier sous forme de quotes-parts pluriannuelles, afin de faciliter la planification et de permettre au secrétariat de faire face à la demande croissante de formation et d'assistance émanant de pays en développement et de pays à économie en transition. Tous renseignements sur les modalités de versement des contributions peuvent être obtenus auprès du secrétariat.

21. Pendant la période considérée, le Canada, la Finlande, la France, le Mexique et la Suisse ont versé des contributions. La Commission voudra peut-être exprimer sa gratitude aux États et aux organisations qui ont contribué au programme de formation et d'assistance de la Commission par des apports de fonds ou de personnel ou en accueillant des séminaires.

22. À cet égard, la Commission voudra peut-être rappeler que, conformément à la résolution 48/32 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1993, le Secrétaire général a été prié de créer un fonds d'affectation spéciale pour permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la CNUDCI. Le Fonds d'affectation spéciale ainsi créé est ouvert aux contributions volontaires des États, des organisations intergouvernementales, des organisations d'inté-

gration économique régionale, des institutions nationales et des organisations non gouvernementales, ainsi que des personnes physiques et morales.

23. À sa trente et unième session, la Commission a noté avec satisfaction que l'Assemblée générale, dans sa résolution 52/157 du 15 décembre 1997, avait invité instamment les gouvernements, les organes, organismes et institutions des Nations Unies compétents et les particuliers à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour 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.

24. Depuis la création de ce Fonds d'affectation spéciale, des contributions ont été versées par l'Autriche, le Cambodge, Chypre, le Kenya et Singapour.

25. Il est rappelé que, dans sa résolution 51/161 du 16 dé-cembre 1996, l'Assemblée générale a décidé d'inscrire les fonds d'affectation spéciale pour les colloques et pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage sur la liste des fonds et des programmes dont s'occupe la Conférence des Nations Unies pour les annonces de contributions aux activités de développement.

IX. STRUCTURE ET MÉTHODES DE TRAVAIL DE LA COMMISSION

A. Élargissement de la composition de la Commission: note du secrétariat

(A/CN.9/500) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	Pages
INTRODUCTION	1	509
I. ÉLARGISSEMENT DE LA COMPOSITION DE LA COMMISSION ET D'AUTRES ORGANES	2-8	509
II. INCIDENCES DE L'ÉLARGISSEMENT	9-11	511
III. BREF RÉSUMÉ DES COMMENTAIRES REÇUS DES ÉTATS	12-13	511
IV. CONCLUSION	14	511

INTRODUCTION

1. À sa cinquante-cinquième session, tenue en 2000, l'Assemblée générale a prié le Secrétaire général de lui présenter un rapport sur les incidences de l'élargissement de la composition de la Commission et a invité les États à communiquer leurs vues à ce sujet[1]. Dans une note verbale datée du 25 janvier 2001, le Secrétaire général a invité les États à communiquer leurs vues avant le 15 mars 2001. À ce jour, les commentaires de 22 États ont été reçus. La présente note a pour objet de fournir des informations sur la question afin d'aider la Commission à formuler un avis ou une recommandation à l'intention de l'Assemblée générale. Après la session de la Commission, le Secrétaire général présentera à l'Assemblée générale un rapport conformément à la demande de cette dernière.

I. ÉLARGISSEMENT DE LA COMPOSITION DE LA COMMISSION ET D'AUTRES ORGANES

2. Lorsqu'elle a été créée en 1966, la Commission comptait 29 États membres[2], nombre retenu afin que la Commission soit suffisamment restreinte pour être efficace, mais aussi suffisamment nombreuse pour permettre la représentation des principaux systèmes économiques et juridiques ainsi que des pays développés et des pays en développement[3]. Dans le souci d'une représentation équitable, les sièges ont été répartis comme suit: 8 pour les États d'Europe occidentale et autres États; 7 pour les États d'Afrique; 5 pour les États d'Asie; 5 pour les États d'Amérique latine; et 4 pour les États d'Europe orientale[4].

3. En 1973, l'Assemblée générale s'est penchée sur la question de l'élargissement de la composition de la Commission. Elle a alors confirmé le principe de la présentation adéquate des différents systèmes juridiques et économiques ainsi que des pays développés et des pays en développement, de même que le principe de la répartition géographique équitable des sièges. À l'issue d'un débat au sein de la Sixième Commission[5], l'Assemblée générale a décidé de porter le nombre des membres de la Commission à 36. Les sept sièges supplémentaires ont été répartis comme suit: deux pour les États d'Afrique; deux pour les États d'Asie; et un respectivement pour les États d'Europe orientale, les États d'Amérique latine et les États d'Europe occidentale et autres États[6]. En conséquence, les sièges de

[1]Voir par. 13 de la résolution 55/151 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2000.

[2]Quatorze membres ont été élus pour une période de trois ans et 15 pour une période de six ans, le Président de l'Assemblée générale sélectionnant par tirage au sort les membres élus dans chacun des cinq groupes d'États pour un mandat de trois ou six ans. Par la suite, tous les membres devaient être élus pour une période de six ans (voir par. 1 à 3 de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1966). Par sa résolution 31/99 du 15 décembre 1976, l'Assemblée générale a décidé que leur mandat expirerait à la veille de l'ouverture de la septième session annuelle de la Commission suivant leur élection.

[3]*Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt et unième session,* A/6594, par. 26 (rapport de la Sixième Commission sur le point 88 de l'ordre du jour; *Annuaire de la CNUDCI*, vol. I: 1968-1970) et A/6396, par. 225 à 229.

[4]Ibid., A/6594, par. 28 et 29.

[5]*Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-huitième session*, Annexes, point 92 de l'ordre du jour, A/9408 (rapport de la Sixième Commission; *Annuaire de la CNUDCI*, vol. V: 1974).

[6]Voir par. 8 de la résolution 3108 (XXVIII) de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 1973 (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. V: 1974).

la Commission sont actuellement répartis comme suit: neuf respectivement pour les États d'Afrique et les États d'Europe occidentale et autres États (9 sur 36, soit 25 %); sept pour les États d'Asie (7 sur 36, soit 19,4 %); six pour les États d'Amérique latine (6 sur 36, soit 16,6 %); et cinq pour les États d'Europe orientale (5 sur 36, soit 13,8 %).

4. À sa vingtième session tenue en 1987, la Commission a décidé de réexaminer la question et a prié le secrétariat d'établir un rapport[7], qu'il lui a présenté à sa vingt et unième session en 1988 (A/CN.9/299)[8]. Ce rapport rappelait les décisions de l'Assemblée générale concernant la composition initiale de la Commission en 1966 et l'augmentation du nombre de ses membres en 1973. Tenant compte du fait que depuis 1977[9], tous les États non membres de la Commission étaient invités à participer à ses sessions et à celles de ses groupes de travail en qualité d'observateurs sur un pied d'égalité avec les membres, le secrétariat, dans son rapport, décrivait la question de l'élargissement de la manière suivante: "La principale conséquence ... de la qualité de membre de la Commission paraît donc être qu'un État membre sera plus vraisemblablement représenté aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail qu'un État non membre. ... La qualité de membre peut avoir des répercussions sur les services ministériels dont les attributions touchent directement les questions de droit commercial international et sur les services financiers. Dans le premier cas, elle peut stimuler l'intérêt porté au sujet traité et constitue un argument plus solide en faveur des dépenses en ressources humaines requises pour préparer les réunions et y participer; dans le second, elle peut faciliter l'allocation des fonds nécessaires." (A/CN.9/299, par. 11)

5. Dans son rapport, le Secrétariat a confirmé qu'une "modification portant sur le nombre des États membres de la Commission n'aurait pas d'incidences financières pour l'Organisation des Nations Unies". Il a ensuite dressé un historique de l'élargissement des groupes de travail et exposé les avantages que présentait un tel élargissement. L'un des principaux avantages cités était le fait qu'une large participation augmentait les chances qu'un texte soit bien équilibré et acceptable pour les États (A/CN.9/299, par. 26).

6. Lors des débats de la Commission, les avis furent partagés. Certains estimaient qu'il fallait accroître substantiellement le nombre des membres, faisant valoir qu'un tel accroissement permettrait aux États de mieux se familiariser avec les travaux de la Commission et de s'intéresser davantage à ses réalisations. On a également fait observer qu'un tel élargissement servirait les objectifs de la Commission, car les États membres avaient tendance à adopter une position favorable à l'acceptation des textes juridiques émanant des travaux de la Commission. Il a également été souligné qu'un élargissement de la Commission pouvait avoir un effet bénéfique sur la participation, car un État membre serait plus vraisemblablement représenté aux sessions de la Commission qu'un État observateur. En outre, "le nombre d'États qui, en qualité d'observateurs, avaient utilement contribué aux travaux de la Commission, montrait que les 36 États actuellement membres de la Commission étaient loin d'être les seuls à s'intéresser à ces travaux. ... Les partisans d'un élargissement n'ont pas proposé de chiffre précis, car c'était à l'Assemblée générale qu'il appartenait de décider du nombre qui serait équitable et politiquement acceptable." Selon un autre avis, il n'était pas souhaitable que la Commission recommande un élargissement de sa composition. La participation et la contribution positives des États non membres prouvaient que les États s'intéressant aux travaux de la Commission avaient tout loisir d'y participer activement et semblaient d'ailleurs l'avoir fait. Ce qui distinguait finalement un État membre d'un État non membre était le problème interne de la probabilité de leur représentation aux sessions de la Commission. De surcroît, rien ne prouvait que les groupes régionaux soient unanimes à juger souhaitable ou nécessaire d'élargir la composition de la Commission ou qu'un élargissement se traduise réellement par la participation plus active des États. ... Enfin, on a jugé le moment mal choisi pour recommander un élargissement de la composition alors que l'Organisation des Nations Unies faisait l'objet d'un processus d'examen en vue d'une éventuelle restructuration[10]. Après avoir délibéré, la Commission a décidé de ne pas prendre de décision jusqu'en 1990. Toutefois, elle a décidé cette même année de reporter à nouveau l'examen de cette question[11]. À sa cinquante-cinquième session tenue en 2000, l'Assemblée générale a exprimé son intention de réexaminer la question à sa cinquante-sixième session en 2001 (voir par. 1 ci-dessus).

7. La composition de la Commission du droit international (CDI) a déjà été élargie à trois reprises: de 15 à 21 membres en 1956, de 21 à 25 membres en 1961 et de 25 aux 34 membres actuels en 1981. Les raisons invoquées pour justifier cet élargissement sont notamment la nécessité d'"assurer à la Commission une représentation appropriée des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde[12]", ainsi que l'augmentation considérable du nombre des membres de l'Organisation des Nations Unies[13].

8. Le Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique comptait 18 membres à sa création en 1958. En 1959, lorsqu'il est devenu un organe permanent de l'Assemblée générale, il en comptait 24. Sa composition a été élargie pour la dernière fois en 1994, le nombre de membres ayant été porté de 53 à 61[14]. Les raisons

[7] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), par. 344 (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XVIII: 1987).

[8] *Annuaire de la CNUDCI*, vol. XIX: 1988.

[9] Voir A/31/17, par. 74 (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. VII: 1976) et par. 10 *b* de la résolution 31/99 de l'Assemblée générale en date du 15 décembre 1976; voir également par. 7 *c* de la résolution 38/134 de l'Assemblée générale en date du 19 décembre 1983 (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XIV: 1983).

[10] A/43/17, par. 112 à 115.

[11] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/45/17), par. 65 (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXI: 1990).

[12] Résolution 1103 (XI) de l'Assemblée générale en date du 18 décembre 1956.

[13] Résolutions 1647 (XVI) et 36/39 de l'Assemblée générale datées respectivement du 6 novembre 1961 et du 18 novembre 1981.

[14] Résolution 49/33 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1994.

invoquées pour un tel élargissement étaient notamment la nécessité de tenir compte de "l'augmentation importante du nombre de Membres de l'Organisation des Nations Unies, l'importance des questions en cours d'examen et le degré actuel de participation au Comité[15]". Sur proposition du Comité, l'Assemblée générale, sur les huit sièges supplémentaires, en a attribué deux à chacun des quatre groupes régionaux qui avaient manifesté un intérêt pour cette question[16]. À sa prochaine session devant se tenir en juin 2001, le Comité examinera la possibilité d'élargir à nouveau sa composition[17].

II. INCIDENCES DE L'ÉLARGISSEMENT

9. Tous les États sont invités à assister aux sessions de la Commission et à celles de ses groupes de travail. Les documents se rapportant aux travaux de la Commission et de ses groupes de travail sont distribués à tous les États. En moyenne, 50 à 65 États assistent aux réunions de la Commission et des groupes de travail et, comme le veut la pratique établie, tous les États sont invités à participer aux débats et à la prise de décisions qui se fonde sur le principe du consensus.

10. Étant donné que "le nombre d'experts de pays en développement ayant participé aux sessions de la Commission, en particulier de ses groupes de travail, au cours des dernières années a été relativement faible, en partie parce que les ressources sont insuffisantes pour financer le voyage de ces experts[18]", un fonds d'affectation spéciale a été créé afin d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission. À sa quarante-huitième session tenue en 1993, l'Assemblée générale s'est félicitée de la création du Fonds d'affectation spéciale qui doit permettre à la Commission d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général. Elle a également invité instamment les gouvernements, les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies, les organisations, les institutions et les particuliers à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale afin de permettre à tous les États Membres de participer pleinement aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail[19]. L'Assemblée générale renouvelle son invitation chaque année dans sa résolution concernant le rapport annuel de la Commission. Toutefois, les contributions au Fonds d'affectation spéciale sont très faibles et, de ce fait, l'aide fournie aux pays en développement est limitée. Un élargissement de la composition de la Commission en soi ne changerait rien à la situation, du moins dans la mesure où les contributions à ce Fonds sont volontaires.

11. Selon la Section des finances et du budget de la Division des services administratifs et des services communs de l'Office des Nations Unies à Vienne, un élargissement de la composition de la Commission n'aurait guère d'impact sur les services de conférence. On ne prévoit aucune incidence sur les services d'interprétation et de traduction des documents avant et après les sessions ni sur les services de séances, car leur coût est fixe quel que soit le nombre de membres. En ce qui concerne la reproduction des documents de session, l'impact ne devrait pas être suffisamment important pour avoir des conséquences sur le plan financier. L'élargissement n'a aucune incidence financière non plus sur les travaux du secrétariat de la Commission.

III. BREF RÉSUMÉ DES COMMENTAIRES REÇUS DES ÉTATS

12. Le secrétariat a reçu à ce jour les commentaires de 22 États (8 du Groupe des États d'Asie, 6 du Groupe des États d'Amérique latine, 3 du Groupe des États d'Europe orientale, 2 du Groupe des États d'Afrique et 3 du Groupe des États d'Europe occidentale et autres États). Les 22 États sont favorables à un élargissement de la composition de la Commission. Les raisons invoquées sont les suivantes: la nécessité de tenir compte, dans la composition de la Commission, de l'accroissement du nombre des États Membres de l'Organisation des Nations Unies, de manière à préserver le caractère représentatif de la Commission; la nécessité de permettre aux États ne pouvant pas justifier des coûts de participation aux travaux de la Commission, sauf s'ils en sont membres, de participer à ces travaux; et la nécessité d'intensifier les travaux de la Commission et de faire en sorte que ceux-ci soient acceptés en élargissant l'éventail de la représentation.

13. S'agissant du nombre de sièges supplémentaires à créer, plusieurs propositions ont été avancées, allant de 50 à au moins 60 sièges. À cet égard, tous les États ont conscience de la nécessité de préserver l'efficacité de la Commission. En ce qui concerne l'octroi des sièges supplémentaires, plusieurs propositions ont également été faites. Dans leurs commentaires, certains États ont souligné qu'il fallait envisager d'établir un mécanisme efficace d'aide financière aux pays en développement qui sont membres de la Commission, au titre des frais de voyage encourus pour participer aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail.

IV. CONCLUSION

14. La Commission voudra peut-être adresser une recommandation à l'Assemblée générale sur la question de savoir si sa composition devrait être élargie et, dans l'affir-

[15]Rapport du Comité spécial de la Charte des Nations Unies et du raffermissement du rôle de l'Organisation, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 33* (A/49/33), par. 47 et 48.

[16]Résolution 49/33 de l'Assemblée générale et *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 20* (A/49/20), par. 156.

[17]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 20* (A/55/20), par. 179 à 191; résolution 55/122 de l'Assemblée générale en date du 8 décembre 2000 et document A/AC.105/L.230 relatif aux consultations informelles sur l'élargissement du Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique.

[18]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-septième session: rapport de la Sixième Commission (A/49/739) daté du 1er décembre 1994 (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXV: 1994).

[19]Voir par. 5 et 6 de la résolution 48/32 du 9 décembre 1993.

mative, dans quelle proportion[20]. Dans sa recommandation, elle pourrait également aborder d'autres questions devant être traitées dans la résolution de l'Assemblée générale qui la concerne (pour une liste de ces questions, voir la note 20). Il s'agit notamment de déterminer les modalités de répartition des sièges entre les différents groupes géographiques ainsi que la durée du mandat des nouveaux membres de manière à maintenir la procédure de renouvellement de la moitié des membres tous les trois ans. Dans sa recommandation, la Commission pourrait donner les orientations nécessaires aux rédacteurs du projet de résolution en question et, ainsi, aider la Sixième Commission dans ses délibérations. Elle pourrait également inviter les États membres de chaque groupe géographique à engager des consultations informelles afin qu'ils soient en mesure de présenter des propositions concrètes à la Sixième Commission à l'automne 2001. Cette invitation peut être particulièrement utile si les États souhaitent que les nouveaux membres soient élus par l'Assemblée générale à sa cinquante-sixième session, en 2001.

[20]Si la Commission souhaite maintenir exactement le pourcentage actuel de participation des différents groupes géographiques, il faudrait multiplier par deux le nombre des membres et attribuer à chaque groupe autant de sièges qu'il détient actuellement (voir par. 3 ci-dessus). Si, toutefois, un nombre inférieur de membres, par exemple 60, est jugé préférable, il faudrait, pour maintenir le pourcentage actuel, procéder à quelques ajustements de sorte que: les 25 % que détiennent actuellement le groupe des États d'Afrique et celui des États d'Europe occidentale et autres États correspondraient exactement à 15 membres chacun; les 19,4 % que détiennent actuellement les États d'Asie correspondraient mathématiquement à 11,6 membres; les 16,6 % que détiennent actuellement les États d'Amérique latine correspondraient à 10 membres; et les 13,8 % que détiennent actuellement les États d'Europe orientale correspondraient à 8,3 membres.

B. Méthodes de travail de la Commission: note du secrétariat (A/CN.9/499) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	Pages
INTRODUCTION	1-2	512
I. APERÇU DES TRAVAUX ACTUELS DE LA COMMISSION ET DES TRAVAUX FUTURS ENVISAGEABLES	3-15	513
A. Arbitrage commercial international	3-4	513
B. Droit de l'insolvabilité	5-6	513
C. Commerce électronique	7-9	513
D. Projets d'infrastructure à financement privé	10-11	513
E. Droit des transports	12-13	514
F. Sûretés	14-15	514
II. EXAMEN DES MÉTHODES DE TRAVAIL DE LA COMMISSION	16-29	514
A. Méthodes de travail actuelles	16-18	514
B. Autres arrangements possibles concernant la durée et le nombre des sessions des groupes de travail	19-29	514
III. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	30-31	516

INTRODUCTION

1. Dans sa résolution 55/151 du 12 décembre 2000, l'Assemblée générale a prié 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 des Nations Unies pour le droit commercial international. Ce rapport est publié sous la cote A/CN.9/500.

2. Les considérations relatives à une éventuelle augmentation du nombre de ses membres constituent pour la Commission une occasion d'examiner ses méthodes de travail actuelles afin de chercher comment utiliser le mieux pos-

sible les ressources mises à sa disposition. Cet examen semblerait particulièrement utile au stade actuel, eu égard à l'augmentation constante et importante du programme de travail de la Commission au cours des dernières années et aux différentes propositions de travaux futurs actuellement à l'étude.

I. APERÇU DES TRAVAUX ACTUELS DE LA COMMISSION ET DES TRAVAUX FUTURS ENVISAGEABLES

A. Arbitrage commercial international

3. Conformément au mandat que lui a confié la Commission[1], le Groupe de travail sur l'arbitrage (précédemment appelé Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux) examine à l'heure actuelle des textes harmonisés sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation.

4. Étant donné le nombre d'autres questions à son programme, y compris éventuellement celle du règlement des litiges en ligne qui serait examinée conjointement avec le Groupe de travail sur le commerce électronique, il est probable que le Groupe de travail sur l'arbitrage ait encore besoin d'un certain nombre de sessions pour achever sa tâche.

B. Droit de l'insolvabilité

5. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission a donné pour mandat au Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité 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 restructuration extrajudiciaire. À cette fin, le Groupe de travail a été chargé d'élaborer 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[2].

6. Compte tenu de la nature du mandat que la Commission lui a confié et de la complexité du sujet, il est probable que le Groupe de travail ait encore besoin d'un certain nombre de sessions pour achever sa tâche.

C. Commerce électronique

7. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission a pris note d'une recommandation adoptée le 15 mars 1999 par le Centre pour la facilitation des procédures et des pratiques dans l'administration, le commerce et les transports (CEFACT) de la Commission économique pour l'Europe tendant à ce que la CNUDCI envisage les mesures à prendre pour veiller à ce que les termes "écrit", "signature" et "document" dans les conventions et accords relatifs au commerce international soient entendus comme autorisant les équivalents électroniques[3]. D'autres propositions concernant les travaux futurs dans le domaine du commerce électronique ont été examinées par la Commission à sa trente-troisième session, en 2000[4]. Les thèmes proposés étaient notamment les suivants: les contrats électroniques, envisagés sous l'angle de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ("la Convention des Nations Unies sur les ventes"), le règlement des litiges en ligne et la dématérialisation des titres représentatifs, en particulier dans le secteur des transports.

8. À sa trente-huitième session, tenue à New York du 12 au 23 mars 2001, le Groupe de travail sur le commerce électronique a examiné les thèmes précités. Il est convenu de recommander à la Commission de commencer, à titre prioritaire, les travaux en vue de l'élaboration d'un instrument international traitant de certaines questions touchant les contrats électroniques. Dans le même temps, il a été convenu de recommander à la Commission de charger le secrétariat de réaliser les études nécessaires sur trois autres thèmes examinés par le Groupe de travail, à savoir: *a)* une étude complète sur les obstacles juridiques éventuels au développement du commerce électronique contenus dans les instruments internationaux, notamment les instruments déjà mentionnés dans l'étude du CEFACT; *b)* une autre étude sur les questions que pose le transfert de droits, en particulier de droits sur des biens corporels, par des moyens électroniques et les systèmes de publication et d'enregistrement des actes de transfert ou de création de sûretés sur de tels biens; et *c)* une étude de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ainsi que du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI visant à déterminer s'ils répondent aux besoins spécifiques de l'arbitrage en ligne.

9. Si la Commission devait faire siennes les recommandations du Groupe de travail, celui-ci serait en principe occupé pendant plusieurs sessions et entreprendrait immédiatement des travaux dans le domaine des contrats électroniques.

D. Projets d'infrastructure à financement privé

10. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission a adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé et a étudié une proposition quant aux travaux futurs dans ce domaine. Après examen des diverses opinions exprimées, la Commission a décidé qu'elle devrait étudier, à sa trente-quatrième session, l'intérêt et la possibilité d'élaborer une loi type ou des dispositions législatives types sur certaines questions traitées dans le Guide[5]. Afin d'aider la Commis-

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n°17* (A/54/17), par. 340 à 343.

[2] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 409.

[3] Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 316.

[4] Ibid., *cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 384 à 388.

[5] Ibid., par. 379.

sion à prendre une décision en toute connaissance de cause, le secrétariat a été prié d'organiser, en coopération avec d'autres organisations ou institutions financières internationales intéressées, un colloque en vue de diffuser des informations sur le Guide. Les participants au colloque 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. Ce colloque se tiendra au Centre international de Vienne au cours de la deuxième semaine de la trente-quatrième session de la Commission, du 2 au 4 juillet 2001. Les conclusions de ce colloque seront présentées, par le secrétariat, à la Commission qui les examinera au plus tard pendant la dernière semaine de sa session.

11. Si la Commission devait décider d'élaborer une loi type ou des dispositions législatives types sur certaines questions traitées dans le Guide législatif, cette tâche devrait très probablement être confiée à un groupe de travail.

E. Droit des transports

12. Conformément au mandat que la Commission a reconduit à sa trente-troisième session[6], le secrétariat, en collaboration avec le Comité maritime international (CMI), examine actuellement un large éventail de questions relatives au droit international des transports afin de présenter, à la prochaine session de la Commission, 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 les solutions possibles. Les résultats des travaux réalisés à ce jour par le secrétariat sont résumés dans le document A/CN.9/497.

13. Si la Commission devait décider d'élaborer un instrument international, tel qu'une convention sur le droit des transports, cette tâche devrait très probablement être confiée à un groupe de travail.

F. Sûretés

14. Conformément à la demande de la Commission[7], le secrétariat a réalisé une étude dans laquelle il examine en détail les problèmes qui se posent dans le domaine du droit des sûretés ainsi que les solutions possibles, aux fins d'examen par la Commission à sa trente-quatrième session (A/CN.9/496). À la trente-troisième session de la Commission, il a été convenu qu'après avoir examiné cette étude, la Commission pourrait décider si des travaux pourraient être entrepris, sur quels sujets et dans quel contexte.

15. Si la Commission devait décider d'élaborer une loi type ou un instrument similaire, cette tâche devrait très probablement être confiée à un groupe de travail.

[6]Ibid., par. 427.

[7]Ibid., par. 463.

II. EXAMEN DES MÉTHODES DE TRAVAIL DE LA COMMISSION

A. Méthodes de travail actuelles

16. Conformément à la pratique établie, la Commission a le droit de tenir une session annuelle pouvant compter jusqu'à 40 séances (soit 20 jours ouvrables au total). Ses groupes de travail disposent en tout de 120 séances (soit 60 jours ouvrables). À quelques exceptions près, les services de conférence auxquels la Commission a droit pour ses groupes de travail ont habituellement été utilisés pour une session annuelle de la Commission, qui dure normalement deux ou trois (parfois quatre) semaines, et pour deux sessions annuelles de chacun de ses trois groupes de travail.

17. Chaque session d'un groupe de travail dure normalement deux semaines, à raison de deux séances par jour. Afin que le rapport soit adopté durant la session, des parties du projet de rapport sont généralement établies par le secrétariat de la Commission puis envoyées à la traduction à mesure que progressent les délibérations du groupe de travail. Le dernier jour de la session est habituellement consacré à l'adoption du rapport. Afin que l'intégralité du projet de rapport soit disponible dans toutes les langues officielles de l'Organisation des Nations Unies le dernier jour de la session, aucune séance n'a lieu le jour précédent, qui est généralement consacré à la seule préparation du projet de rapport.

18. L'expérience montre que, bien que deux séances soient prévues pour le dernier jour, les groupes de travail, dans la plupart des cas, sont en mesure d'adopter le rapport pendant la séance du matin. Par conséquent, dans la pratique, la plupart des groupes de travail ont tenu seulement 17 séances par session, au lieu des 20 séances auxquelles ils auraient normalement droit.

B. Autres arrangements possibles concernant la durée et le nombre des sessions des groupes de travail

19. La nature des instruments élaborés par la Commission et les difficultés inhérentes à une unification et une harmonisation universelle du droit exigent des travaux préparatoires minutieux de la part des groupes de travail. La durée et le nombre de leurs sessions avaient été initialement conçus, de manière à leur donner suffisamment de temps pour élaborer les textes devant être présentés à la Commission pour adoption.

20. Le nombre de sessions de groupe de travail étant limité à six par an, si le nombre de projets traités par la Commission augmente, il ne sera normalement possible de consacrer qu'une seule session annuelle d'un groupe de travail à chaque projet. Or, le temps auquel a droit chaque organe subsidiaire de l'Assemblée générale pour ses conférences étant globalement restreint, il est improbable que davantage de temps puisse être alloué à la Commission pour ses réunions. En conséquence, l'inscription d'autres sujets au programme de travail de la Commission ne semblerait possible que si l'une des deux solutions ci-après était adoptée: *a)* si la Commission portait à six le

nombre des groupes de travail, chacun d'eux tenant deux sessions annuelles d'une semaine seulement; ou *b)* si chaque groupe de travail examinait deux sujets différents (soit un par semaine) pendant sa session ou si deux groupes de travail se partageaient la même période de deux semaines, une session se tenant la première semaine et l'autre la seconde (soit deux sessions consécutives).

21. Ces solutions pourraient avoir des incidences pratiques dans quatre domaines: *a)* les frais de voyage des délégations et des membres du secrétariat; *b)* le rythme et la qualité des travaux; *c)* l'élaboration et l'adoption des rapports sur les travaux des sessions; et *d)* les coûts des services de conférence. Ces incidences sont examinées ci-dessous.

1. Frais de voyage et dépenses connexes pour les délégations et les membres du secrétariat

22. Une augmentation du nombre des groupes de travail, dont chacun tiendrait deux sessions d'une semaine par an, comme indiqué ci-dessus dans la première solution au paragraphe 20, entraînerait des frais de voyage supplémentaires tant pour les délégations que pour le secrétariat, en raison, pour le dernier, de l'organisation par alternance des sessions de la Commission et de ses groupes de travail. Aucun crédit n'a été prévu au titre de cette augmentation dans le budget du secrétariat pour l'exercice biennal en cours.

23. La seconde solution, à savoir qu'un groupe de travail examine deux sujets différents (un par semaine) pendant une session donnée ou que deux groupes de travail tiennent des sessions consécutives, n'aurait peut-être pas des incidences financières aussi négatives, bien que la situation puisse varier d'une délégation à l'autre. Pour les États membres et les observateurs qui sont habituellement représentés par les mêmes personnes à toutes les sessions, ou du moins à plus d'une session, des groupes de travail, les incidences financières de l'une ou l'autre solution pourraient être négligeables. Pour les États membres et observateurs qui envoient des délégations différentes à chaque session de groupe de travail, en fonction du sujet traité, les incidences financières pourraient être les mêmes que dans la première solution, dans la mesure où ces États membres et ces observateurs préféreraient peut-être modifier la composition de leur délégation pendant la deuxième semaine. En ce qui concerne les frais de voyage des membres du secrétariat de la Commission, cette solution risquerait d'entraîner un surcroît de dépenses par rapport à la situation actuelle, dans la mesure où les différents sujets exigeraient de changer le personnel assurant le service des séances. Cependant, tout serait mis en œuvre pour que les mêmes fonctionnaires assurent ce service pour toutes les séances.

2. Incidences sur le rythme et la qualité des travaux

24. Dans les deux solutions, le temps disponible pour examiner chaque sujet serait réduit à 10 séances au maximum (soit cinq jours) par session de groupe de travail, ce qui au total représenterait environ la moitié du temps que consacre actuellement un groupe de travail à un projet qui lui est confié. L'inconvénient évident de ces solutions serait que, toutes choses égales par ailleurs, un groupe de travail devrait, selon un calcul purement arithmétique, tenir deux fois plus de sessions qu'il n'en a actuellement pour finaliser un projet de texte devant être présenté à la Commission pour adoption.

25. Un examen des pratiques suivies par d'autres organes subsidiaires de l'Assemblée générale s'occupant de questions juridiques montre que, malgré la tendance généralisée à réduire la durée des sessions des groupes de travail et des comités spéciaux, ni le rythme ni la qualité des travaux de ces organes n'en ont souffert. Un exemple récent est le Comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1996, qui est chargé d'élaborer une convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, puis une convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire afin de compléter les instruments internationaux existants en la matière et d'examiner ensuite ce qu'il convient de faire pour compléter le cadre juridique offert par les conventions relatives au terrorisme international de façon que tous les aspects de la question soient couverts[8]. Le Comité spécial a opté pour la tenue d'une session par an d'une ou de deux semaines, généralement en début d'année. Les travaux sont ensuite poursuivis dans le cadre d'un groupe de travail de la Sixième Commission, qui se réunit dans le courant de l'année. Malgré la courte durée de ses sessions, le Comité spécial a négocié, en moins de cinq ans, plusieurs textes qui ont abouti à l'adoption de deux traités[9]. Le Comité spécial a élaboré un projet de convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire et, avant la fin 2000, il avait entrepris des travaux concernant un projet de convention générale sur le terrorisme international. La quatrième session du Comité spécial a duré une semaine[10].

26. Écourter les sessions des organes intergouvernementaux exige généralement d'adapter quelque peu leur manière de procéder pour éviter de ralentir leur rythme de travail. La pratique suivie par d'autres organes, comme le Groupe de travail créé par la Sixième Commission de l'Assemblée générale afin d'examiner les mesures visant à éliminer le terrorisme international ou le Comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale, montre que le fait d'écourter les sessions peut inciter les délégations à organiser des consultations informelles avant la réunion elle-même ou en parallèle et à réserver ainsi cette dernière aux questions devant faire l'objet d'un débat en séance officielle[11]. Une combinaison judicieuse

[8]L'Assemblée générale a reconduit et revu ce mandat chaque année dans ses résolutions relatives aux mesures visant à éliminer le terrorisme international.

[9]La Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 52/164 du 15 décembre 1997, et la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 54/109 du 9 décembre 1999.

[10]Voir le rapport du Comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1996 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 37* (A/55/37), par. 1).

[11]Le Groupe de travail a tenu de nombreuses consultations entre ses sessions. La même procédure est actuellement utilisée par le Comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale (voir D*ocuments officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 37* (A/55/37), par. 9).

entre débats pléniers et consultations intersessions a conduit à l'utilisation optimale du temps alloué aux conférences, ce qui a permis aux organes concernés d'atteindre leurs objectifs rapidement, sans que la qualité de leur travail n'en souffre.

27. Dans le cas de la Commission, le fait d'écourter les sessions des groupes de travail peut avoir l'avantage supplémentaire de faciliter la composition des délégations des États membres et des observateurs. Lors de réunions informelles entre le secrétariat, les États membres et les observateurs, on a souligné qu'il était de plus en plus difficile d'assurer la participation d'experts aux sessions des groupes de travail, en particulier d'experts des administrations nationales du secteur privé ou des professions libérales, qui souvent ne sont pas en mesure de délaisser leurs tâches quotidiennes pendant deux semaines consécutives.

3. Incidences sur l'élaboration et l'adoption des rapports sur les sessions des groupes de travail

28. La diminution du temps alloué à chaque session des groupes de travail, si acceptée par la Commission, exigerait également de revoir la façon dont les rapports de ces groupes de travail sont établis et adoptés. Actuellement, un jour plein, généralement l'avant-dernier, est réservé exclusivement à la préparation du rapport, aucune séance n'ayant lieu ce jour-là. Si le temps alloué aux réunions était réduit à 10 séances tout au plus (soit cinq jours), il faudrait renoncer à la pratique actuelle, afin de consacrer le plus de temps possible aux débats sur le fond. Compte tenu du temps nécessaire pour la traduction et la distribution du projet de rapport, il semblerait qu'il soit impossible de présenter au groupe de travail un rapport couvrant toute la période des débats pour adoption à sa dernière séance, comme cela est actuellement le cas. La Commission souhaitera donc peut-être examiner les solutions suivantes:

a) *Rapport partiel adopté à la même session*. Selon cette solution, un groupe de travail pourrait tenir des débats sur le fond pendant les huit premières séances (par exemple du lundi au jeudi), le secrétariat établissant un projet de rapport sur toute la période. Bien qu'il soit peut-être nécessaire d'assurer un service de nuit pour la traduction, il semblerait à première vue possible de distribuer les dernières parties du projet de rapport (à savoir celles qui ont trait aux délibérations tenues pendant la 8e séance, le jeudi après-midi) à la 10e séance (le vendredi après-midi). Mais, dans ce cas, aucun rapport ne serait établi sur les débats tenus durant la 9e séance (vendredi matin). On pourrait pallier à cet inconvénient de différentes manières. Par exemple, un groupe de travail élaborant un projet d'instrument souhaitera peut-être consacrer les huit premières séances à l'examen des différentes dispositions et réserver la 9e séance à une discussion des questions en suspens ou à un échange de vues de caractère plus général, dont il ne serait pas nécessaire de rendre compte dans le rapport. Une autre possibilité serait que le président donne brièvement lecture des principales conclusions de cette séance à la 10e séance afin qu'il en soit pris acte et que ces conclusions soient ensuite incorporées dans le rapport, ou encore que des informations sur ces délibérations soient insérées par le secrétariat dans le document de travail établi pour la session suivante du groupe de travail;

b) *Rapport complet adopté ultérieurement*. Selon cette solution, un groupe de travail pourrait tenir des débats de fond pendant toute sa session, le secrétariat établissant un projet de rapport sur toute la période. Cependant, le rapport ne serait adopté qu'ultérieurement, par exemple au début de la session suivante, comme c'est la pratique dans certaines organisations. Il pourrait aussi être publié plus tard par le secrétariat comme son propre compte rendu des débats. Dans le premier cas, les délégations auraient la possibilité, à la session suivante, de demander la correction ou la modification du projet de rapport. Toutefois, le rapport resterait jusque-là à l'état de projet. Un autre inconvénient possible serait que les représentants ne soient pas les mêmes à deux sessions consécutives ou que leurs souvenirs des débats ne soient pas aussi vivants qu'ils l'auraient été pendant la même session. Dans le deuxième cas, si le rapport était établi par le secrétariat, il ne serait pas normalement présenté au groupe de travail pour approbation.

4. Incidences sur les coûts des services de conférence

29. En principe, aucune des deux solutions proposées au paragraphe 20 n'aurait d'incidences importantes sur la plupart des coûts afférents aux conférences (par exemple les salles de réunion, les commis aux documents et les fonctionnaires des conférences, les enregistrements sonores et la technique), à l'exception peut-être des coûts liés aux services d'interprétation. Les incidences éventuelles sur ces derniers dépendraient d'un certain nombre de facteurs, tels que la durée des contrats des interprètes ou la nécessité de recourir à des interprètes non locaux, auquel cas l'Organisation devrait supporter des frais de voyage supplémentaires. Il est impossible de prévoir dans quelle mesure l'une ou l'autre solution entraînerait des dépenses supplémentaires, cela dépendant aussi de la manière dont les sessions des groupes de travail s'intégreraient dans le calendrier général des réunions dans chaque lieu d'affectation (à savoir New York et Vienne) à une période déterminée.

III. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

30. L'examen du programme de travail de la Commission montre clairement que, compte tenu des méthodes de travail en vigueur, la Commission ne pourrait poursuivre son programme en cours et entreprendre des tâches simultanément dans tous les domaines actuellement envisagés. Dans le cas où la durée et la périodicité des sessions des groupes de travail resteraient inchangées, la Commission devrait soit renoncer à entreprendre des travaux sur certains sujets, soit les repousser jusqu'à ce que l'un de ses groupes de travail achève les tâches en cours. Ce faisant, la Commission se priverait toutefois de l'occasion propice d'unifier le droit commercial qu'offrent la mondialisation et la libéralisation des échanges. En outre, le fait de retarder les efforts d'unification ou de renoncer à entreprendre des travaux dont ont besoin les milieux d'affaires risquerait de décevoir les attentes des États membres et d'autres orga-

nisations qui ont soumis des propositions concernant les travaux futurs de la Commission dans ces domaines.

31. Les propositions du secrétariat tendant à modifier les méthodes de travail de la Commission ont pour objet d'éviter tout bouleversement dans le programme de travail de cette dernière et tout effet préjudiciable sur ses efforts d'unification. En mettant ces solutions au point, le secrétariat avait à l'esprit la nécessité d'assurer la meilleure utilisation possible des ressources dont dispose la Commission. Il a donc tenté d'élaborer des propositions qui, si elles sont acceptées par la Commission, permettraient de faire face à l'augmentation escomptée du programme de travail de cette dernière tout en maintenant le haut niveau de compétence professionnelle qui caractérise ses travaux et contribue tant à son excellente réputation.

Troisième partie

ANNEXES

I. PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL

Préambule

Les États contractants,

Réaffirmant leur conviction que le commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels constitue un élément important susceptible de promouvoir les relations amicales entre les États,

Considérant que les problèmes créés par les incertitudes quant à la teneur et au choix du régime juridique applicable à la cession de créances constituent un obstacle au commerce international,

Désireux d'énoncer des principes et d'adopter des règles relatives 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:

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, à la date 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 obligations du débiteur à moins qu'à la date de la conclusion du contrat initial ce dernier ne soit situé dans un État contractant ou que la loi régissant le contrat initial 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 à 3 du présent article. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas si un État fait une déclaration au titre de l'article 39.

5. L'annexe de la présente Convention s'applique comme il est prévu à l'article 42.

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 à qui cette cession est effectuée est le cessionnaire.

Article 3

Internationalité

Une créance est internationale si, à la date de la conclusion du contrat initial, le cédant et le débiteur sont situés dans des États différents. Une cession est internationale si, à la date de la conclusion du contrat de cession, le cédant et le cessionnaire sont situés dans des États différents.

Article 4

Exclusions et autres limitations

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

a) À un particulier pour ses besoins personnels, familiaux ou domestiques;

b) Dans le cadre de la vente de l'entreprise commerciale à laquelle sont attachées les créances cédées ou de la modification de son régime de propriété ou de son statut juridique.

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 due après la liquidation de toutes les opérations;

c) D'opérations de change;

d) De systèmes de paiement interbancaire, d'accords de paiement interbancaire ou de systèmes de compensation et de règlement portant sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers;

e) Du transfert de sûretés sur des valeurs mobilières ou d'autres instruments ou actifs financiers détenus auprès d'intermédiaires ou de la vente, du prêt, de la détention ou d'une convention de rachat de ces valeurs, actifs ou instruments;

f) De dépôts bancaires;

g) D'une lettre de crédit ou d'une garantie indépendante.

3. Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidences sur les droits et obligations d'une personne en vertu du droit régissant les instruments négociables.

4. Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidences sur les droits et obligations du cédant et du débiteur en vertu des lois particulières régissant la protection des parties aux opérations effectuées à des fins personnelles, familiales ou domestiques.

5. Aucune disposition de la présente Convention:

a) N'a d'incidences sur l'application de la loi d'un État où est situé un immeuble:

i) À un droit réel sur cet immeuble dans la mesure où, en vertu de cette loi, la cession d'une créance confère un tel droit; ou

ii) À la priorité d'un droit sur une créance dans la mesure où, en vertu de cette loi, celui-ci est conféré par un droit réel sur l'immeuble; ou

b) Ne rend licite l'acquisition d'un droit réel immobilier, si elle n'est pas autorisée par la loi de l'État où est situé l'immeuble.

CHAPITRE II

Dispositions générales

Article 5

Définitions et règles 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 qui naît avant ou à la date de la conclusion du contrat de cession et 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 satisfaite 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 qu'elle 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 nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation des actifs 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 actifs 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 personne sur le droit d'une autre personne et détermine, pour autant qu'il y ait lieu à cette fin, s'il s'agit d'un droit personnel ou réel, s'il a été ou non créé à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation et si les mesures nécessaires pour qu'il produise ses effets à l'égard d'un réclamant concurrent ont été prises;

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 quelle qu'en soit la forme. 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, sur option ou de 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 autre 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 entre deux parties ou plus 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 juste valeur de marché, 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; ou

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

m) Le terme "réclamant concurrent" désigne:

i) Un autre cessionnaire de la même créance provenant du même cédant, y compris une personne qui, de par l'effet de la loi, se prévaut d'un droit sur la créance cédée en raison de son droit sur un autre bien du cédant, même si ladite créance n'est pas une créance internationale et si la cession au cessionnaire n'est pas une cession internationale;

ii) Un créancier du cédant; ou

iii) L'administrateur de l'insolvabilité.

Article 6

Autonomie des parties

Sous réserve de l'article 19, 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

Efficacité des cessions

1. Une cession n'est pas dépourvue d'effet entre le cédant et le cessionnaire, ou à l'égard du débiteur ou d'un réclamant concurrent, et le droit d'un cessionnaire ne peut être privé de son rang de priorité, au motif qu'il s'agit de la cession de plus d'une créance, de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances, 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 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 9 et aux paragraphes 2 et 3 de l'article 10, la présente Convention n'a pas d'incidences sur toute limitation prévue par la loi au droit d'effectuer une cession.

Article 9

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 prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction 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 autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;

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 10

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 ayant constitué 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 prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction 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 autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;

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 dépossession au titre du paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidences sur les obligations du cédant envers le débiteur ou la personne ayant constitué 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 11

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 de cession ou à la cession de cette catégorie particulière de créances.

Article 12

Garanties dues par le cédant

1. Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant garantit, à la date de la conclusion du contrat de cession, 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 peut ou pourra payer.

Article 13

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 ces instructions.

2. Une notification de la cession ou des instructions de paiement, envoyées en violation d'une convention visée au paragraphe 1 du présent article, ne sont pas invalidées aux fins de l'article 17 en raison de cette violation. 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 14

Droit du cessionnaire à recevoir paiement

1. Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire, et qu'une notification de la cession ait ou non été envoyée:

a) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au 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 au 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 à 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 15

Principe de protection du débiteur

1. Sauf disposition contraire de la présente Convention et à moins que le débiteur n'y consente, une cession de créances n'a pas d'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.

Article 16

Notification de la cession au débiteur

1. Une notification de la cession ou 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 en tout état de cause 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 17

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 uniquement au cessionnaire ou, si d'autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions.

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 de plusieurs cessions de la même créance effectuées par le même cédant, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue.

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 notification de la cession d'une fraction d'une ou plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément au présent article comme s'il n'avait pas reçu de notification. S'il paie conformément à la notification, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé.

7. S'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire conformément au présent article comme s'il n'avait pas reçu de notification. 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.

8. Le présent article n'a d'incidences sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation.

Article 18

Exceptions et droits à compensation du débiteur

1. Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur une demande de paiement de la créance cédée, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent du contrat initial ou de tout autre contrat faisant partie de la même opération et qu'il pourrait invoquer comme si la cession n'avait pas eu lieu et 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 du présent article, les exceptions et droits à compensation que le débiteur peut, en vertu des articles 9 ou 10, invoquer contre le cédant pour violation d'une convention limitant d'une quelconque manière le droit du cédant à procéder à la cession ne peuvent être invoqués par le débiteur contre le cessionnaire.

Article 19

Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation

1. 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 18. 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; ou

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 20.

Article 20

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 alors les droits correspondants.

2. Toute convention conclue après notification de la cession entre le cédant et le débiteur qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet à l'égard de ce dernier, sauf:

a) Si celui-ci y consent; ou

b) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat.

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 21

Recouvrement des paiements

La non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée au cédant ou au cessionnaire.

Section III. Tiers

Article 22

Loi applicable aux droits concurrents

À l'exception des questions qui sont réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention et sous réserve des articles 23 et 24, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclamant concurrent.

Article 23

Ordre public et règles impératives

1. L'application d'une disposition de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant peut être refusée uniquement si elle est manifestement contraire à l'ordre public de l'État du for.

2. Les règles de la loi de l'État du for ou de tout autre État qui sont impératives quelle que soit la loi applicable par ailleurs ne peuvent faire obstacle à l'application d'une disposition de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant.

3. Nonobstant le paragraphe 2 du présent article, dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit préférentiel qui est accordé par la loi de l'État du for et qui se voit donner 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 22. Un État peut à tout moment déposer une déclaration spécifiant de tels droits préférentiels.

Article 24

Règles spéciales relatives au produit

1. Si le produit de la créance cédée est reçu par le cessionnaire, ce dernier a le droit de le conserver dans la mesure où son droit sur la créance cédée avait la priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la même créance.

2. Si le produit de la créance cédée est reçu par le cédant, le droit du cessionnaire sur ce produit a la priorité sur le droit d'un réclamant concurrent, de la même manière que le droit du cessionnaire avait la priorité sur le droit dudit réclamant 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 ou de valeurs mobilières distinct contenant uniquement un produit composé d'espèces ou de valeurs mobilières.

3. Rien dans le paragraphe 2 du présent article n'a d'incidences sur la priorité d'une personne ayant sur le produit un droit à compensation ou un droit créé par convention et ne découlant pas d'un droit sur la créance.

Article 25

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

Autres règles de conflit de lois

Article 26

Application du chapitre V

Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux questions:

a) Qui entrent dans le champ d'application de la présente Convention comme prévu au paragraphe 4 de l'article premier; et

b) Qui entrent par ailleurs dans le champ d'application mais ne sont pas réglées dans d'autres dispositions de la présente Convention.

Article 27

Forme du contrat de cession

1. Un contrat de cession conclu entre des personnes qui sont situées dans un même État est valable entre elles quant à la forme s'il satisfait aux conditions de la loi qui le régit ou de la loi de l'État dans lequel il a été conclu.

2. Un contrat de cession conclu entre des personnes qui sont situées dans des États différents est valable entre elles quant à la forme s'il satisfait aux conditions de la loi qui le régit ou de la loi de l'un de ces États.

Article 28

Loi applicable aux droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire

1. Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant de leur convention sont régis par la loi qu'ils ont choisie.

2. Si le cédant et le cessionnaire n'ont pas choisi de loi, leurs droits et obligations réciproques découlant de leur convention sont régis par la loi de l'État avec lequel le contrat de cession a le lien le plus étroit.

Article 29

Loi applicable aux droits et obligations du cessionnaire et du débiteur

La loi régissant le contrat initial détermine l'efficacité des limitations contractuelles à la cession entre le cessionnaire et le débiteur, les rapports entre cessionnaire et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur et détermine également si le débiteur est libéré de ses obligations.

Article 30

Loi applicable à la priorité

1. La loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclamant concurrent.

2. Les règles de la loi de l'État du for ou de tout autre État qui sont impératives quelle que soit la loi applicable par ailleurs ne peuvent faire obstacle à l'application d'une disposition de la loi de l'État dans lequel est situé le cédant.

3. Nonobstant le paragraphe 2 du présent article, dans une procédure d'insolvabilité ouverte dans un État autre que l'État dans lequel est situé le cédant, tout droit préférentiel qui est accordé par la loi de l'État du for et qui se voit donner 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.

Article 31

Règles impératives

1. Rien dans les articles 28 et 29 ne limite l'application des règles de la loi de l'État du for lorsqu'elles sont impératives quelle que soit la loi applicable par ailleurs.

2. Rien dans les articles 28 et 29 ne limite l'application des règles impératives de la loi d'un autre État avec lequel les questions réglées 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 spécifiée dans le présent chapitre peut être refusée uniquement si elle 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.

*Deux ans après l'adoption de la Convention par l'Assemblée générale.

Article 35

Application aux unités territoriales

1. Si un État comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, cet État peut à tout moment déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou à plusieurs d'entre elles et peut à tout moment remplacer cette déclaration par une nouvelle déclaration.

2. Ces déclarations doivent désigner expressément les unités territoriales auxquelles la présente 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 sont situés dans une unité territoriale à laquelle la Convention ne s'applique pas, ils sont considérés comme n'étant pas situés dans un État contractant.

4. 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 la loi régissant le contrat initial est la loi en vigueur dans une unité territoriale à laquelle la Convention ne s'applique pas, la loi régissant le contrat initial est considérée comme n'étant pas la loi d'un État contractant.

5. Si un État ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'appliquera à toutes les unités territoriales de cet État.

Article 36

Lieu de situation dans le cas d'unités territoriales

Si une personne est située dans un État qui comprend deux unités territoriales ou plus, cette personne est située dans l'unité territoriale dans laquelle elle a son établissement. Si le cédant ou le cessionnaire a des établissements dans plus d'une unité territoriale, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. Si le débiteur a des établissements dans plus d'une unité territoriale, 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. Un État qui comprend deux unités territoriales ou plus peut spécifier par une déclaration faite à tout moment d'autres règles déterminant où est située une personne dans cet État.

Article 37

Loi applicable dans les unités territoriales

Toute référence dans la présente Convention à la loi d'un État, dans le cas d'un État qui comprend deux unités territoriales ou plus, est considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale. Ledit État peut spécifier par une déclaration faite à tout moment d'autres règles déterminant la loi applicable, y compris les règles qui rendent applicable la loi d'une autre unité territoriale de cet État.

Article 38

Conflits avec d'autres accords internationaux

1. La présente Convention ne prévaut sur aucun accord international déjà conclu ou à conclure, régissant spécifiquement une opération qui serait sinon couverte par la présente Convention.

2. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, la présente Convention prévaut sur la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international ("la Convention d'Ottawa"). Dans la mesure où la présente Convention ne s'applique pas aux droits et obligations d'un débiteur, elle n'exclut pas l'application de la Convention d'Ottawa pour ce qui est des droits et obligations de ce débiteur.

Article 39

Déclaration sur l'application du chapitre V

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié par le chapitre V.

Article 40

Limitations concernant les personnes publiques

Un État peut déclarer à tout moment qu'il ne sera pas lié ou dans quelle mesure il ne sera pas lié par les articles 9 et 10 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 à la date de la conclusion du contrat initial et est une collectivité publique, nationale ou locale, toute subdivision de ladite collectivité ou une institution ayant une mission d'intérêt public. Si un État a fait une telle déclaration, les articles 9 et 10 n'ont pas d'incidences sur les droits et obligations de ce débiteur ou de cette personne. Un État peut énumérer dans une déclaration les types d'institution qui font l'objet de la déclaration.

Article 41

Autres exclusions

1. Un État peut déclarer à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention à des types particuliers de cession ou à la cession de catégories particulières de créance clairement décrites dans une déclaration.

2. Après qu'une déclaration au titre du paragraphe 1 du présent article a pris effet:

a) La présente Convention ne s'applique pas à ces types de cession ou à la cession de ces catégories de créance si le cédant est situé dans cet État à la date de la conclusion du contrat de cession; et

b) Les dispositions de la présente Convention ayant des incidences sur les droits et obligations du débiteur ne s'appliquent pas si, à la date de la conclusion du contrat initial, le débiteur est situé dans cet État ou la loi régissant le contrat initial est la loi de cet État.

3. Le présent article ne s'applique pas aux cessions de créances énumérées au paragraphe 3 de l'article 9.

Article 42

Application de l'annexe

1. Un État peut à tout moment déclarer:

a) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section I de l'annexe et participera au système d'enregistrement international établi en vertu de la section II de l'annexe;

b) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section I de l'annexe et donnera effet à ces règles en utilisant un système d'enregistrement permettant d'en atteindre les objectifs, auquel cas, aux fins de la section I de l'annexe, un enregistrement effectué en application d'un tel système aura le même effet qu'un enregistrement effectué en vertu de la section II de l'annexe;

c) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section III de l'annexe;

d) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées à la section IV de l'annexe; ou

e) Qu'il sera lié par les règles de priorité énoncées aux articles 7 et 9 de l'annexe.

2. Aux fins de l'article 22:

a) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu 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, tel que modifié par toute déclaration faite en vertu du paragraphe 5 du présent article;

b) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa *c* du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section III de l'annexe, tel que modifié par toute déclaration faite en vertu du paragraphe 5 du présent article;

c) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa *d* du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble de règles énoncées à la section IV de l'annexe, tel que modifié par toute déclaration faite en vertu du paragraphe 5 du présent article; et

d) La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu de l'alinéa *e* du paragraphe 1 du présent article est l'ensemble des règles énoncées aux articles 7 et 9 de l'annexe, tel que modifié par toute déclaration faite en vertu du paragraphe 5 du présent article.

3. Un État qui a fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article peut établir des règles en vertu desquelles, compte tenu d'un délai raisonnable, les cessions effectuées avant que la déclaration prenne effet sont soumises à de telles règles.

4. Un État qui n'a pas fait de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article peut, conformément aux règles de priorité qui sont en vigueur dans cet État, utiliser le système d'enregistrement établi en vertu de la section II de l'annexe.

5. Au moment où il fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article ou après cette déclaration, un État peut déclarer:

a) Qu'il n'appliquera pas les règles de priorité choisies en vertu du paragraphe 1 du présent article à certains types de cession ou à la cession de certaines catégories de créance; ou

b) Qu'il appliquera ces règles de priorité avec les modifications spécifiées dans ladite déclaration.

6. À la demande d'États contractants ou d'États signataires représentant au moins un tiers des États contractants et des États signataires, le dépositaire convoque une conférence des États contractants et des États signataires pour désigner l'autorité de supervision et le premier conservateur du registre et pour élaborer ou réviser le règlement mentionné à la section II de l'annexe.

Article 43

Effet des déclarations

1. Les déclarations faites en vertu du paragraphe 1 de l'article 35, des articles 36, 37 ou 39 à 42 au moment de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. Les déclarations et les confirmations de déclarations seront faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.

3. Une déclaration prend effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné. Cependant, une déclaration dont le dépositaire reçoit notification formelle après cette date prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de sa réception par le dépositaire.

4. Un État qui fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 de l'article 35, des articles 36, 37 ou 39 à 42 peut la retirer à tout moment par une notification formelle adressée par écrit au dépositaire. Ce retrait prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

5. En cas de déclaration faite en vertu du paragraphe 1 de l'article 35, des articles 36, 37 ou 39 à 42 qui prend effet après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné ou en cas de retrait d'une telle déclaration, qui ont pour effet dans les deux cas d'entraîner l'applicabilité d'une règle de la présente Convention, y compris de toute annexe:

a) Sous réserve de l'alinéa *b* du présent paragraphe, cette règle est applicable uniquement aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier;

b) Une règle qui traite des droits et obligations du débiteur s'applique uniquement dans le cas de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

6. En cas de déclaration faite en vertu du paragraphe 1 de l'article 35, des articles 36, 37 ou 39 à 42 qui prend effet après l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné ou en cas de retrait d'une telle déclaration, qui ont pour effet dans les deux cas d'entraîner l'inapplicabilité d'une règle de la présente Convention, y compris de toute annexe:

a) Sous réserve de l'alinéa b) du présent paragraphe, cette règle est inapplicable aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier;

b) Une règle qui traite des droits et obligations du débiteur est inapplicable dans le cas de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle la déclaration ou son retrait prend effet à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

7. Si une règle qui est rendue applicable ou inapplicable en raison d'une déclaration visée aux paragraphes 5 ou 6 du présent article ou de son retrait est pertinente pour la détermination de la priorité concernant une créance faisant l'objet d'un contrat de cession conclu avant que la déclaration ou son retrait prenne effet ou concernant le produit de cette créance, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité avant qu'une telle déclaration ou son retrait prenne effet.

Article 44

Réserves

Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention.

Article 45

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'applique uniquement aux cessions qui sont l'objet d'un contrat de cession conclu à la date ou après la date de son entrée en vigueur à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, étant entendu que celles de ses dispositions qui traitent des droits et obligations du débiteur s'appliquent uniquement aux cessions de créances découlant de contrats initiaux conclus à la date ou après la date à laquelle elle entre en vigueur à l'égard de l'État contractant visé au paragraphe 3 de l'article premier.

4. Si une créance est cédée en vertu d'un contrat de cession conclu avant la date d'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la créance de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité en l'absence de la présente Convention.

Article 46

Dénonciation

1. Un État contractant peut dénoncer à tout moment la présente Convention par notification écrite adressée au dépositaire.

2. La dénonciation prend 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'un délai plus long est spécifié dans la notification, la dénonciation prend effet à expiration du délai en question à compter de la date de réception de la notification par le dépositaire.

3. La présente Convention demeure applicable aux cessions faisant l'objet d'un contrat de cession conclu avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, étant entendu que celles de ses dispositions qui traitent des droits et obligations du débiteur demeurent applicables uniquement aux cessions de créances découlant de contrats initiaux conclus avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État visé au paragraphe 3 de l'article premier.

4. Si une créance est cédée en vertu d'un contrat de cession conclu avant la date à laquelle la dénonciation prend effet à l'égard de l'État contractant visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article premier, le droit du cessionnaire a priorité sur le droit d'un réclamant concurrent sur la créance de la même façon qu'il aurait la priorité en vertu de la loi qui déterminerait cette priorité en vertu de la présente Convention.

Article 47

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 présente Convention telle qu'elle aura été amendée.

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 provenant du même cédant, la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée est déterminée par l'ordre dans lequel les données relatives à la cession sont enregistrées conformément à la section II de la présente annexe, quelle que soit la date de transfert de la créance. Si aucune donnée n'a été enregistrée, la priorité est déterminée par l'ordre dans lequel les différents contrats de cession ont été conclus.

Article 2

Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant

Le droit d'un cessionnaire sur une créance cédée a la priorité sur le droit d'un administrateur de l'insolvabilité et de créanciers qui acquièrent un droit sur la créance cédée par saisie, acte judiciaire ou acte analogue d'une autorité compétente créant un tel droit, si la créance a été cédée et si les données relatives à la cession ont été enregistrées conformément à la section II de la présente annexe, avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la saisie, l'acte judiciaire ou un acte analogue d'une autorité compétente.

Section II. Enregistrement

Article 3

Création d'un système d'enregistrement

Il sera créé, en vertu du règlement devant être promulgué par le conservateur du registre et l'autorité de supervision, un système d'enregistrement des données relatives aux cessions, même si la cession ou la créance concernée n'est pas internationale. Le règlement promulgué par le conservateur du registre et l'autorité de supervision en vertu de la présente annexe est conforme à cette dernière. Il prescrira dans le détail la manière dont le système d'enregistrement fonctionnera, ainsi que la procédure de règlement des litiges relatifs à ce fonctionnement.

Article 4

Enregistrement

1. Toute personne peut enregistrer des données relatives à une cession dans le registre conformément à la présente annexe et au règlement. Comme prévu dans le règlement, les données enregistrées identifient le cédant et le cessionnaire et incluent une description succincte des créances cédées.

2. Un même enregistrement peut porter sur une ou plusieurs cessions effectuées par le cédant au cessionnaire d'une ou de plusieurs créances existantes ou futures, que ces créances existent ou non au moment de l'enregistrement.

3. Un enregistrement peut être effectué avant la cession à laquelle il se rapporte. Le règlement établira la procédure d'annulation d'un enregistrement si la cession n'est pas effectuée.

4. L'enregistrement ou sa modification produit ses effets à compter du moment où les données visées au paragraphe 1 du présent article sont accessibles aux utilisateurs. La partie qui enregistre peut spécifier, parmi les options proposées dans le règlement, la période d'effet de l'enregistrement. En l'absence d'une telle spécification, un enregistrement produit ses effets pour une période de cinq ans.

5. Le règlement spécifiera la manière dont l'enregistrement peut être renouvelé, modifié ou annulé et régira toute autre question afférente au fonctionnement du système d'enregistrement.

6. Toute anomalie, irrégularité, omission ou erreur dans l'identification du cédant qui empêcherait une recherche faite à partir d'une identification correcte dudit cédant d'aboutir aux données enregistrées prive d'effet l'enregistrement.

Article 5

Recherches dans le registre

1. Toute personne peut faire une recherche dans les fichiers du registre à partir de l'identification du cédant, conformément au règlement, et obtenir le résultat de cette recherche par écrit.

2. Le résultat écrit d'une recherche qui est censé émaner du registre est recevable à titre de preuve et, en l'absence de preuve contraire, atteste l'enregistrement des données sur lesquelles porte la recherche, notamment la date et l'heure 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 provenant du même cédant, la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée est déterminée par l'ordre dans lequel les différents contrats de cession ont été conclus.

Article 7

Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant

Le droit d'un cessionnaire sur une créance cédée a la priorité sur le droit d'un administrateur de l'insolvabilité et de créanciers qui acquièrent un droit sur la créance cédée par saisie, acte judiciaire ou acte analogue d'une autorité compétente créant ce droit, si la créance a été cédée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la saisie, l'acte judiciaire ou un acte analogue d'une autorité compétente.

Article 8

Preuve de la date du contrat de cession

Pour ce qui des articles 6 et 7 de la présente annexe, la date de la conclusion d'un contrat de cession peut être prouvée par tous moyens, y compris par témoins.

Section IV. Règles de priorité fondées sur la date de notification de la cession

Article 9

Priorité entre plusieurs cessionnaires

Entre des cessionnaires de la même créance provenant du même cédant, la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée est déterminée par l'ordre dans lequel les notifications des différentes cessions ont été reçues par le débiteur. Cependant, un cessionnaire ne peut, en adressant une notification au débiteur, obtenir la priorité sur une cession antérieure dont il avait connaissance à la date de la conclusion du contrat de cession à son profit.

Article 10

Priorité entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité ou des créanciers du cédant

Le droit d'un cessionnaire sur une créance cédée a la priorité sur le droit d'un administrateur de l'insolvabilité et de créanciers qui acquièrent un droit sur la créance cédée par saisie, acte judiciaire ou acte analogue d'une autorité compétente créant ce droit, si la créance a été cédée et la notification a été effectuée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, la saisie, l'acte judiciaire ou un acte analogue d'une autorité compétente.

Appendice

RENUMÉROTATION DES ARTICLES

1. Projet de Convention

Numéro actuel de l'article (annexe I du présent document)	*Ancien numéro de l'article (A/CN.9/486, annexe I)*
1	1
2	2
3	3
4	4
5	5
6	6
7	7
8	9
9	11
10	12
11	13
12	14
13	15
14	16
15	17
16	18
17	19
18	20
19	21
20	22
21	23
22	24
23	25
24	26
25	27
26	28
27	Nouvel article
28	29
29	30
30	31
31	32
32	33
33	34
34	35
35	36
36	37
37	Nouvel article
38	38
39	39
40	40
41	41
42	42
43	43
44	44
45	45
46	46
47	47

2. Annexe du projet de Convention

Numéro actuel de l'article (annexe I du présent document)	*Ancien numéro de l'article (A/CN.9/486, annexe I)*
1	1
2	2
3	3
4	4
5	5
6	6
7	7
8	Nouvel article
9	8
10	9

II. LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES (2001)

Article premier

Champ d'application

La présente Loi s'applique lorsque des signatures électroniques sont utilisées dans le contexte* d'activités commerciales**. Elle ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur.

Article 2

Définitions

Aux fins de la présente Loi:

a) Le terme "signature électronique" désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue;

b) Le terme "certificat" désigne un message de données ou un autre enregistrement confirmant le lien entre un signataire et des données afférentes à la création de signature;

c) 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;

d) Le terme "signataire" désigne une personne qui détient des données afférentes à la création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui de la personne qu'elle représente;

e) Le terme "prestataire de services de certification" désigne une personne qui émet des certificats et peut fournir d'autres services liés aux signatures électroniques;

f) Le terme "partie se fiant à la signature ou au certificat" désigne une personne qui peut agir sur la base d'un certificat ou d'une signature électronique.

Article 3

Égalité de traitement des techniques de signature

Aucune disposition de la présente Loi, 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 signature électronique satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 ou autrement satisfaisant aux exigences de la loi applicable.

Article 4

Interprétation

1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi.

2. Les questions concernant les matières régies par la présente Loi qui ne sont pas expressément réglées par elle sont tranchées selon les principes généraux dont elle s'inspire.

Article 5

Dérogation conventionnelle

Il est possible de déroger aux dispositions de la présente Loi ou d'en modifier les effets par convention, à moins que cette convention soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable.

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 données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire;

b) Les données afférentes à la création de signature étaient, 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

---

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

*"La présente loi s'applique 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.

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 cette information après le moment de la signature est décelable.

4. Le paragraphe 3 ne restreint pas la possibilité pour toute personne:

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 toute autorité, de droit public ou privé, indiqué par l'État adoptant comme compétent en la matière*] peut déterminer quelles signatures électroniques satisfont aux dispositions de l'article 6 de la présente Loi.

2. Toute détermination arrêtée en vertu du paragraphe 1 doit être conforme aux normes internationales reconnues.

3. Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur le fonctionnement des règles du droit international privé.

Article 8

Normes de conduite du signataire

1. Lorsque des données afférentes à la création de signature peuvent être utilisées pour créer une signature ayant des effets juridiques, chaque signataire:

a) Prend des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de ses données afférentes à la création de signature;

b) Sans retard injustifié, utilise les moyens fournis par le prestataire de services de certification conformément à l'article 9 de la présente Loi ou fait d'une autre manière des efforts raisonnables pour aviser toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique si:

i) Il sait que les données afférentes à la création de signature ont été compromises; ou

ii) Il estime, au regard des circonstances connues de lui, qu'il y a un risque important que les données afférentes à la création de signature aient été compromises;

c) Prend, lorsqu'un certificat est utilisé pour étayer la signature électronique, des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations essentielles qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou devant figurer dans le certificat sont exactes et complètes.

2. Un signataire assume les conséquences juridiques de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1.

Article 9

Normes de conduite du prestataire de services de certification

1. Lorsqu'un prestataire de services de certification fournit des services visant à étayer une signature électronique qui peut être utilisée pour produire des effets juridiques en tant que signature, ce prestataire:

a) Agit en conformité avec les déclarations qu'il fait concernant ses politiques et pratiques;

b) Prend des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations essentielles qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou figurant dans le certificat sont exactes et complètes;

c) Fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer à partir de ce certificat:

i) L'identité du prestataire de services de certification;

ii) Si le signataire identifié dans le certificat avait, au moment de l'émission de ce dernier, le contrôle des données afférentes à la création de signature;

iii) Les données afférentes à la création de signature étaient valides au moment ou avant le moment de l'émission du certificat;

d) Fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer, s'il y a lieu, à partir de ce certificat ou de toute autre manière:

i) La méthode utilisée pour identifier le signataire;

ii) Toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles les données afférentes à la création de signature ou le certificat peuvent être utilisés;

iii) Si les données afférentes à la création de signature sont valides et n'ont pas été compromises;

iv) Toute restriction quant à l'étendue de la responsabilité stipulée par le prestataire de services de certification;

v) S'il existe des moyens pour le signataire d'adresser une notification conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8 de la présente Loi;

vi) La disponibilité d'un service de révocation en temps utile;

e) Lorsque des services sont fournis au titre du sous-alinéa v de l'alinéa *d*, donne au signataire le moyen d'adresser une notification conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8 de la présente Loi et, lorsque des services sont fournis au titre du sous-alinéa vi de l'alinéa *d*, offre un service de révocation en temps utile;

f) Utilise des systèmes, des procédures et des ressources humaines fiables pour la prestation de ses services.

2. Un prestataire de services de certification assume les conséquences juridiques de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1.

Article 10

Fiabilité

Aux fins de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9 de la présente Loi, pour déterminer si, ou dans quelle mesure, tous systèmes, toutes procédures et ressources humaines utilisés par le prestataire de services de certification sont fiables, il peut être 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'accréditation ou du prestataire de services de certification concernant le respect ou l'existence des critères énumérés ci-dessus; ou

g) Tout autre facteur pertinent.

Article 11

Normes de conduite de la partie se fiant à la signature ou au certificat

Une partie se fiant à une signature ou à un certificat assume les conséquences juridiques découlant du fait qu'elle s'est abstenue:

a) De prendre des mesures raisonnables pour vérifier la fiabilité d'une signature électronique; ou

b) Si une signature électronique est étayée par un certificat, de prendre des mesures raisonnables pour:

i*)* Vérifier que le certificat est valide ou qu'il n'a pas été suspendu ou révoqué; et

ii*)* Tenir compte de toute restriction dont le certificat ferait l'objet.

Article 12

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:

a*)* Du lieu dans lequel le certificat est émis ou la signature électronique créée ou utilisée; ou

b) Du lieu dans lequel l'émetteur ou le signataire a son établissement.

2. Un certificat émis en dehors de [*l'État adoptant*] a les mêmes effets juridiques dans [*l'État adoptant*] qu'un certificat émis dans [*l'État adoptant*] à condition qu'il offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent.

3. Une signature électronique créée ou utilisée en dehors de [*l'État adoptant*] a les mêmes effets juridiques dans [*l'État adoptant*] qu'une signature électronique créée ou utilisée dans [*l'État adoptant*] à condition qu'elle offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent.

4. Pour déterminer si des certificats ou des signatures électroniques offrent un niveau de fiabilité substantiellement équivalent aux fins des paragraphes 2 ou 3, il est tenu compte des normes internationales reconnues et de tous autres facteurs pertinents.

5. Lorsque, nonobstant les paragraphes 2, 3 et 4, les parties conviennent, s'agissant de leurs relations, d'utiliser certains types de signatures électroniques ou certificats, cette convention est jugée suffisante aux fins de la reconnaissance internationale, à moins qu'elle ne soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable.

III. 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 ET DU PROJET DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

Compte rendu analytique de la 711e séance

Lundi 25 juin 2001 à 10 h 30

[A/CN.9/SR.711]

Président temporaire: M. Jeffrey CHAN (Singapour)

Président: M. Pérez-Nieto CASTRO (Mexique)

La séance est ouverte à 10 h 30.

OUVERTURE DE LA SESSION

1. Le PRÉSIDENT TEMPORAIRE, ouvrant la trente-quatrième session en qualité de président sortant de la trente-troisième, rend hommage au secrétariat et à tous ceux qui l'ont aidé pendant son mandat et se félicite particulièrement d'avoir présidé à l'achèvement des travaux relatifs au Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé. Il donne la parole au Secrétaire de la Commission pour que celui-ci présente les travaux de la session.

2. M. SEKOLEC (Secrétaire de la Commission) dit que les principales tâches qui attendent la Commission sont d'achever l'examen du projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international et du projet de Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Pendant la troisième semaine de la session, la Commission examinera un certain nombre d'autres points inscrits à l'ordre du jour provisoire (A/CN.9/482).

3. Conformément aux souhaits de l'Assemblée générale, il informe la Commission des coûts liés à la tenue de la session. Il y aura 28 réunions — deux par jour — pour lesquelles l'interprétation simultanée sera assurée. Plus de 500 pages de documentation ont déjà été préparées, une centaine d'autres seront produites pendant la session et le rapport représentera 70 pages supplémentaires, d'un coût total légèrement supérieur à 1 000 dollars des États-Unis par page dans les six langues officielles. En outre, des comptes rendus analytiques seront établis pour les deux premières semaines. Le coût horaire du service des réunions, y compris l'interprétation et les comptes rendus analytiques, sera de 4 400 dollars des États-Unis.

4. Le jeudi 12 juillet a été réservé à une réunion informelle, qui s'est tenue en anglais seulement, des correspondants nationaux pour le système de recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI. Du 2 au 4 juillet, se tiendra un colloque sur les partenariats secteur public/privé, coparrainé par la Commission et la Public-Private Infrastructure Advisory Facility de la Banque mondiale. Grâce à la générosité d'un donateur privé, l'interprétation sera assurée en anglais et en français (dans les deux sens) et à partir de l'espagnol. Le 27 juin sera organisé, conjointement avec l'Université de Vienne, un forum au cours duquel Mme Catherine Walsh parlera des "Opérations assorties de sûretés comme thème de travaux futurs pour la CNUDCI". Enfin, M. Sekolec attire l'attention sur le site Web de la CNUDCI, qui est devenu de plus en plus utile pour les participants, notamment en ce qui concerne l'état des conventions et des lois types.

ÉLECTION DU BUREAU

5. Le PRÉSIDENT TEMPORAIRE dit que les travaux de la Commission seront conduits par deux comités pléniers.

6. M. CACHAPUZ DE MEDEIROS (Brésil), prenant la parole au nom du Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes, propose la candidature de M. Ogarrio Reyes-España (Mexique) au poste de président de la Commission et celle de M. Pérez-Nieto Castro (Mexique) au poste de président du Comité plénier sur le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international.

7. M. OLIVENCIA RUIZ (Espagne) et M. ÁLVAREZ GOYOAGA (Uruguay) appuient ces candidatures.

8. *M. Ogarrio REYES-ESPAÑA (Mexique) est élu président par acclamation.*

9. *M. Pérez-Nieto CASTRO est élu président du comité plénier sur le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international par acclamation.*

10. *En l'absence de M. Ogarrio REYES-ESPAÑA (Mexique), M. Pérez-Nieto CASTRO (Mexique) prend la présidence.*

11. Le PRÉSIDENT dit que les autres groupes régionaux proposeront, après consultation, des candidatures aux postes de vice-président et de rapporteur.

ADOPTION DE L'ORDRE DU JOUR (A/CN.9/482)

12. *L'ordre du jour est adopté.*

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL (A/CN.9/486, A/CN.9/489 et Add.1, A/CN.9/490 et Add.1 à 4 et A/CN.9/491 et Add.1)

13. Le PRÉSIDENT, après avoir souligné la nécessité de faire preuve de diligence pour que la Commission puisse achever ses travaux sur les articles 18 à 47 et sur l'ensemble du projet de convention la semaine suivante, dit que seules seront examinées en plénière les questions de fond; toutes modifications rédactionnelles seront examinées plus tard par le groupe de rédaction.

Article 18

14. M. BAZINAS (secrétariat) rappelle que les documents pertinents dont est saisie la Commission sont les suivants: A/CN.9/486, à savoir le rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux, qui contient le texte consolidé du projet de convention; A/CN.9/491, qui contient des suggestions du secrétariat sur les questions renvoyées à la Commission par le Groupe de travail, et qui porte sur les projets d'articles 18 à 47 et sur l'annexe, ainsi que sur les questions laissées en suspens par la Commission ou renvoyées à cette dernière par le Groupe de travail sur les projets d'articles 1er à 17; A/CN.9/491/Add.1, qui contient une note du secrétariat sur les prévisions de dépenses afférentes à la tenue d'une conférence diplomatique à Vienne; A/CN.9/489 et Add.1, qui contiennent des commentaires du secrétariat article par article; et A/CN.9/490 et Add.1 à 4, qui contiennent les commentaires de gouvernements et d'organisations internationales sur le projet de convention. Il n'y a pas de questions en suspens à propos du projet d'article 18. Il a été indiqué à la session précédente que la référence à la langue de la notification, au paragraphe 1 de cet article, était inappropriée et devrait être incluse dans les définitions. Le Groupe de travail a néanmoins laissé la disposition inchangée.

15. M. AL-NASSER (Observateur de l'Arabie saoudite) exprime l'espoir que, pour éviter des difficultés ultérieures, la notification sera faite uniquement dans la langue du contrat initial.

16. M. MORÁN BOVIO (Espagne) dit que l'avantage du texte existant, qui a fait l'objet d'un long débat au sein du Groupe de travail et à la trente-troisième session, est que, sans exclure l'emploi de la langue du contrat initial, il laisse un éventail plus large de possibilités. Le projet de texte devrait donc rester inchangé.

17. Abordant un point de procédure, il propose que, comme aux sessions précédentes, la Commission déduise de l'absence de toute manifestation de soutien à un amendement proposé par une seule délégation que la proposition a été rejetée.

18. Le PRÉSIDENT, soulignant qu'une telle procédure est souhaitable en raison du peu de temps disponible à la session en cours, considère que la Commission souhaite adopter la proposition du représentant de l'Espagne.

19. *Il en est ainsi décidé.*

20. M. MEENA (Inde) émet des réserves au sujet de la disposition du paragraphe 1 de l'article 18 selon laquelle une notification de la cession et des instructions de paiement produisent leurs effets lorsqu'elles sont reçues par le débiteur. Que faudrait-il faire dans le cas où un débiteur évite délibérément de recevoir la notification? Il propose que le texte soit modifié de manière à indiquer que le débiteur est réputé avoir reçu la notification ou l'instruction de paiement.

21. Le PRÉSIDENT, notant qu'il n'y a pas d'autres commentaires, considère que la Commission souhaite adopter l'article 18 tel qu'il est rédigé.

22. *Le projet de l'article 18 est approuvé.*

Article 19

23. M. KOBORI (Japon), faisant référence au paragraphe 2 de l'article 19, attire l'attention sur la nécessité de préciser la mesure dans laquelle un débiteur est tenu de confirmer que le cessionnaire est le vrai cessionnaire. Que se passe-t-il s'il n'y a pas de cession ou si la cession est nulle et non avenue?

24. À propos du paragraphe 7, il dit qu'à son avis le cessionnaire devrait être tenu de fournir une preuve appropriée de toutes cessions antérieures, y compris des cessions multiples.

25. M. DUCAROIR (Observateur de la Fédération bancaire de l'Union européenne) dit que le paragraphe 6, tel qu'il est rédigé actuellement, est de nature à faire échec aux cessions partielles de créances, car le débiteur pourrait ou bien donner suite à la notification ou bien considérer qu'elle n'existe pas et continuer de payer le créancier. En cherchant à protéger le débiteur, le Groupe de travail n'a manifestement pas vu quelles étaient les implications. La référence, au paragraphe 12 du commentaire, au cas de la notification de plusieurs cessions partielles est trompeuse, car l'article 19 mentionne une seule cession partielle. Dans la pratique, lorsqu'une créance d'un très gros montant n'est cédée que pour une fraction, les établissements financiers concernés ont intérêt à ce que la notification de la cession d'une fraction de créance soit traitée sur un strict pied d'égalité avec la cession globale d'une créance.

26. M. STOUFFLET (France) partage le sentiment de l'orateur précédent. Tout en reconnaissant qu'un débiteur a besoin d'être protégé en cas d'incompatibilité entre la notification d'une cession totale et la notification d'une cession partielle, il ne voit pas pourquoi, dans les autres cas, le débiteur ne serait pas obligé de respecter les termes de la notification de la cession partielle qui lui a été faite.

27. M. BRITO DA SILVA CORREIA (Observateur du Portugal) appuie les remarques faites par les deux orateurs précédents.

28. M. MORÁN BOVIO (Espagne) dit que le paragraphe 6 tel qu'il est actuellement rédigé ne lui pose aucun problème. La dernière phrase devrait être interprétée à la lumière de celle qui précède. Si le débiteur paie conformément à la notification dans le cas d'une cession partielle, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé.

29. M. BAZINAS (secrétariat) dit que l'article 19 ne traite pas de l'efficacité d'une cession partielle, qui est couverte par l'article 9. Son objet principal est de fournir aux débiteurs une procédure claire pour s'acquitter de leurs obligations. Dans le cas visé au paragraphe 6, à savoir le cas d'une ou de plusieurs notifications de cessions partielles, il est possible qu'un débiteur tenu de

payer plusieurs cessionnaires différents ait à supporter des frais supplémentaires. Le but principal du paragraphe 6 est de faire en sorte que toutes dépenses supplémentaires encourues pour l'exécution d'une telle obligation puissent être couvertes. À tort ou à raison, le Groupe de travail a adopté le point de vue selon lequel, en cas de cession partielle valable, le débiteur devrait avoir le choix entre payer conformément à la notification ou ne pas tenir compte de celle-ci et payer le cédant, auquel cas les cessionnaires devront récupérer les créances auprès du cédant et courir le risque de l'insolvabilité de ce dernier.

30. S'il a bien compris, le représentant du Japon souhaite que soit incluse au paragraphe 7 une référence aux cessions multiples, mais ce cas est déjà visé au paragraphe 4.

31. En ce qui concerne le paragraphe 2 et la question de savoir si le débiteur doit confirmer que le cessionnaire est le vrai cessionnaire, le Groupe de travail a décidé que la question ne se posait pas assez souvent pour justifier qu'il y soit fait référence dans la Convention. Si une cession est nulle et non avenue, le débiteur n'est évidemment pas libéré de son obligation en payant le cessionnaire.

32. M. KOBORI (Japon) dit que le paragraphe 4 ne couvre pas tous les cas relatifs aux cessions multiples, par exemple ceux dans lesquelles il y a à la fois des cessions subséquentes et des cessions multiples.

33. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) dit qu'à son avis les difficultés que pose le paragraphe 6 à certaines délégations tiennent plus à la forme qu'au fond, et qu'elles pourraient être réglées si l'on supprimait les mots "conformément à la notification ou" dans la première phrase.

34. M. SCHNEIDER (Allemagne), faisant référence au paragraphe 7, dit que sa délégation est préoccupée par l'affaiblissement de la protection du débiteur. Les débiteurs ne seraient pas libérés de leur obligation si, à la suite d'une notification non valable dans une chaîne de cessions, ils payent par inadvertance un non-créancier. Il ne faudrait pas mettre les débiteurs dans une telle situation.

35. Il y a également une lacune, dans le même paragraphe, en ce qui concerne le droit du débiteur de demander au cessionnaire d'apporter la preuve de la cession. Lorsque le paiement d'une créance devient exigible avant que la période raisonnable d'établissement de la preuve ne soit écoulée, il n'apparaît pas clairement qui serait alors responsable de payer l'intérêt. Ce ne devrait pas être au débiteur de supporter ce risque.

36. M. BAZINAS (secrétariat), répondant à la première remarque du représentant de l'Allemagne, dit que le Groupe de travail a décidé que la nullité d'une cession dans une chaîne de cessions n'avait pas à être couverte par le projet de convention, car c'est un point qui ne pose pas de problème dans la pratique.

37. Quant à la deuxième remarque, il rappelle qu'une notification ne déclenche pas nécessairement en elle-même une obligation de paiement et ne modifie pas non plus les conditions de paiement du contrat initial. Le Groupe de travail a examiné une proposition du secrétariat tendant à ce que le paragraphe 7 énonce expressément que l'obligation de paiement serait suspendue si elle devenait exigible pendant la période autorisée pour l'établissement de la preuve. Mais il a décidé de rejeter cette proposition car, dans les pays où il existe un mécanisme permettant aux débiteurs d'effectuer des paiements à un organisme de consignation ou à une institution similaire en attendant l'établissement de la preuve, la question est couverte par les dispositions du paragraphe 8. Toutefois, pour les cas où il n'y a pas de tels mécanismes en vertu du droit national, le Groupe de travail est d'avis que les dispositions du paragraphe 7 libèrent implicitement le débiteur de l'obligation de verser des intérêts pendant la période autorisée pour l'établissement d'une preuve appropriée. Autrement, le paragraphe 7 n'aurait pas de sens. La Commission doit maintenant décider si elle accepte ou non les conclusions du Groupe de travail à cet égard.

38. Le PRÉSIDENT rappelle à la Commission qu'avant de poursuivre le débat sur le paragraphe 7 il faut régler la question soulevée par le représentant de la Fédération bancaire de l'Union européenne concernant le paragraphe 6.

39. M. WHITELEY (Royaume-Uni) dit que la règle de fond, au paragraphe 6, ne devrait pas être modifiée. Elle doit être lue en conjonction avec le paragraphe 2 de l'article 26, de façon que si un cédant reçoit un paiement au titre d'une cession partielle, le cessionnaire soit en mesure de réclamer ce produit. Tout en reconnaissant que cela entraîne certains risques pour le cessionnaire, cette règle constitue à son avis un bon compromis entre les intérêts de toutes les parties concernées.

40. M. MEENA (Inde) dit que la première phrase du paragraphe 6 fait référence à un paiement libératoire total "conformément à la notification", et la deuxième à un paiement libératoire partiel, également "conformément à la notification". Selon lui, on peut se demander si c'est la même notification qui est visée dans les deux phrases, auquel cas il semblerait y avoir une contradiction. S'il s'agit de notifications différentes, cela devrait être indiqué plus clairement.

41. M. DUCAROIR (Observateur de la Fédération bancaire de l'Union européenne) dit qu'il n'est pas vraiment convaincu par les arguments avancés par le secrétariat et appuyés, entre autres, par l'Espagne. Il sait bien que l'efficacité juridique d'une cession n'est pas le sujet de l'article 19, mais celui-ci parle bel et bien de l'efficacité pratique, en termes financiers, qui est au moins aussi importante. En effet, l'article 10 stipule les conditions dans lesquelles le débiteur effectue un paiement libératoire. Toutefois, le paragraphe 2 de l'article 19 ne s'applique pas aux cessions partielles. Tel qu'il est rédigé actuellement, le paragraphe 6 pourrait donc conduire à une situation dans laquelle il pourrait être demandé au cédant d'une créance d'un milliard de dollars des États-Unis, qui cherche à obtenir un crédit de 500 millions de dollars des États-Unis, de céder la totalité de sa créance à titre de sûreté, simplement parce que le prêteur potentiel ne pourrait avoir la certitude d'être payé qu'à ce moment-là, car la banque accordant le prêt saura que si elle adresse notification au débiteur initial de la cession d'une fraction seulement de la créance, ce débiteur pourra ignorer cette notification et continuer de payer le cédant. Sans avoir de certitude, étant donné la menace toujours présente d'insolvabilité, que le cédant sera en mesure de transférer le produit au cessionnaire, le prêteur potentiel serait réticent à conclure un tel accord.

42. M. BAZINAS (secrétariat) dit que la première question est de savoir si une cession partielle est possible dans le cadre le la Convention; la réponse est positive, en vertu de l'article 9. La deuxième question est de savoir si un cessionnaire peut être payé en cas de cession partielle, et l'article 19 dit qu'il peut ne pas l'être s'il donne notification d'une cession partielle, car le débiteur peut alors choisir de payer conformément à la notification, ou bien conformément à d'autres dispositions de l'article, à savoir les paragraphes 2, 3 et 4. Le représentant du Royaume-Uni a attiré l'attention sur la possibilité pour le cessionnaire d'une cession partielle de structurer une opération de manière à obtenir paiement, en faisant en sorte que le paiement soit effectué sur un compte tenu par le cédant au nom du signataire, distinct des autres actifs du cédant. Le cessionnaire peut aussi obtenir paiement en convenant avec le débiteur qu'une cession partielle sera honorée. C'est pourquoi le paragraphe 6 permet au débiteur de

choisir de payer conformément aux autres dispositions de l'article s'il considère que la cession partielle constitue un problème important; les cessionnaires auront alors tendance à structurer l'opération de manière à ne pas avoir à notifier une cession partielle. La vraie question est de savoir si la Commission estime que la solution énoncée au paragraphe 2 de l'article 26 est la meilleure.

43. M. AL-NASSER (Observateur de l'Arabie saoudite) appuie la proposition de l'observateur de l'Irlande en ce qui concerne le paragraphe 6. Il souhaite également qu'il soit précisé sur quelle base un accord pourrait être conclu entre cessionnaire et débiteur pour assurer le paiement.

44. M. BAZINAS (secrétariat), faisant référence au paragraphe 19 du rapport du Groupe de travail (A/CN.9/486), dit que le paragraphe 6 a pour but de protéger le débiteur de façon suffisante mais souple, sans édicter de règles sur ce que le cédant, le débiteur ou le cessionnaire devaient faire et sans créer de responsabilité.

45. M. MACHETTA (Italie) dit qu'il partage les préoccupations exprimées par l'observateur de l'Arabie saoudite et le représentant de la Fédération bancaire de l'Union européenne, et appuie la formulation proposée par l'observateur de l'Irlande. La question de la suspension d'une obligation de paiement n'a pas encore été réglée et, à son avis, pourrait être une source de controverse. Une possibilité pouvait être de limiter la période autorisée pour l'établissement d'une preuve appropriée par le débiteur.

46. M. IKEDA (Japon) est d'accord avec les commentaires faits par le représentant de la France en ce qui concerne les cessions partielles. Quand le débiteur reçoit notification d'une cession partielle, il doit payer conformément à cette notification. La disposition selon laquelle il est obligé de payer même dans des cas où il n'a pas reçu de notification est injuste et quelque peu contradictoire. Il faudrait donc améliorer le texte du paragraphe 6.

La séance est suspendue à 12 h 20; elle est reprise à 12 h 40.

47. Le PRÉSIDENT demande si la Fédération bancaire de l'Union européenne souhaite faire une proposition concernant le paragraphe 6.

48. M. DUCAROIR (Observateur de la Fédération bancaire de l'Union européenne) dit qu'il présentera sa proposition au début de la séance suivante.

49. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner les commentaires du représentant de l'Allemagne concernant le paragraphe 7.

50. M. SCHNEIDER (Allemagne) réitère les préoccupations de sa délégation concernant les dispositions du paragraphe 7. Sa délégation n'est pas d'accord avec l'opinion selon laquelle la nullité d'une cession dans une chaîne de cessions ne se produit pas dans la pratique. Quant à la question de savoir qui paierait l'intérêt, le secrétariat a présenté une bonne proposition. Toutefois, la règle risque d'être mal interprétée et il est nécessaire d'aborder la question dans la mesure où le paiement à un compte de dépôt ou à un tribunal entraînerait des coûts.

51. M. MACHETTA (Italie) dit que sa délégation est d'accord avec les remarques du représentant de l'Allemagne. En droit italien, les paiements par dépôt ne libèrent pas le débiteur de son obligation. Cette situation risque de conduire à un conflit entre les dispositions de la Convention et la législation nationale.

52. M. STOUFFLET (France) dit que, bien que sa délégation partage le souci exprimé par l'Allemagne, il ne voit pas comment le problème pourrait être résolu, puisque la Commission a accepté que la notification soit faite par le cessionnaire. Une solution possible serait que le cédant intervienne nécessairement dans la notification. Cette solution pourrait lever certaines difficultés, mais l'orateur n'est pas sûr que la Commission soit disposée à l'accepter.

53. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le représentant de la France a mis le doigt sur le problème. Lors de son examen du paragraphe 7, le Groupe de travail a reconnu les questions soulevées par le représentant de l'Allemagne, mais a décidé de ne pas les traiter. L'introduction d'une nouvelle disposition indiquant que seul le cédant pourrait donner notification modifierait radicalement le texte sur lequel il a fallu cinq années pour s'entendre. Le Groupe de travail a décidé que le cessionnaire devrait adresser notification au débiteur indépendamment du cédant car, lorsqu'une notification est requise, la relation entre le cédant et le cessionnaire est rarement assez bonne pour que tous deux coopèrent, en particulier dans les cas d'insolvabilité.

54. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) dit que la question soulevée par le représentant de l'Allemagne a été débattue par le Groupe de travail à trois occasions déjà. Le Groupe de travail a proposé un texte qui cherche à établir un équilibre entre les parties. Toute tentative tardive de modifier le texte du paragraphe 7 romprait l'équilibre de ce dernier, mais peut-être aussi d'autres paragraphes.

55. M. BRINK [Observateur de la Fédération européenne des associations des sociétés d'affacturage (Europafactoring)] dit qu'il ne voit pas l'intérêt pratique de la première question soulevée par le représentant de l'Allemagne. Aux fins d'une notification, le cessionnaire doit avoir certaines informations concernant la créance, car il a fallu décrire celle-ci dans la notification. Il serait étrange d'attendre d'un tiers qu'il adresse notification à un débiteur demandant paiement sans que ce tiers ait la moindre information sur la créance.

56. La deuxième question, concernant la suspension du paiement et la question de savoir qui serait responsable des dépenses et des intérêts, pourrait être abordée dans le commentaire de manière à indiquer clairement que, pendant la période nécessaire pour établir la preuve et vérifier celle qui lui est présentée par le cessionnaire, le débiteur aurait le droit de retenir le paiement pendant une durée raisonnable.

57. Le PRÉSIDENT dit que les questions soulevées par le représentant de l'Allemagne ont été suffisamment débattues et réglées à la satisfaction de tous.

58. M. AL-NASSER (Observateur de l'Arabie saoudite) dit que, lors de l'examen du paragraphe 6, le secrétariat a fourni des informations sur la période pendant laquelle le débiteur vérifierait la preuve du paiement. Dans son explication, il a fait référence à la personne qui aurait à supporter les coûts. Il serait injuste d'attendre du débiteur qu'il paie des intérêts pendant cette période, car il n'aurait aucun moyen de savoir combien de temps il faudrait pour établir la preuve.

59. Le PRÉSIDENT dit que la Commission a pris note de la préoccupation exprimée par le représentant de l'Arabie saoudite et examinera la proposition de la Fédération bancaire de l'Union européenne concernant le libellé du paragraphe 6 à sa prochaine séance. S'il n'y a pas d'autres commentaires sur l'article 19, la Commission peut commencer à examiner l'article 20.

Article 20

60. M. BAZINAS (secrétariat) dit que l'article 20 traite des exceptions et droits à compensation du débiteur. L'objet du pa-

ragraphe 1 est de faire en sorte que le débiteur ait toutes les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait opposer au cédant même après notification, mais seulement dans les cas où ces droits découlent du contrat initial ou d'un contrat connexe.

61. Le paragraphe 2 prévoit que le débiteur peut opposer au cessionnaire des droits à compensation découlant de contrats non connexes à condition qu'il ait pu invoquer ces droits au moment où il a reçu notification de la cession. Après la notification, le débiteur ne peut révoquer de droits à compensation découlant de contrats non connexes, pour le motif que le cessionnaire ne devrait pas être tenu responsable des droits à compensation que le débiteur a pu accumuler sur la base d'opérations avec le cédant.

62. Le paragraphe 3 dispose que le débiteur ne peut invoquer contre le cessionnaire, à titre d'exception ou de compensation, la violation par le cédant d'une convention limitant le droit de ce dernier de céder ses créances, car cela irait à l'encontre de l'article 11. À la session précédente, le Groupe de travail a examiné la question de savoir si le contenu de l'article 30 pourrait être inclus dans l'article 20. Cette inclusion signifierait que, pour les questions non couvertes par l'article 20, la loi applicable serait la loi régissant la créance ou la loi régissant le contrat initial. Le Groupe de travail a reçu cette proposition à un stade tardif de ses travaux et a souligné que l'inclusion de l'article 30 dans l'article 20 pourrait être une source de préoccupation pour les pays souhaitant exclure intégralement l'application du chapitre V. En outre, si l'article 30 était inclus dans l'article 20, il serait nécessaire d'incorporer les exceptions d'ordre public et les exceptions à la loi impérative, comme cela a été fait aux articles 24 et 25. Les commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales sur cette question sont contenus dans les documents A/CN.9/490 et Add.1 à 4.

63. M. STOUFFLET (France) dit que sa délégation est en mesure d'accepter l'article 20 tel qu'il est rédigé, mais s'opposera à ce que le contenu de l'article 30 y soit inclus.

64. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) dit qu'il devrait y avoir une référence, au paragraphe 3, à l'article 12 ainsi qu'à l'article 11.

La séance est levée à 13 h 20.

Compte rendu analytique de la 712e séance

Lundi 25 juin 2001, à 14 h 30

[A/CN.9/SR.712]

Président: M. Pérez-Nieto CASTRO (Mexique)

La séance est ouverte à 14 h 50.

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL *(suite)* (A/CN.9/486, A/CN.9/489 et Add.1, A/CN.9/490 et Add.1 à 4, et A/CN.9/491 et Add.1)

Article 19 (suite)

1. M. DUCAROIR (Observateur de la Fédération bancaire de l'Union européenne) dit n'avoir pas pu concilier ses vues avec celles des représentants de l'Irlande et du Royaume-Uni et considère toujours qu'il faudrait complètement supprimer le paragraphe 6 de l'article 19.

2. M. MEENA (Inde) propose, pour lever toute ambiguïté, de modifier la dernière phrase du paragraphe 6 comme suit: "S'il ne paie pas conformément à la notification ...".

3. Le PRÉSIDENT propose, ces deux propositions ne semblant recevoir aucun soutien, que la Commission en prenne simplement note et considère l'article 19 comme approuvé.

4. *Le projet d'article 19 est approuvé.*

Article 20 (suite)

5. M. SALINGER (Observateur de Factors Chain International) dit, en ce qui concerne la relation entre les articles 20 et 24, que l'objet de la Convention étant d'encourager le financement des créances au niveau international à un prix raisonnable et équitable, ceux qui apportent ce financement doivent avoir une certitude et une assurance raisonnable. La question de la compensation et des droits à compensation du débiteur revêt donc pour eux une grande importance. Aux termes de l'article 20 tel qu'actuellement libellé, 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, et qu'il ait été expliqué que tel est le droit qui peut être invoqué en vertu de la législation nationale. Il faudrait cependant préciser quelle législation nationale s'applique. Bien qu'il ait été affirmé qu'une règle de conflit de lois est contraire aux principes normaux du droit international privé et que son inclusion risquerait de limiter le nombre d'États souhaitant ratifier la Convention, cela n'aurait pas beaucoup de sens de disposer d'un instrument largement ratifié qui n'atteindrait pas son objectif en offrant une certitude.

6. L'orateur propose en conséquence qu'il devrait être disposé que les droits du débiteur sont ceux que l'on peut invoquer en vertu de la loi du contrat initial ou, si ce n'est pas possible, que les États ne peuvent exclure l'application de l'article 24.

7. Le PRÉSIDENT, notant l'absence de commentaires, suppose que la Commission a pris note de la proposition de l'observateur de Factors Chain International.

8. Il sollicite des commentaires sur la proposition des États-Unis selon laquelle le paragraphe 3 de l'article 20 devrait contenir une référence à l'article 12.

9. M. BAZINAS (secrétariat) dit qu'une telle référence semble nécessaire, car l'article 11 inclut une règle validant la cession d'une créance malgré une clause de non-cession, et l'article 12 contient une règle validant la cession d'une sûreté garantissant une créance malgré une clause de non-cession. Il pourra être confié au groupe de rédaction le soin de modifier en conséquence le paragraphe 3.

10. M. WHITELEY (Royaume-Uni) dit que la formulation du paragraphe 3 renvoie à des exceptions et droits à compensation qui pourraient être invoqués lorsque la cession a lieu en dépit de la clause contractuelle qui l'interdit. Étant donné que l'article 11 a été reformulé, il pourra survenir des situations dans lesquelles une clause de violation de convention produira des effets; peut-être le paragraphe 3 devrait-il couvrir également cette situation.

11. M. MORÁN BOVIO (Espagne) dit que la proposition du Royaume-Uni devrait être renvoyée au groupe de rédaction, de même que la référence à l'article 12 proposée par les États-Unis.

12. M. DESCHAMPS (Canada) dit qu'en vertu du paragraphe 2 de l'article 20 le débiteur peut opposer tout droit à compensation qu'il aurait pu invoquer au moment où il a reçu notification de la cession. Le paragraphe 6 de l'article 19, qui va apparemment être conservé, autorise le débiteur à continuer de payer le cédant après avoir reçu notification d'une cession partielle. Logiquement, il devrait également pouvoir continuer d'opposer un droit à compensation même si ce droit naît après la notification. Le paragraphe 6 de l'article 19 et le paragraphe 2 de l'article 20 sont par conséquent incohérents et devraient être alignés. On pourrait, à défaut, supprimer le paragraphe 6 de l'article 19.

13. Le PRÉSIDENT demande si les propositions du Royaume-Uni et du Canada, qui semblent être d'ordre purement rédactionnel, pourraient être examinées par le groupe de rédaction.

14. M. DESCHAMPS (Canada) dit que la question qu'il a soulevée n'est pas d'ordre purement rédactionnel. Il doit exister une cohérence sur le fond. La compensation est une façon d'effectuer un paiement, et le paragraphe 6 de l'article 19 permet au débiteur, en cas de cession partielle, de payer le cédant après en avoir reçu notification. Le paragraphe 2 de l'article 20, cependant, prévoit un gel des droits à compensation. Les deux paragraphes sont par conséquent incohérents, la compensation étant par définition une façon d'effectuer un paiement. Est-il entendu que, d'une part, le débiteur du compte est autorisé à continuer de payer le cédant après avoir reçu notification d'une cession partielle et, d'autre part, que le débiteur du compte, dans la même situation, n'a pas droit à compensation?

15. M. SALINGER (Observateur de Factors Chain International) dit que du point de vue pratique il n'est pas nécessaire qu'il existe une compatibilité entre le paragraphe 6 de l'article 19 et le paragraphe 2 de l'article 20. Il existe de nombreux cas où une notification est adressée au débiteur uniquement pour intervenir dans ses droits à compensation et où le paiement continue de s'effectuer au cédant. Cela se produit dans certains mécanismes d'escompte. La raison pour laquelle on donne au débiteur la possibilité de payer indépendamment de la notification de la cession est d'éviter que cela n'entraîne des coûts additionnels. Le paragraphe 2 de l'article 20 n'a rien à voir avec des coûts additionnels mais est simplement une garantie pour le cessionnaire, qui devrait être incluse même en cas de cession partielle. En pareil cas, le débiteur pourra invoquer son droit à compensation sur la partie non cédée de la dette. Si on l'autorise à continuer d'invoquer un droit à compensation après la notification, il pourra gravement porter atteinte à la garantie du cessionnaire.

16. M. DESCHAMPS (Canada) dit que le problème réside dans le fait que le texte actuel n'indique pas clairement les effets que produira la notification d'une cession partielle sur le droit à compensation que le débiteur pourrait opposer au cédant et qui pourrait naître après la notification. Il s'agit là d'une question d'interprétation. Selon lui, les tribunaux interpréteront probablement le paragraphe 6 de l'article 19 comme une exception implicite au paragraphe 2 de l'article 20.

17. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) dit avoir du mal à comprendre la question soulevée par le représentant du Canada, car il pensait que les articles 19 et 20 traitaient de deux sujets complètement distincts. Il se demande s'il serait possible de développer la proposition selon laquelle les tribunaux pourraient interpréter le paragraphe 6 de l'article 19 comme une exception implicite au paragraphe 2 de l'article 20.

18. M. BAZINAS (secrétariat) appelle l'attention sur le paragraphe 19 du rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-troisième session (A/CN.9/486), qui se réfère à la discussion du Groupe de travail quant au fait de savoir si l'efficacité de la notification d'une cession partielle devrait être traitée différemment selon la fin. Il a été estimé qu'elle devrait être traitée de la même façon. Cependant, le rapport a poursuivi, "on a aussi fait valoir que la proposition avancée perturberait involontairement des pratiques utiles. Par ailleurs, les projets d'articles 9 et 18 validaient respectivement les cessions partielles et les notifications de cessions partielles et le projet d'article 17 ne prévoyait rien qui invalide ces cessions ou notifications. Compte tenu de ces considérations, le Groupe de travail a décidé qu'il fallait traiter uniquement la question du paiement libératoire du débiteur en cas de cession partielle et que le projet d'article 19, qui portait sur le paiement libératoire du débiteur, était l'endroit pour ce faire."

19. Il appartient maintenant à la Commission de décider de confirmer la décision du Groupe de travail ou de la modifier compte tenu de la question soulevée par le représentant du Canada.

20. M. STOUFFLET (France) dit considérer lui aussi que les deux articles traitent de deux situations différentes et ne devraient pas être liés. Les textes devraient demeurer inchangés, mais le commentaire devrait rendre compte de l'avis du Groupe de travail.

21. Le PRÉSIDENT dit que, de l'avis général, il semble que les deux textes traitent de deux questions différentes et que les commentaires du secrétariat aient répondu à la question soulevée par le représentant du Canada.

22. M. BAZINAS (secrétariat) appelle l'attention sur une modification proposée au paragraphe 41 de la note du secrétariat (A/CN.9/491). Dans certains États, si la cession produit effet, le débiteur peut perdre tout droit à compensation. Comme l'article 20 n'accorde pas au débiteur de droit à compensation si, en vertu de la loi applicable en dehors du projet de convention, celui-ci ne jouit pas d'un tel droit, il risque de n'avoir aucun droit à compensation dans ces États. Pour éviter cela, on pourrait ajouter à la fin de l'article 20-1 le membre de phrase "comme si la cession n'avait jamais eu lieu". Cette proposition est maintenant soumise à la Commission.

23. M. MORÁN BOVIO (Espagne) se dit favorable à cet ajout.

24. Le PRÉSIDENT dit considérer que la Commission souhaite accepter l'ajout proposé par le secrétariat.

25. *Il en est ainsi décidé.*

26. *Le projet d'article 20, tel qu'amendé, est approuvé.*

Articles 21, 22 et 23

27. *Les projets d'articles 21, 22 et 23 sont approuvés.*

Article 24

28. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le projet d'article 24 relatif à la loi applicable aux droits concurrents a souvent été qualifié de clé de la Convention parce qu'il traite des problèmes de priorité dans le cas de créances concurrentes. L'alinéa *a* du paragraphe 1 dispose que, par rapport au droit d'un réclamant concurrent, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la nature et la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée, et la nature et la priorité du droit du cessionnaire sur un produit qui est une créance dont la cession est régie par la Convention. L'alinéa *b* traite de la priorité par rapport à certains produits de créances tels que des effets de commerce, des valeurs mobilières et des dépôts bancaires. L'alinéa *c* traite de la nature du droit d'un réclamant concurrent sur le produit visé.

29. Le Groupe de travail n'a pu s'entendre sur le texte des alinéas *b* et *c* et a décidé de les conserver entre crochets. À l'éventuelle exception de la loi applicable à la priorité dans le cas de valeurs mobilières, aucune solution uniforme n'a été trouvée. En ce qui concerne les dépôts bancaires, il a été présenté au Groupe de travail des arguments en faveur du lieu de situation du compte et du lieu de situation du cédant. Dans le cas de la priorité par rapport à des valeurs mobilières, il semble se dégager un consensus en faveur du lieu de situation du compte (l'approche dite PRIMA). Suite à la réunion du Groupe de travail, des membres ont examiné la question avec des experts de la Conférence de La Haye de droit international privé travaillant sur la loi applicable aux actes de disposition de titres détenus par un intermédiaire. Il est rendu compte de ces discussions aux paragraphes 3 à 19 du document A/CN.9/491. Cependant, un problème de coordination se pose: si la Convention devait inclure une règle, celle-ci devrait être compatible avec le texte finalement adopté par la Conférence de La Haye. Une possibilité serait de faire de l'article 24 un texte général. Celui-ci, cependant, risquerait de n'être pas interprété à la lumière du texte de la Conférence de La Haye, ce qui aboutirait à deux résultats différents. Il a par conséquent été proposé, dans le document A/CN.9/491, de supprimer les alinéas *b* et *c* du paragraphe 1, l'article 26 restant le principal texte traitant des produits. Le secrétariat a également proposé, à des fins de clarté, d'inclure le contenu du paragraphe 2 dans la définition de la priorité à l'article 5.

30. D'autres questions soulevées au sein du Groupe de travail, dont la définition de la priorité par rapport aux produits, sont exposées dans le document A/CN.9/491.

31. Le texte de la Convention serait sans aucun doute amélioré si la Commission pouvait s'entendre sur ce que seraient les lois applicables à la priorité par rapport aux produits que sont les valeurs mobilières ou les dépôts bancaires; cela risque cependant d'être impossible en raison de difficultés de fond et de coordination.

32. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) dit que, bien que sa délégation ait été très désireuse de voir figurer à l'article 24 une large règle sur les produits traitant des effets de commerce, des dépôts bancaires et des valeurs mobilières, il convient maintenant à contrecœur que la meilleure façon de procéder serait de supprimer les alinéas *b* et *c* du paragraphe 1 à la fois pour les raisons invoquées par le secrétariat et parce qu'il souhaite voir la Convention achevée le plus rapidement possible.

33. M. MORÁN BOVIO (Espagne) est également favorable à une suppression des alinéas *b* et *c* du paragraphe 1. Les autres propositions du secrétariat concernant la reformulation du projet d'article 24 sont également utiles.

34. M. KOBORI (Japon) approuve également la proposition du secrétariat mais considère que la nature du droit d'un cessionnaire ne devrait pas être évoquée à l'article 24, car elle ne devrait pas être régie par la loi de l'État dans lequel le cédant est situé. Il propose par conséquent de modifier le texte révisé de l'alinéa *g* de l'article 5 proposé au paragraphe 18 du document A/CN.9/491 de la manière suivante: "Le terme "priorité" désigne la préférence donnée au droit d'une personne sur le droit d'un réclamant concurrent", en supprimant le reste du texte proposé.

35. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le secrétariat n'insistera certainement pas sur sa proposition visant à incorporer le paragraphe 2 de l'article 24 à la définition des priorités. Il ne s'agit que d'une proposition d'ordre rédactionnel visant à simplifier le libellé de l'article 24. Le secrétariat souhaite néanmoins veiller à ce que la nature des droits du cessionnaire, dans le cas d'un conflit de priorités, soit soumise à la loi du lieu de situation du cédant. L'orateur croit savoir, cependant, que cette approche suscite une objection.

36. À la demande du Président, il clarifie les propositions faites par le secrétariat dans le document A/CN.9/491, qui visent à supprimer les alinéas *b* et *c* du paragraphe 1 de l'article 24, en conséquence de quoi le paragraphe 1 *a* ii pourra également devoir être supprimé. L'article 24 se lirait alors simplement comme suit: "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 régit la priorité du droit d'un cessionnaire sur la créance cédée par rapport au droit d'un réclamant concurrent."

37. En outre, le secrétariat souhaite maintenant proposer de modifier sa proposition rédactionnelle énoncée au paragraphe 18 du document A/CN.9/491, qui visait à inclure le paragraphe 2 de l'article 24 dans la définition de la priorité à l'alinéa *g* de l'article 5, en supprimant le membre de phrase "et si des mesures doivent être prises pour qu'un droit produise ses effets à l'égard d'un réclamant concurrent". Ces mots avaient pour objet de traiter la question de la forme opposable aux tiers, question que la Commission pourra aborder dans le cadre d'une discussion consacrée à la forme.

38. M. STOUFFLET (France) estime qu'il vaudrait la peine de conserver le paragraphe *b* de l'article 24 dans le libellé proposé par le secrétariat au paragraphe 19 du document A/CN.9/491, à savoir: "La priorité du droit du cessionnaire sur le produit qui est une créance dont la cession est régie par la présente Convention par rapport au droit d'un réclamant concurrent", même s'il était décidé de supprimer les alinéas *b* et *c* du paragraphe 1 du projet d'article 24 actuel, car il est utile de disposer d'une règle de conflit de lois applicable à quelque produit que ce soit.

39. M. WHITELEY (Royaume-Uni) est également de cet avis. Il note également que le paragraphe 2 *a* de l'article 24 dispose que le lieu de situation du cédant déterminera si un droit est personnel ou réel. Selon la délégation du Royaume-Uni, le lieu de situation du cédant pourra déterminer si le cédant a transféré un droit, mais pas si le cédant jouissait en fait d'un droit personnel ou réel. Dans le texte original anglais, le mot "*is*" a une acception un peu trop large. L'orateur soutient, en conséquence, la proposition faite à cet égard par le représentant du Japon.

40. M. BAZINAS (secrétariat) dit que l'objection ne porte pas sur le déplacement du contenu du paragraphe 2 vers la définition de la priorité, mais sur le fond du paragraphe 2 *a* tel qu'il est libellé.

41. Mme WALSH (Canada) soutient le texte proposé par le secrétariat au paragraphe 19 du document A/CN.9/491 et approuve la proposition faite par le secrétariat de supprimer le paragraphe *b*, car une fois les alinéas *b* et *c* du paragraphe 1 suppri-

més de l'article 24, conserver le paragraphe *b* compliquerait probablement la situation sans ajouter grand chose.

42. Elle est également favorable à une suppression de la référence à la loi régissant la "nature" du droit d'un cessionnaire au paragraphe 1 *a* ii de l'article 24. Selon elle, le texte actuel, qui évoque le choix de la loi pour "la nature et la priorité du droit", soulève deux questions distinctes de choix de la loi. La délégation du Canada est toujours partie du principe que la définition de la nature d'un droit au paragraphe 2 actuel ne s'applique que lorsque la nature du droit est incluse dans l'analyse des priorités et que le tribunal devra déterminer si le droit d'un cessionnaire est prioritaire. Pour ce faire, il devra déterminer si ce droit est personnel ou réel. La délégation du Canada soutient par conséquent la suppression du mot "nature". Il devra également être précisé que la nature n'intervient que comme élément de l'analyse des priorités et non à quelque autre fin indépendante.

43. M. BAZINAS (secrétariat), répondant à une demande de clarification du PRÉSIDENT, dit que, grâce à la souplesse des délégations, particulièrement celle des États-Unis, la Commission a accompli d'importants progrès pour ce qui est de s'entendre sur l'article 24. Les questions restantes, y compris la décision sur le fait de savoir s'il faudrait inclure à l'alinéa *b* du paragraphe 1 la disposition concernant la nature et la priorité du droit du cessionnaire sur un produit qui est une créance, sont secondaires. Deux délégations ont soutenu l'inclusion de cette disposition, affirmant qu'elle serait utile parce que le produit pourra être une créance régie par la Convention. Selon l'avis initial du Secrétariat, les produits les plus problématiques étaient les dépôts bancaires, les valeurs mobilières et les effets de commerce. En l'absence de la règle de l'alinéa *b* du paragraphe 1, seule subsisterait la règle de l'article 26.

44. La représentante du Canada n'a vu aucun intérêt à conserver le paragraphe 1 *a* ii. La question de la priorité sur un produit qui est une créance dont la cession est régie par la Convention pourrait relever de l'article 26; une décision à ce propos pourra être prise lorsque la Commission examinera cet article.

45. Le secrétariat a examiné sa suggestion visant à faire du paragraphe 2 une proposition rédactionnelle sur laquelle il n'insistera pas. Il s'agit, de toute façon, d'une question distincte. La représentante du Canada a soutenu que la nature du droit d'un cessionnaire dans un conflit de priorités devrait être soumise à la loi du lieu de situation du cédant. Cela est énoncé au paragraphe 2 de l'article 24 tel qu'il est actuellement rédigé et est également pris en compte dans la proposition faite par le secrétariat d'inclure le paragraphe 2 dans la définition de la priorité. En ce sens, le fond ne sera pas modifié; cependant, deux délégations au moins se sont opposées au fond du paragraphe 2 *a* de l'article 24 tel qu'il est actuellement rédigé; c'est là une question que la Commission pourra souhaiter trancher.

46. M. MORÁN BOVIO (Espagne) approuve certains des arguments avancés par le secrétariat. Il serait préférable d'incorporer la règle relative au produit dans l'article 26. Il semble également approprié de transférer le paragraphe 2 de l'article 24 vers la définition de la priorité. Le libellé proposé au paragraphe 19 du document A/CN.9/491 pourrait, de l'avis de la délégation espagnole, être conservé mais placé à l'article 26. M. Morán Bovio, cependant, n'est pas certain que ce soit indispensable et souhaiterait connaître, à cet égard, l'avis des autres délégations.

La séance est suspendue à 16 h 20; elle est reprise à 16 h 40.

47. M. WHITELEY (Royaume-Uni) dit que sa délégation considère que le texte du projet d'article 24 *b*, tel que proposé au paragraphe 19 du document A/CN.9/491, devrait figurer quelque part dans la Convention.

48. Le PRÉSIDENT sollicite des commentaires concernant la proposition du secrétariat visant à transférer à l'article 5 et à reformuler le paragraphe 2 de l'article 24.

49. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) soutient la proposition du secrétariat. Celle-ci répondrait largement aux préoccupations de la délégation canadienne, car il apparaîtrait alors clairement que les questions relevant actuellement de la "nature" ne seraient examinées qu'afin de déterminer la priorité par rapport à un réclamant concurrent. L'alinéa *g* de l'article 5 devrait être modifié comme proposé au paragraphe 18 du document A/CN.9/491. Le paragraphe 2 de l'article 24 pourrait alors être supprimé.

50. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) demande des éclaircissements. Il se souvient que, selon un avis, il ne devait pas incomber à la loi du lieu de situation du cédant de déterminer la nature du droit d'un cessionnaire, et il se demande si le paragraphe 2 de l'article 24, qui ne semble pas être une définition, aurait sa place à l'article 5.

51. M. BAZINAS (secrétariat) confirme qu'il est proposé que le texte de l'article 24 soit le texte du paragraphe 19 du document A/CN.9/491, l'alinéa *b* de ce texte devant être considéré dans le contexte de l'article 26.

52. Reste la question du paragraphe 2 de l'article 24, pour laquelle deux points doivent être précisés. L'emplacement est une question de rédaction, mais la Commission doit d'abord décider si elle confirme la règle du paragraphe 2 telle qu'actuellement rédigée ou si, conformément à la proposition du représentant du Japon, elle supprime ce paragraphe parce que la question de savoir si le droit est personnel ou réel ou s'il a été créé à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation n'a rien à voir avec la priorité.

53. M. Bazinas rappelle les raisons de l'inclusion du paragraphe 2 de l'article 24 et de toutes les références à la nature d'un droit qui y figurent. Si la règle de priorité en vertu de laquelle une personne doit être payée la première est appliquée dans un État où cette priorité n'est pas connue, cette priorité risque de ne rien valoir, puisque la question de la jouissance d'un droit réel n'aura pas été traitée dans cet État. Si, en vertu de cette loi, un cessionnaire jouit d'un droit personnel, le cessionnaire prioritaire risque, en cas d'insolvabilité, de se retrouver sans rien. C'est la raison pour laquelle le Groupe de travail a jugé nécessaire de renforcer la teneur de la priorité. Il n'a pas pu s'entendre sur la question de savoir si le droit du cessionnaire est un droit réel ou personnel, mais il a convenu que ce droit devrait être régi par la loi de l'État du cédant.

54. À la dernière session du Groupe de travail, le groupe de rédaction a consacré beaucoup de temps à tenter de résoudre la question soulevée par la représentante du Canada. Il est nécessaire, lorsqu'il est essentiel de déterminer la priorité, de limiter la question de savoir si le droit est un droit personnel ou réel au contexte d'un conflit de priorités. C'est pourquoi, au paragraphe 1 *a* i de l'article 24, la question de la nature est abordée uniquement par rapport au droit d'un réclamant concurrent.

55. Il reste à la Commission à déterminer si elle confirme que l'article 24 a raison de soumettre à la fois la priorité et la nature d'un droit, dans un conflit de priorités, à la loi du lieu de situation du cédant. Si cette décision du Groupe de travail est confirmée par la Commission, celle-ci pourra alors examiner la question rédactionnelle soulevée par le secrétariat quant à l'emplacement de cette règle. Le secrétariat estime qu'il s'agit là d'une question secondaire, mais l'article 24 se lirait mieux si la proposition était adoptée, et la question soulevée par la représentante du Canada se comprendrait mieux si cette nature juridique du droit était incluse dans la définition de la priorité. En outre,

une approche similaire a été adoptée dans le texte de la Conférence de La Haye.

56. Mme WALSH (Canada) dit que si elle soutient la simplification de l'article 24, elle ne pense pas que l'article 5 soit nécessairement le meilleur endroit pour le formuler.

57. La Commission a décidé que la question de la nature d'un droit, lorsqu'elle intéresse la détermination de la priorité, devrait également être régie par la loi du lieu de situation du cédant. La délégation canadienne préfère voir l'idée exprimée de cette façon plutôt qu'indirectement par l'intermédiaire de la définition de la priorité et elle propose une approche analogue à celle du texte de la Conférence de La Haye, qui dispose que la loi régissant la priorité s'étend à la nature et à la portée du droit lorsqu'ils intéressent la détermination de la priorité, avec une liste des questions en jeu.

58. Le PRÉSIDENT propose que les délégations des États-Unis, du Canada, du Royaume-Uni et de l'Australie ainsi que toute autre délégation intéressée se réunissent pour produire un texte.

59. M. BAZINAS (secrétariat) dit que si la Commission ne souhaite pas adopter la proposition du secrétariat, l'autre solution serait d'omettre le paragraphe 2 et d'inclure dans l'article 24 un texte libellé comme suit: "Par rapport au droit d'un réclamant concurrent, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant détermine si ce droit est un droit personnel ou réel, qu'il ait ou non été créé à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation, et la priorité du droit du cessionnaire sur un produit", avec une énumération des questions distinctes, comme dans le texte de la Conférence de La Haye.

60. Mme WALSH (Canada) dit que la proposition de sa délégation différait quelque peu du résumé qui en a été donné par le secrétariat. Sa délégation souhaite ne pas traiter la loi régissant la nature du droit comme une question distincte. Ces questions ne sont pertinentes que dans le contexte d'un conflit de priorités, et la proposition selon laquelle elles devraient toutes être énumérées distinctement ne répondra pas au souhait de sa délégation. Si personne ne souhaite tenter de trouver une formulation plus claire, sa délégation préférera la version proposée au paragraphe 18 du document A/CN.9/491 à la proposition la plus récente avancée par le secrétariat.

61. M. BAZINAS (secrétariat) souligne que le paragraphe 1 *a* et le paragraphe 2 de l'article 24 ne figurent pas entre crochets. Le Groupe de travail a tenu compte des souhaits du Canada et a convenu de ces textes. L'alinéa *a* et le paragraphe 2 de l'article 24 ont été adoptés par le Groupe de travail, avec le soutien du Canada. Le texte est donc figé quant au fond. Il semble maintenant, cependant, que le fond des paragraphes 1 *a* et 2 de l'article 24 ne soit pas acceptable.

62. M. MORÁN BOVIO (Espagne) propose que le groupe de rédaction adopte en forme finale le texte du secrétariat tel que proposé au paragraphe 18 du document A/CN.9/491 avec toute proposition de modification rédactionnelle, ainsi qu'une référence au projet d'article 5.

63. M. WHITELEY (Royaume-Uni) dit qu'il a été suggéré que le point de vue de sa délégation différait de celui de la délégation canadienne, alors que ce n'est pas le cas. Il partage également l'avis du représentant de l'Espagne selon lequel la question est principalement d'ordre rédactionnel et selon lequel la Commission s'est entendue sur le point de fond.

64. Il note que même si le paragraphe 2 de l'article 24 ne figure pas entre crochets, il a été adopté assez rapidement le dernier jour de la session de la Commission et mériterait par conséquent d'être réexaminé, compte tenu des commentaires de la représentante du Canada. À défaut, le groupe de rédaction pourrait examiner le texte du paragraphe 18 du document A/CN.9/491 et, au besoin, le reformuler afin que la Commission l'examine à sa prochaine réunion.

65. M. FRANKEN (Allemagne) dit que la solution avancée par la Commission en ce qui concerne la définition du lieu de situation n'est pas très satisfaisante. Dans de nombreux pays, les banques opèrent par l'intermédiaire d'agences qui ne sont pas indépendantes; la définition du lieu de situation, qui renvoie à l'administration centrale, sera alors insuffisante. Si un cédant utilise le produit d'une créance pour acheter des actions qui ont été placées sur un compte d'une agence d'une banque américaine puis gagées auprès de cette banque pour obtenir un prêt, la loi des États-Unis s'appliquera même si l'agence est située en Allemagne. En vertu de la loi des États-Unis, le cessionnaire aura un droit réel sur le produit découlant du paiement, tandis qu'une banque allemande traitant le même cas n'accordera au cessionnaire aucun droit sur le produit. Bien qu'il n'entende pas faire de proposition à ce stade, l'orateur souhaite savoir si la définition du lieu de situation est figée ou si elle sera réexaminée.

66. M. MORÁN BOVIO (Espagne), s'exprimant sur le point soulevé par le représentant de l'Allemagne, dit que la Commission ne devrait pas réexaminer des questions qui ont été réglées par le Groupe de travail à la dernière session. La Commission ne devrait pas, en l'absence de proposition de substitution convaincante, réexaminer la question du lieu de situation.

67. Le PRÉSIDENT dit ne pas considérer que le point soulevé par le représentant de l'Allemagne puisse être examiné au stade actuel.

68. M. BAZINAS (secrétariat) dit que la Commission doit déterminer si les modifications proposées sont d'ordre rédactionnel ou ont trait au fond, car le groupe de rédaction a simplement pour tâche d'apporter des modifications rédactionnelles limitées et d'ajuster le texte dans les autres langues, et non de tout reprendre à zéro. En conséquence, le secrétariat sera disposé à retirer sa proposition concernant l'article 24 et à conserver le texte des paragraphes 1 *a* i et ii.

69. Le PRÉSIDENT dit que le groupe de rédaction se réunira cet après-midi pour préparer une proposition de formulation et de transfert du paragraphe. Les critères ont été fixés et la Commission ne se repenchera sur les questions de fond que s'il en est ainsi décidé.

70. M. STOUFFLET (France) dit que le point soulevé par le représentant de l'Allemagne n'est pas secondaire, et que le Groupe de travail devrait réexaminer la question ultérieurement.

71. M. DESCHAMPS (Canada) souligne que le problème soulevé par le représentant de l'Allemagne ne se posera pas, car la Commission a décidé de supprimer la disposition en vertu de laquelle la loi de l'État du cédant régit la priorité des droits sur les produits.

72. La délégation canadienne ne s'oppose pas au fond du texte proposé par le secrétariat au paragraphe 18 du document A/CN.9/491, mais estime simplement que les questions que le secrétariat propose d'ajouter à la définition de la priorité ne devraient être régies par la loi du cédant que dans la mesure où elles intéressent la définition de la priorité. Si cela devait entraîner un débat trop long, la délégation canadienne préférerait nettement accepter la proposition du secrétariat plutôt que conserver le paragraphe 2 de l'article 24.

73. Mme MCMILLAN (Royaume-Uni) dit que sa délégation préférerait ne pas débattre du lieu de situation au stade actuel.

Elle croit comprendre que la Commission souhaite supprimer le paragraphe 2 de l'article 24 et accepter la proposition du secrétariat figurant au paragraphe 18 du document A/CN.9/491 comme base d'une définition de la priorité. Elle croit aussi comprendre que la Commission souhaite supprimer le mot "nature" lorsqu'elle reproduira la forme courte de l'article 24, qui comprendra simplement le texte figurant actuellement au paragraphe 1 *a* i de cet article.

74. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) dit partager le point de vue du Royaume-Uni concernant ce qui a été décidé vis-à-vis de l'article 24. En ce qui concerne la question du lieu de situation, cependant, il partage l'avis du représentant de l'Espagne: cette question a été réglée à la dernière session de la Commission et ne devrait plus être réexaminée.

75. M. DUCAROIR (Observateur de la Fédération bancaire de l'Union européenne) dit ne pas pouvoir partager l'avis des représentants de l'Espagne et de l'Irlande. Le lieu de situation est un point très important qui ne concerne pas seulement le produit, mais a une portée plus générale. Ce point intéresse les banques à la fois centrales et commerciales. La présente réunion n'est peut-être pas le bon moment, mais l'orateur espère vivement que l'on pourra réexaminer cette question importante avant la fin de la session.

76. Le PRÉSIDENT dit qu'à sa prochaine réunion la Commission continuera d'examiner le texte de la Convention jusqu'à l'article 47, avant de revenir sur tout point laissé en suspens.

77. En l'absence d'objections, il considérera qu'il faudrait supprimer les paragraphes 1 *a* ii, *b* et *c*, envisager d'incorporer le paragraphe 1 *a* ii au projet d'article 26 et incorporer les grandes lignes du paragraphe 2 au projet d'article 5 *g*.

78. *Compte tenu de ces considérations, les projets d'articles 24 et 5* g *sont approuvés.*

La séance est levée à 17 h 45.

Compte rendu analytique de la 713e séance

Mardi 26 juin 2001, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.713]

Président: M. Pérez-Nieto CASTRO (Mexique)

La séance est ouverte à 9 h 45.

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL *(suite)* (A/CN.9/486, A/CN.9/489 et Add.1, A/CN.9/490 et Add.1 à 4, A/CN.9/491 et Add.1)

Article 25

1. M. MORÁN BOVIO (Espagne) propose que l'article 25, qui semble bénéficier d'un large soutien, soit adopté en l'état.

2. M. SCHNEIDER (Allemagne) dit que l'acceptabilité du paragraphe 2 dépend de la façon dont le terme "priorité" est défini.

3. M. BAZINAS (secrétariat) dit qu'après avoir adopté l'article 24 le groupe de rédaction a supposé hier que la définition de la "priorité" figurant à l'alinéa *g* de l'article 5 avait également été approuvée avant de lui être soumise. Il a par conséquent établi la version suivante de la définition sur la base de celle énoncée au paragraphe 18 du document A/CN.9/491: "Le terme "priorité" désigne la préférence donnée au droit d'une personne sur le droit d'un réclamant concurrent et détermine, pour autant qu'il y ait lieu à cette fin, s'il s'agit ou non d'un droit réel et s'il a ou non été créé à titre de garantie d'une dette ou d'une autre obligation." Cette définition devra, en principe, s'appliquer à l'ensemble de la Convention, y compris l'article 25.

4. Sur la base des consultations menées avec les experts qui ont participé aux travaux de la Conférence de La Haye, il est proposé d'insérer au paragraphe 1 de l'article 25 les mots "l'application de" après "que si", et d'ajouter au début du paragraphe 2 la phrase suivante: "Les règles de droit impératives de l'État du for ne peuvent supplanter les règles de priorité de la loi applicable."

5. M. SCHNEIDER (Allemagne) émet des réserves en ce qui concerne la proposition visant à modifier la définition de la "priorité" figurant à l'alinéa *g* de l'article 5, compte tenu de la nécessité de redéfinir la notion de lieu de situation, question soulevée à la réunion précédente en rapport avec l'article 24.

6. Mme WALSH (Canada) soutient les modifications qu'il est proposé d'apporter aux paragraphes 1 et 2. Ces modifications clarifient et confirment la politique de la Commission et alignent le texte sur celui d'autres instruments de droit international privé.

7. M. HUANG FENG (Chine) émet des réserves en ce qui concerne le mot "manifestement" utilisé au paragraphe 1. Les tribunaux et les autorités compétentes de chaque pays souhaitent éviter que l'ordre public ne soit mis en péril par l'application d'une disposition d'une loi étrangère. Il importe peu que l'effet sur l'ordre public soit manifeste ou implicite. L'orateur propose de modifier cette partie de la phrase comme suit: "seulement s'il existe des raisons suffisantes de penser que la disposition est contraire à l'ordre public de l'État du for".

8. Il propose de remplacer le terme "État" par celui de "juridiction", en particulier au paragraphe 2, car les tribunaux prennent généralement comme norme la loi qui prévaut dans une juridiction particulière. En Chine, par exemple, les quatre juridictions différentes — Chine continentale, Hong Kong, Macao et province de Taiwan — appliquent en matière d'ordre public des normes différentes.

9. Le PRÉSIDENT dit que le mot "manifestement" fait partie de la terminologie juridique européenne depuis la fin du dix-neuvième siècle et sert à indiquer que le tribunal de l'État du for ne peut déclarer contraire à son ordre public une loi étrangère que s'il existe, pour ce faire, des raisons manifestes. Bien que le concept de "juridiction" soit largement accepté, la référence qui est faite, au paragraphe 2, au droit interne de l'État du for recouvre l'ensemble du système juridique, y compris toutes les juridictions.

10. M. SEKOLEC (Secrétaire de la Commission) note que le mot "manifestement" a été utilisé dans la même acception dans la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Quant au second point, le mot "État" est utilisé dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui a été adoptée dans certaines juridictions telles que l'Écosse (Royaume-Uni). On considère que le terme "État" est plus large et englobe la notion de juridiction.

11. Le PRÉSIDENT dit considérer que la Commission souhaite approuver l'article 25, compte tenu des propositions faites par le secrétariat.

12. *Il en est ainsi décidé.*

13. *L'article 25, tel que modifié, est approuvé.*

Article 26

14. M. BAZINAS (secrétariat) dit que l'article 26 est considéré comme l'une des dispositions les plus importantes de la Convention, surtout depuis la suppression, à l'article 24, des règles relatives au produit. Le paragraphe 1 dispose que lorsqu'un paiement est effectué au cessionnaire et lorsque le cessionnaire a un droit prioritaire sur la créance, il a également un droit prioritaire sur le produit de cette créance et, par conséquent, le droit de le conserver.

15. Le paragraphe 2 aborde la situation spéciale dans laquelle une opération est structurée de telle manière que les droits du cessionnaire ou bailleur de fonds sont garantis, tandis que le paiement se poursuit comme avant la cession. Le paiement s'effectue au cédant, mais ce dernier le reçoit au nom du cessionnaire et le détient pour celui-ci sur un compte séparé. Si le cessionnaire a un droit prioritaire sur les créances, il a aussi un droit prioritaire sur le produit de ces créances. Les paragraphes 13 à 16 du document A/CN.9/491 examinent la relation qui existe entre l'article 26 et le texte en cours de préparation par la Conférence de La Haye. Outre plusieurs propositions d'ordre rédactionnel, il est fait au paragraphe 15 une proposition ayant davantage trait au fond tendant à ce que le paragraphe 2 de l'article 26 n'ait pas d'incidences sur les droits d'un établissement de dépôt ou d'un intermédiaire en valeurs mobilières ayant une sûreté sur un compte de dépôt ou de titres en tant que garantie initiale. Il est ressorti de discussions ultérieures avec des experts des secteurs bancaire et boursier que cette question ne poserait peut-être pas de problème important, les paiements couverts par des mécanismes de compensation globale ou dans le cadre de comptes de titres n'étant pas structurés de la façon envisagée au paragraphe 2. S'il apparaît clairement à l'établissement de dépôt que le compte de dépôt n'appartient pas au client de la banque mais à un tiers, la banque n'accordera pas de crédit sur la base de ce compte. Si la Commission le souhaite, la question pourra être traitée à l'article 26 ou dans le commentaire. Globalement, le Groupe de travail et le secrétariat estiment qu'il faudrait conserver et, si possible, renforcer cet article.

16. M. KOBORI (Japon), tout en admettant la nécessité de l'article, dit que la notion de produit est mal connue dans son pays, de sorte qu'il existe un grave problème de cohérence entre l'article et la législation interne japonaise. Il faudrait, pour cette raison, inclure une clause de réserve dans la Convention.

17. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) dit partager l'avis du secrétariat sur l'importance décisive de l'article 26 dans le fonctionnement de la Convention. Il importe à ce point, en effet, que les pays qui ne disposent pas d'un concept de produit devraient, selon lui, pouvoir accepter une Convention aussi précise et substantielle sans craindre qu'elle introduise dans leur droit commercial un concept mal connu. Le secrétariat a indiqué clairement que le paragraphe 2 concerne des opérations qui sont spécialement structurées pour profiter du refuge offert. L'orateur partage cependant les inquiétudes du secrétariat quant au conflit de priorité qui survient lorsqu'un cessionnaire revendique un droit sur un produit revêtant la forme d'un effet de commerce déposé sur un compte de dépôt ou crédité sur un compte de titres, alors qu'une autre partie — que ce soit la banque de dépôt, l'intermédiaire en valeur mobilières ou le détenteur de l'effet — aurait normalement des droits supérieurs sur l'effet, le compte de dépôt ou le compte de titres. L'approche proposée par le secrétariat au paragraphe 15 du document A/CN.9/491 mérite par conséquent d'être examinée attentivement, car elle préserverait l'utilité de l'article 26 tout en protégeant les intérêts d'autres parties qui ne revendiquent pas un droit sur une créance en tant que produit, mais en tant que sa garantie initiale ou son acquisition. Le texte proposé par la délégation des États-Unis dans ses commentaires généraux figurant dans le document A/CN.9/490 diffère légèrement de celui du secrétariat, mais le choix politique est exactement le même.

18. M. KOHN (Observateur de la Commercial Finance Association) dit que l'article 26 revêt une importance fondamentale pour les établissements de crédit et qu'il encouragera les prêteurs confiants dans les dispositions de la Convention à accorder des financements. Il invite instamment à adopter l'amendement proposé par les États-Unis, qui est conforme à la politique sous-tendant l'amendement suggéré au paragraphe 15 du document A/CN.9/491.

19. M. STOUFFLET (France) s'associe aux orateurs qui ont proposé de conserver tel quel l'article 26. Il convient avec le représentant des États-Unis que cet article n'est pas lié, malgré son titre, à la question du produit, qui a été supprimée de l'article 24. Le problème qu'il aborde a essentiellement trait aux opérations de titrisation. La réglementation en vigueur en France exige du cédant qu'il continue de percevoir les créances cédées. Si le cédant est déclaré en faillite, le cessionnaire peut exercer ses droits sur les montants perçus.

20. M. DESCHAMPS (Canada), exprimant son soutien au maintien de l'article 26, demande au représentant des États-Unis d'expliquer la différence existant entre le texte qu'il propose et celui suggéré par le secrétariat.

21. M. CHAN (Singapour) souhaiterait aussi qu'on lui explique la différence. Il note que l'alinéa *b* du paragraphe 2 soulève des problèmes de preuve dans la pratique et demande au représentant du Japon de préciser la réserve qu'il émet à l'encontre de cet article.

22. M. BAZINAS (secrétariat) souhaiterait aussi que l'on précise cette différence, compte tenu en particulier de la déclaration faite par le représentant de la France, qui a confirmé l'avis du Groupe de travail selon lequel la notion de produit pourrait être remplacée par celle de paiement ou par tout autre terme similaire. Les mécanismes fiduciaires mentionnés au paragraphe 2 ne sont certainement pas étrangers aux juridictions où la notion de produit est mal connue. Il était entendu, lorsque le paragraphe a été approuvé, qu'il ne porterait en aucune façon atteinte aux concepts fondamentaux de quelque système juridique que ce soit.

23. Une clarification de la différence existant entre le texte des États-Unis et celui proposé par le secrétariat serait utile au groupe de rédaction.

24. M. KOBORI (Japon) se dit préoccupé non seulement par le terme "produit" mais aussi par le fait qu'au Japon les paiements en espèces et par d'autres moyens sont traités de façons très différentes. C'est là que l'alinéa *b* du paragraphe 2 pose des difficultés.

25. M. BAZINAS (secrétariat) dit croire comprendre que le Japon préférerait que le paragraphe 2 se limite au produit en espèces. Il suppose que les structures de titrisation dans lesquelles les paiements s'effectuent au cédant mais où les bailleurs de fonds doivent s'assurer qu'ils jouissent de droits effectifs en cas d'insolvabilité fonctionnent aussi au Japon. Une disposition en ce sens serait par conséquent utile tant au Japon que dans l'ensemble de l'Asie, où la titrisation devient pratique courante.

26. M. SUK KWANG-HYUN (Observateur de la République de Corée) dit que, tout en admettant l'importance de l'article 26, il partage les inquiétudes exprimées par le représentant du Japon. Les pays qui n'appliquent pas le concept de fiducie auront des difficultés à l'accepter. Une fois le produit en espèces reçu par le cédant, même sur les instructions du cessionnaire, ce produit s'intègre au patrimoine du cédant. Il semblera, par conséquent, que si le cédant est déclaré en faillite, le produit en espèces s'intégrera à l'actif du failli. Si cela devait être le cas, la République de Corée aurait des difficultés à accepter cette disposition.

27. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) dit, s'agissant du libellé du projet de paragraphe 2 *b* de l'article 26, que le texte proposé par sa délégation est simplement plus précis que le texte existant. Les modifications proposées sont très légères — elles portent davantage sur le style que sur le fond — et pourront aisément être confiées au groupe de rédaction. Quant au fait de limiter le champ de l'article au produit en espèces, il est de plus en plus difficile de dire ce que ce terme recouvre. Il en est venu à inclure l'argent déposé sur un compte bancaire ou un compte de titres, voire les fonds communs de placement qui investissent dans ces actifs. Il serait donc imprudent d'adopter une définition qui risquerait de se révéler rigide dans la pratique.

28. La délégation des États-Unis d'Amérique est sensible au point soulevé par le représentant de la République de Corée, à savoir que la disposition introduit un concept inédit qui appelle une explication. Cette disposition a été rédigée de façon étroite afin d'aborder une pratique commerciale spécifique, et elle contient, de fait, des instructions sur la façon dont les opérations peuvent être structurées pour profiter aux parties de façons qui ne sont pas forcément prévues dans le droit interne. Les pays qui ont mis sur pied une réglementation autorisant certains types d'opération de titrisation parce qu'ils jugeaient avantageux de proposer davantage de crédit à un moindre coût se sont heurtés à une situation analogue. Globalement, les avantages de cette disposition l'emportent largement sur l'inconvénient qu'il y a à devoir consentir des exceptions au droit interne de quelque pays que ce soit.

29. M. SEKOLEC (Secrétaire de la Commission) dit que le secrétariat a étudié de façon approfondie, dans le contexte des opérations de compensation, les accords contractuels conclus en vue de détenir le produit d'une opération et de l'utiliser pour une autre. Après examen des lois de pays tant de *common law* que de droit romain — y compris celles de Malaisie, d'Indonésie et de plusieurs pays d'Amérique latine —, il s'est dégagé l'impression distincte que ces accords sont reconnus dans les pays de droit romain du monde entier.

30. M. CHAN (Singapour) dit juger, en tant que représentant d'un pays de *common* law, la disposition parfaitement acceptable. Il n'est cependant pas correct de demander aux pays auxquels la disposition pose un problème d'accepter de nouvelles règles s'ils ne sont pas prêts à le faire. L'orateur peut admettre la persuasion, mais pas l'imposition de lois. La disposition introduit une règle de droit qui touche au fond et pas uniquement à la procédure; on ne peut pas, non plus, la décrire comme étant étroitement définie. Elle s'applique dans tous les cas, même lorsque les parties n'ont pas structuré leur opération pour tirer parti de la règle visée par la disposition. Si, en revanche, la disposition se limitait aux banques et emprunteurs qui ont délibérément structuré leur opération en une fiducie effective, elle pourrait alors être acceptable par tous les pays. Il ne revient pas, cependant, à la Commission de forcer le pas, et l'orateur craint que si tel était le cas, le projet de convention n'obtiendrait pas le succès qu'il mérite.

31. M. MEENA (Inde) demande des éclaircissements quant au titre du projet d'article 26, "Règles spéciales relatives au produit". Il se demande pourquoi la définition qui figure à l'article 5 *j* englobe ce produit.

32. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le mot "spéciales" s'applique aux règles, non au produit, de sorte que la définition qui figure à l'article 5 *j* s'applique. Après plusieurs années, le Groupe de travail est parvenu à la conclusion que les règles du projet d'article 26 sont spéciales en ce qu'elles se rapportent clairement à un produit n'appartenant pas au cédant qui le détient sur instructions du cessionnaire (alinéa *a* du paragraphe 2) ou séparément pour le compte du cessionnaire, et raisonnablement identifiable par rapport aux actifs du cédant (alinéa *b* du paragraphe 2). Si la Commission estimait que le libellé pourrait être amélioré de façon à montrer clairement que la disposition ne s'applique qu'aux cas spéciaux mais courants de pratiques telles que la titrisation et l'escompte de factures sans divulgation, où les parties conviennent de structurer leur opération de cette façon, cette clarification lèverait en grande partie les inquiétudes exprimées à l'encontre de la disposition.

33. M. SALINGER (Observateur de Factors Chain International) soutient la position des États-Unis. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 26 revêtent une importance fondamentale pour les organismes qui financent le crédit commercial par l'escompte de factures sans divulgation, pratique qui se développe rapidement dans le monde entier, particulièrement dans les pays dont les représentants se sont prononcés contre la disposition. Cela n'a pas de sens de suggérer que l'on puisse séparer la possession d'un produit de la possession de créances: si une créance n'est pas le droit de recevoir un produit, elle n'est rien. Le but de la disposition est de réglementer les situations — visées ou non par le projet de convention — où un produit pourrait échapper au cessionnaire parce que certains pays ne peuvent accepter qu'un cédant détienne ce produit en fiducie. Il importe par conséquent que la disposition — étroite par son concept mais large par son utilisation — soit conservée.

34. M. MORÁN BOVIO (Espagne) soutient le texte du projet d'article 26 tel qu'il est libellé, incorporant les modifications proposées par le secrétariat et sous réserve de la possibilité que le groupe de rédaction puisse décider que le texte proposé par les États-Unis constitue une meilleure expression du résultat final souhaité. En Espagne et en France, les fonds cédés sont rarement administrés et gérés par le cessionnaire; ils restent par-devers le cédant, qui les administre et les gère. Le projet d'article 26 *b* est par conséquent une disposition utile pour réglementer ces situations et devrait, à ce titre, être adopté. Quant à la définition du produit au projet d'article 5 *j*, le concept est inconnu dans le droit espagnol, mais il est clair et couramment utilisé sur les marchés nationaux et internationaux.

35. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) partage cet avis. Il est regrettable que la disposition pose des problèmes à certaines

délégations, mais pour la Commission le texte, avec les modifications proposées par le secrétariat, est non seulement acceptable, mais essentiel.

36. M. BERNER (Observateur du barreau de la ville de New York) se demande si la difficulté rencontrée par certaines délégations tient à la disposition elle-même ou au mot "produit". Il est évident que pour que la disposition s'applique l'opération doit être structurée de façon que les parties s'y engagent les yeux ouverts. En revanche, le produit est ce qui confère de la valeur à la créance, qui n'est en soi qu'un morceau de papier. S'il est un principe fondamental, c'est bien celui selon lequel une dette est de l'argent dû.

37. Le PRÉSIDENT dit que malgré quelques divergences, la plupart des délégations sont favorables au projet d'article, qui comble une lacune du droit international.

38. *Le projet d'article 26 est approuvé avec les modifications proposées par le secrétariat et sous réserve de la décision que pourrait prendre le groupe de rédaction d'adopter le texte proposé par les États-Unis.*

Article 27

39. M. BAZINAS (secrétariat) dit qu'aucun problème n'a été recensé en ce qui concerne le projet d'article 27, qui permet à des bailleurs de fonds de convenir de l'ordre des priorités ou de renoncer unilatéralement à certains droits.

40. *Le projet d'article 27 est approuvé.*

Chapitre V

41. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le chapitre V, qui contient un ensemble de dispositions fondamentales de droit international privé portant sur des questions clefs relatives aux cessions, est inclus dans le projet de convention à l'intention des pays dont la propre législation ne contient pas de telles dispositions. Le projet d'article 31, en particulier, crée en matière de loi applicable aux conflits de priorité une nouvelle règle qui est déjà acceptée dans le monde entier. Le chapitre remplit deux fonctions. Premièrement, il s'applique à des opérations qui entrent dans le champ d'application d'autres dispositions du projet de convention, à savoir les opérations spécifiées au chapitre premier, qui concernent les cessions internationales de créances ou les cessions de créances internationales où le cédant est situé dans un État contractant. Dans ce cas, le chapitre V comble les lacunes de la Convention en déterminant quelle loi s'applique aux questions qui n'ont pas été pleinement traitées par ailleurs dans le projet de convention. Dans le projet d'article 20, par exemple, les droits et exceptions opposables par le débiteur au cessionnaire et les conditions d'invocation d'un droit à compensation sont insuffisamment traités. Le projet d'article 30 contribue quelque peu à redresser la situation. En second lieu, le chapitre V s'applique à des opérations qui pourront ne pas entrer dans le champ d'application d'autres dispositions du projet de convention, sur la base de la disposition du paragraphe 4 de l'article premier en vertu de laquelle le chapitre V pourra s'appliquer même si le cédant n'est pas situé dans un État contractant. Cela est conforme aux règles de conflit de lois généralement applicables.

42. Les États qui disposent d'autres règles et n'ont pas forcément besoin des dispositions du chapitre peuvent en exclure l'application. Le Groupe de travail a rejeté la proposition visant à soumettre le chapitre à une clause d'option positive, approche qui donnerait l'impression erronée qu'il ne fait pas partie intégrante du projet de convention. Le Groupe de travail a tenté d'harmoniser le chapitre V avec d'autres textes de loi internationaux. La nouvelle règle figurant au projet d'article 31 va devoir, cependant, être alignée sur les projets d'articles 24 et 25, car elle pourra s'appliquer à des cas où un cédant n'est pas situé dans un État contractant.

Article 28

43. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) propose que la Commission n'examine le projet d'article 28 qu'après avoir examiné les projets d'articles 29 à 33, afin qu'elle comprenne les incidences de l'ensemble du chapitre V avant d'examiner son champ d'application.

44. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) dit que les règles de conflit de lois figurant au chapitre V soulèvent immédiatement la question de la nature parallèle du projet de convention de la Conférence de La Haye sur la loi applicable aux actes de disposition de titres détenus par un intermédiaire. Les dispositions du chapitre V sont — comme on peut s'y attendre, puisqu'il existe une étroite coopération entre la Conférence de La Haye et la CNUDCI — assez semblables. Une harmonisation complète des deux textes, cependant, ne sera pas possible à moins que le texte de La Haye ne soit modifié. L'orateur s'inquiète de l'éventualité d'un conflit entre les deux instruments internationaux. La seule façon d'éviter cela serait de délimiter le champ d'application fondamental du projet de convention. M. Markus souhaite par conséquent savoir quelles mesures ont été prises pour éviter d'éventuelles dispositions conflictuelles.

45. M. BAZINAS (secrétariat) ne pense pas qu'il existe un conflit entre le texte de la Conférence de La Haye et le chapitre V. L'intention est que la Convention dans son ensemble évite d'aborder les questions liées aux actes de disposition de titres. La question n'est pas de savoir si le chapitre V concorde ou pas avec le texte de la Conférence de La Haye, mais si l'exclusion des valeurs mobilières au projet d'article 4 suffit pour que la Convention dans son ensemble ne fasse pas double emploi avec le texte de la Conférence de La Haye. La question de savoir si l'article 4 produit ce résultat pourra être déterminée lorsque la Commission examinera cet article.

46. Quant à la question soulevée par l'observateur de l'Australie, le projet d'article 28 non seulement délimite le champ d'application du chapitre, mais aussi illustre son rapport avec le reste du projet de convention. C'est pourquoi il a été placé en premier.

47. *Le projet d'article 28 est approuvé.*

Article 29

48. M. STOUFFLET (France) dit croire se souvenir que le secrétariat a proposé d'incorporer au chapitre IV la disposition figurant à l'article 29.

49. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le Groupe de travail a examiné la question de savoir s'il fallait inclure une nouvelle règle concernant la forme au chapitre V, mais pas nécessairement à l'article 29. Il avait l'intention de présenter la proposition du secrétariat après que la Commission aura examiné le chapitre V dans son ensemble.

50. Après un débat de procédure auquel ont pris part M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique), le PRÉSIDENT et M. MORÁN BOVIO (Espagne), le PRÉSIDENT dit qu'il considérera que la Commission souhaite n'aborder la question de la forme du contrat de cession qu'après avoir achevé l'examen du chapitre V.

51. *Il en est ainsi décidé.*

52. *Compte tenu de ces considérations, le projet d'article 29 est approuvé.*

Article 30

53. *Le projet d'article 30 est approuvé.*

Article 31

54. Le PRÉSIDENT dit que les modifications que la Commission a apportées à l'article 24 devraient également apparaître à l'article 31.

55. M. BAZINAS (secrétariat) confirme que, puisque l'article 31 a toujours été le reflet de l'article 24, il devra incorporer les modifications apportées à l'article 24.

56. M. DESCHAMPS (Canada) dit qu'en pareil cas la Commission devrait limiter sa discussion à la question de savoir s'il faudrait ou non conserver l'article 31.

57. M. MORÁN BOVIO (Espagne), soutenu par M. DESCHAMPS (Canada), dit que la Commission devrait tenir des consultations informelles sur l'article 31 afin de faciliter son adoption.

La séance est suspendue à 11 h 35; elle est reprise à midi.

58. M. HUANG FENG (Chine) dit qu'aux termes du libellé actuel des articles 24 et 31 le lieu de situation du cédant peut être interprété comme signifiant tout endroit où le cédant se trouve. Or, dans les articles 24 et 31, le lieu de situation a des incidences sur la loi applicable. La Commission devrait donc donner du "lieu de situation" une définition précisant si le terme se rapporte au lieu d'activité ou à l'établissement.

59. Mme MCMILLAN (Royaume-Uni) dit que le paragraphe 2 de l'article 31 reflète le libellé du paragraphe 2 de l'article 25 et n'est donc pas le reflet de l'article 24. Sa délégation suppose que le paragraphe 2 de cet article sera conservé et non remplacé par le texte de l'article 24.

60. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le paragraphe 2 de l'article 31 sera aligné sur le paragraphe 2 de l'article 25 tel que révisé par la Commission. Quant à la question posée par la Chine, la réponse se trouve peut-être à l'alinéa *h* de l'article 5, qui définit le lieu de situation comme étant l'établissement du cédant ou, s'il existe plus d'un établissement, l'établissement où s'exerce son administration centrale.

61. M. HUANG FENG (Chine) dit que l'article 5 donne une définition traditionnelle du "lieu de situation" en tant qu'établissement. Si les deux concepts sont identiques, il est difficile de comprendre pourquoi on ne pourrait pas utiliser le même terme.

62. M. BAZINAS (secrétariat) dit que la définition du "lieu de situation" a une longue histoire au sein du Groupe de travail. Le Groupe a initialement opté pour une définition similaire à celle contenue dans la Convention de Vienne sur les ventes. Le lieu de situation a été défini comme étant l'établissement ou, lorsqu'il existe plus d'un établissement, l'établissement le plus étroitement lié à une opération particulière. Le Groupe de travail a par la suite décidé de renoncer à cette règle, car il a admis la nécessité d'introduire, aux fins de la Convention, de la souplesse dans la définition du "lieu de situation" ainsi qu'une plus grande certitude dans la définition de la loi applicable à un conflit de priorité. La règle actuelle concernant le lieu de situation a été adoptée par le Groupe de travail et par la Commission étant entendu qu'elle n'interférerait pas avec les pratiques des banques commerciales ou centrales. Il a également fallu trouver un système lorsque le problème d'un conflit potentiel entre la règle applicable à la priorité et la règle applicable à l'insolvabilité serait la loi du même État. Le Groupe de travail a décidé que la règle dite "du lieu de situation", qui renvoie à l'établissement où s'exerce l'administration centrale lorsque le cédant possède plus d'un établissement, était une bonne façon d'éviter un conflit en cas d'insolvabilité, car le "lieu de situation" serait généralement l'État dans lequel naîtrait l'insolvabilité. Lorsque l'insolvabilité naîtrait dans un autre État, l'ordre public de cet État serait préservé.

63. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) dit que, lorsque le chapeau de l'article 24 sera reproduit au paragraphe 1 de l'article 31, la référence aux articles 25 et 26 devra être omise. La référence à l'article 25 n'a pas lieu d'être, car le Groupe de travail a reproduit le paragraphe 2 de l'article 25 au paragraphe 2 de l'article 31. La référence à l'article 26 est inutile, car la Commission préservera l'idée des règles spéciales relatives au produit grâce au paragraphe *b* de l'article 28, sans avoir à faire spécifiquement référence, dans l'article 31, à l'article 26.

64. En ce qui concerne la question soulevée par le représentant de la Chine, l'orateur dit que, puisque l'article 37 traite d'une question à laquelle le représentant de la Chine s'est référé, les préoccupations de la Chine pourront être examinées lorsque la Commission abordera l'article 37.

65. M. HUANG FENG (Chine) remercie le secrétariat de son explication et propose que le terme "lieu de situation" soit défini en un lieu approprié. Puisque la signification anglaise du mot "*location*" est claire, on pourrait peut-être trouver un autre terme chinois pour traduire ce mot.

66. *Le projet d'article 31 est approuvé.*

Article 32

67. M. BAZINAS (secrétariat) dit que l'article 32 reproduit une règle qui est typique du droit international privé dans la mesure où elle permet de ne pas tenir compte des règles de la loi applicable lorsqu'il existe des dispositions impératives de l'État du for ou d'un autre État. L'article 32, cependant, suit une approche légèrement différente, puisqu'il limite l'annulation des règles de la loi applicable aux articles 29 et 30, à savoir à la loi applicable à la relation contractuelle qui existe entre le cédant et le cessionnaire et à la relation qui existe entre le cessionnaire et le débiteur. Le Groupe de travail a considéré que les règles de priorité de la loi applicable seraient elles-même impératives et que le fait de ne pas en tenir compte alors qu'existent des dispositions impératives de l'État du for créerait une incertitude qui saperait l'objet même des règles de priorité de la Convention. Le paragraphe 2 de l'article 32 contient une règle qui permet à l'État du for d'appliquer les règles impératives de la loi d'un autre État avec lequel les questions réglées dans les articles 29 et 30 ont une relation étroite.

68. M. HUANG FENG (Chine) dit qu'à l'article 32 il faudrait remplacer le mot "État" par le mot "juridiction", comme dans les articles 30 et 31.

69. *Le projet d'article 32 est approuvé.*

Article 33

70. M. BAZINAS (secrétariat) dit qu'en suivant les travaux de la Conférence de La Haye ces dernières années, il est apparu au

Groupe de travail qu'il existait une légère divergence entre la formulation contenue à l'article 33 et l'article correspondant des textes les plus récents de la Conférence de La Haye. L'article 33 contient l'information générale selon laquelle l'application d'une disposition de la loi spécifiée peut être refusée sans justification spécifique par un tribunal ou une autre autorité compétente. Le Groupe de travail s'est interrogé sur le fait de savoir si les mots "par un tribunal ou une autre autorité compétente" étaient nécessaires à l'article 33. La Commission pourra souhaiter envisager de supprimer ces mots.

71. Mme LOMNICKA (Royaume-Uni) souhaite savoir si, dans l'éventualité où la Commission déciderait de supprimer les mots "par un tribunal ou une autre autorité compétente", la même modification sera apportée au paragraphe 1 de l'article 25. La Commission a également convenu de modifier le paragraphe 1 de l'article 25 en remplaçant "que si ladite disposition est" par "que si l'application de ladite disposition est".

72. Le PRÉSIDENT confirme que le paragraphe 1 de l'article 25 sera modifié conformément à la proposition faite par la représentante du Royaume-Uni. En l'absence d'objections, il considérera que la Commission souhaite adopter le projet d'article 33 avec la modification proposée par le secrétariat.

73. *Il en est ainsi décidé.*

74. *Le projet d'article 33, tel que modifié, est approuvé.*

75. *Le chapitre V dans son ensemble est approuvé.*

La séance est levée à 12 h 35.

Compte rendu analytique de la 714e séance

Mardi 26 juin 2001, à 14 heures

[A/CN.9/SR.714]

Président: M. Pérez-Nieto CASTRO (Mexique)

La séance est ouverte à 14 h 10.

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL *(suite)* (A/CN.9/486, A/CN.9/489 et Add.1, A/CN.9/490 et Add.1 à 4 et A/CN.9/491 et Add.1).

1. Le PRÉSIDENT informe la Commission qu'il reviendra sur la question de la forme au chapitre V à l'occasion de l'examen du projet d'article 8.

Articles 34 et 35

2. *Les projets d'articles 34 et 35 sont approuvés.*

Article 36

3. Mme BRELIER (France) dit que sa délégation a des difficultés avec l'article 36. Cet article de caractère très général est une clause d'option positive qui permet de déclarer à quelle collectivité territoriale la Convention s'appliquera. En outre, tel qu'il est rédigé actuellement, il permet à un État de déclarer à tout moment, même après l'adhésion, qu'il appliquera cet article. C'est là une source d'incertitude juridique inacceptable. Ces préoccupations s'appliquent également au projet d'article 37.

4. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) fait observer que les dispositions en question sont très traditionnelles et visent à la certitude en fournissant une règle de base pouvant être adaptée par les États contractants pour faire face à l'évolution des circonstances. La question du moment de ces déclarations pourrait être abordée lorsque la Commission examinera le projet d'article 43.

5. Le PRÉSIDENT demande si la préoccupation de la délégation française concerne ses départements et territoires d'outremer. Il y a des dispositions similaires dans de nombreux instruments internationaux, y compris des conventions interaméricaines.

6. Mme BRELIER (France) convient que le texte de l'article 36 est une clause fédérale que l'on retrouve dans un certain nombre de conventions internationales, mais souvent dans des conventions qui sont assez anciennes. Ce qui pose problème à sa délégation est l'incertitude juridique qui en découle. Sa délégation estime également qu'il serait préférable de parler de "collectivités territoriales" au lieu d'"unités territoriales", parce que ce terme vaut à la fois pour les communautés fédérées d'un État fédéral et pour les collectivités territoriales d'un État unitaire. Elle ne pense pas que la France aura à se prévaloir de ces dispositions pour ses départements et territoires d'outre-mer.

7. Le PRÉSIDENT fait observer que le terme "unité territoriale" est largement employé depuis de nombreuses années.

8. M. HUANG FENG (Chine) dit que, pour sa délégation, le terme "unités territoriales" s'applique à des régions qui font partie d'un État souverain avec des systèmes législatifs, juridi-

ques et judiciaires autonomes mais pas de pouvoirs en matière diplomatique, de sorte qu'ils ont besoin de l'approbation de l'État souverain pour adhérer à des conventions internationales. Il suggère de remplacer le terme "*territorial units*" par le terme "*jurisdictions*", ce qui rendrait mieux compte du statut juridique de ces régions.

9. Le PRÉSIDENT dit que la disposition ne fait pas référence à la possibilité pour les unités territoriales d'avoir des activités internationales, mais au fait que, lorsque le traité est ratifié par l'État fédéral, les États constitutifs de ce dernier le ratifieront et la Convention entrera en vigueur dans ces États. Les conventions interaméricaines ratifiées par le Canada contiennent normalement une déclaration de ce dernier quant aux dates auxquelles elles entreront en vigueur dans les diverses provinces canadiennes. Il ne voit pas la nécessité de remplacer "unités territoriales" par "juridictions".

10. M. HUANG FENG (Chine) indique que dans son pays il y a des régions administratives spéciales dotées de pouvoirs législatifs autonomes, comme Hong Kong et Macao, qui diffèrent des unités participantes d'un État fédéral. Il espère que le secrétariat tiendra compte de ces faits nouveaux dans la rédaction du texte.

11. Le PRÉSIDENT dit qu'il a été informé par le secrétariat que la première phrase de l'article 36 recouvre les concepts auxquels la Chine fait référence.

12. Mme WALSH (Canada) est de cet avis. La clause est essentielle dans le cas du Canada où, en vertu de la constitution, le Gouvernement fédéral n'a pas le pouvoir d'imposer une convention aux différentes provinces dans des domaines sur lesquels celles-ci ont un pouvoir législatif exclusif. Pour mettre en œuvre une convention internationale, les provinces doivent adopter une loi, et ce sont elles qui décident en dernier ressort si cette loi doit être adoptée. La représentante du Canada peut donc assurer au représentant de la Chine que la référence aux unités territoriales comprendra toute "juridiction" qui, à l'intérieur des frontières de la Chine, a un pouvoir législatif.

13. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) estime que si la Commission le souhaite, on pourrait répondre à la préoccupation de la Chine en adoptant une formulation telle que: "Lorsqu'un État a deux juridictions ou plus pour ce qui est des matières régies par la Convention, il peut déclarer à tout moment que la Convention s'étend à une ou à plusieurs de ces juridictions."

14. Le PRÉSIDENT rappelle que la forme proposée est celle qui a été retenue dans des conventions antérieures de la CNUDCI et dans d'autres instruments internationaux.

15. Mme BRELIER (France) dit que le point soulevé par le représentant de la Chine correspond dans une certaine mesure à la préoccupation de sa délégation en ce qui concerne le terme "unité territoriale".

16. En ce qui concerne le paragraphe 3 de l'article 36, elle souligne que si le cédant ou le débiteur est situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention ne s'applique pas, ils sont considérés comme n'étant pas situés dans un État contractant. La France ne voit pas l'utilité de ce paragraphe 3 et propose donc sa suppression.

17. Dans un souci de sécurité juridique, sa délégation insiste sur le fait que le moment de la déclaration devrait être au plus tard celui de la ratification, de l'acceptation, de l'adhésion ou de l'approbation et que la déclaration ne puisse plus être modifiée par la suite. Si cela est incompatible avec le système fédéral, il faudra peut-être revenir plus tard sur la question ou l'expliquer davantage.

18. M. CHAN (Singapour) dit qu'il faudrait répondre à la préoccupation du représentant de la Chine, car le terme "unité territoriale" a manifestement une connotation qui gêne la Chine. Bien que ce terme ait pu être employé dans de nombreux textes internationaux, une situation nouvelle et unique est née avec la création des régions administratives spéciales de Hong Kong et de Macao, qui ont des "juridictions" distinctes. Il faudrait peut-être envisager de trouver une formulation qui répondrait aux préoccupations de tous.

19. Le PRÉSIDENT suggère que le représentant de la Chine consulte d'autres délégations pour trouver une solution à son problème.

20. Mme WALSH (Canada) dit qu'il serait très difficile à sa délégation de remplacer les termes "unité territoriale" par "juridiction". L'expression "unité territoriale" figure dans de nombreux textes de la CNUDCI et dans ceux de la Conférence de La Haye de droit international privé, et elle fonctionne bien au Canada, pour ses 10 provinces comme pour ses trois territoires. Ces derniers ont une autonomie législative octroyée par le Gouvernement fédéral et ressemblent probablement aux régions administratives spéciales de la Chine pour ce qui est de leur statut. Si le mot "juridiction" est adopté, la délégation canadienne sera préoccupée non seulement par son manque de cohérence avec d'autres textes internationaux, mais aussi par le fait qu'il ne s'appliquerait peut-être pas aux trois territoires canadiens. Le terme "unité territoriale" couvre manifestement des arrangements juridictionnels divers.

21. À son avis, la suppression du paragraphe 3 de l'article 36 poserait à sa délégation de graves difficultés. Selon la Constitution canadienne, chaque province peut décider elle-même d'accepter ou non une convention internationale. Si le paragraphe 3 devait être supprimé, le Canada ne serait pas en mesure de donner effet à une convention internationale à moins que chacune de ses provinces ne soit prête à l'approuver. La suppression du paragraphe 3 empêcherait donc la participation du Canada à la Convention.

22. Pour la même raison, sa délégation ne peut accepter la proposition de demander à un État de déclarer une fois pour toute laquelle de ses unités territoriales appliquera la Convention à l'intérieur de ses frontières. Le Canada a besoin de la souplesse habilitant ses provinces à décider à tout moment si la convention sera applicable à l'intérieur de leurs frontières, et il y a de bonnes raisons internes pour lesquelles ce processus peut prendre plus de temps dans certaines provinces que dans d'autres.

23. M. SEKOLEC (Secrétaire de la Commission) dit que le texte de l'article 36 a été repris pratiquement tel quel de conventions antérieures, y compris la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises à laquelle la Chine est partie. Le secrétariat vérifiera si la traduction chinoise du terme "unité territoriale" dans cette Convention est conforme au texte du projet de convention. L'expression "unité territoriale" est une expression non technique destinée à couvrir différents types d'entités existant dans des États souverains. Il est vrai, cependant, qu'il y a 15 ans, les régions administratives spéciales de Chine n'existaient pas.

24. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) rappelle que le terme "unité territoriale" a été utilisé dans de nombreuses conventions autres que les textes de la CNUDCI et la Convention de La Haye. Ce terme n'a pas posé de problème dans son département, et il n'y a pas eu de cas ou de litige exigeant une délimitation spécifique de sa signification. Les États-Unis eux aussi ont des territoires et des possessions qui ont des relations différentes avec l'État fédéral; si l'on voulait compléter le texte pour couvrir chaque cas de figure, il faudrait une page entière qui n'apporterait rien à personne.

25. Le remplacement du terme "unité territoriale" par le terme "juridiction" ne serait pas acceptable pour sa délégation parce que les États-Unis ont une "juridiction" fédérale et d'autres "juridictions" qui ne sont pas territoriales. La Commission ne doit pas chercher à modifier le vocabulaire sans un motif impérieux. Or, aucun orateur n'a fourni de tel motif.

26. Comme le Canada, les États-Unis ne peuvent accepter de restriction quant au moment auquel un État pourrait faire une déclaration au titre de l'article 36. Une telle restriction influerait de manière radicale sur la volonté des pays d'adhérer à la Convention, car ils devraient prendre une décision qui lierait de façon permanente les territoires auxquels s'applique la Convention, ce qui n'est dans l'intérêt d'aucun pays. Il propose donc que l'on adopte la formulation traditionnelle.

27. M. WHITELEY (Royaume-Uni) dit que le terme "unités territoriales" est acceptable pour sa délégation. Il y a des situations analogues à celles de Hong Kong et Macao au Royaume-Uni, qui a un certain nombre d'entités ayant des degrés variables d'autonomie, par exemple les îles anglo-normandes qui disposent de pouvoirs législatifs et sont quasiment autonomes, sauf pour ce qui est des relations internationales. Le mot "juridiction" poserait donc des problèmes à la délégation britannique, mais aussi à d'autres délégations. L'orateur est en faveur lui aussi du maintien du paragraphe 3 de l'article 36, étant entendu que l'objection de la délégation française est motivée par un souci de purisme.

28. M. FRANKEN (Allemagne) appuie le point de vue exprimé par le représentant de Singapour. Une solution simple qui répondrait à la préoccupation de la délégation chinoise consisterait peut-être à insérer, après les mots "*territorial units*", les mots "*or jurisdictions*". Pour ce qui est du point soulevé par le représentant des États-Unis, l'article 36 n'est pas obligatoire: il donne simplement à un État la possibilité de déclarer que la Convention s'appliquera à toutes les unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles.

29. Le PRÉSIDENT propose que le représentant de la Chine prenne contact avec les délégations du Canada, du Mexique et des États-Unis, qui ont participé à la rédaction des conventions antérieures et de faire une proposition.

30. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) appuie énergiquement le point de vue du représentant des États-Unis. Non seulement le libellé de l'article 36 est le même que celui d'autres conventions de la CNUDCI, mais il a également été employé dans de nombreux projets du présent instrument. Il est donc surprenant que la Commission en débatte de nouveau à la dernière minute. Essayer de répondre aux préoccupations du représentant de la Chine ne ferait que créer des problèmes pour d'autres pays. La seule solution est de conserver le texte tel qu'il est.

31. M. MORÁN BOVIO (Espagne) partage ce point de vue. Il propose qu'il soit fait référence à la présente discussion dans le commentaire. Il indique aussi que le texte a l'appui des délégations des pays qui sont les plus touchés dans la Convention.

32. M. HUANG FENG (Chine) dit que la proposition allemande est souple et pourrait résoudre tous les problèmes qui ont été évoqués.

33. Mme WALSH (Canada) demande au représentant de la Chine s'il y a en Chine des "juridictions" auxquelles s'appliquerait l'article 36 qui ne sont pas définies territorialement. Dans la négative, comment l'addition du mot "juridiction" changerait-elle quoi que ce soit?

34. Le PRÉSIDENT dit que, s'il comprend bien, l'amendement proposé ne bénéficiera pas de l'appui des représentants du Canada et des États-Unis, et, parlant en qualité du représentant du Mexique, il déclare que sa délégation ne pourra pas non plus l'accepter.

35. Il propose, du fait que la discussion sur le projet d'article 36 a déjà été longue, que le texte soit approuvé sous sa forme actuelle.

36. *Il en est ainsi décidé.*

37. *Le projet d'article 36 est approuvé.*

Article 37

38. M. BAZINAS (secrétariat) dit que l'article 37 porte sur le sens du mot "loi" dans le cas des États fédéraux et qu'il est placé entre crochets parce que le Groupe de travail n'a pas finalisé le texte. En vertu de cet article, le mot "loi" désigne la loi d'une unité territoriale dans laquelle est situé un bien personnel particulier et comprend les règles de droit privé interne.

39. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) dit que l'article 37 est placé entre crochets parce que l'on avait pensé que les délégations intéressées par le sujet présenteraient un texte après s'être consultées. Après des consultations avec les délégations du Canada, de la Chine, de la France et d'autres, sa délégation a préparé le texte suivant: "Si un État comprend deux unités territoriales ou plus, le lieu de situation d'une personne dans cet État est l'unité territoriale où s'exerce son administration centrale ou, si cette personne n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu, sauf si l'État énonce par une déclaration d'autres règles qui déterminent le lieu de situation d'une personne dans cet État."

40. Le paragraphe 24 mentionne le lieu de situation du cédant, mais la définition du lieu de situation n'indique pas pour le moment où est situé le cédant dans un État qui comprend plus d'une unité territoriale. Dans des pays comme les États-Unis, il serait utile, dans l'intérêt de la sécurité juridique, de pouvoir faire une déclaration une fois pour toutes afin d'indiquer quel État, à l'intérieur des États-Unis, serait le lieu de situation pertinent du cédant, de manière que sa loi régisse les questions prioritaires. Le texte proposé étend la définition du lieu de situation qui est donnée à l'article 5. Un titre approprié pourrait être "le lieu de situation d'une personne dans un État qui comprend deux unités territoriales ou plus".

41. M. STOUFFLET (France) dit que sa délégation a entendu avec sympathie la proposition des États-Unis. Étant donné que le programme est complexe, elle souhaiterait avoir un peu de temps pour y réfléchir avant de donner son opinion.

42. Le PRÉSIDENT dit que la Commission laissera la nouvelle proposition d'article 37 en attente jusqu'à ce que le texte ait été distribué par écrit.

Article 38

43. M. BAZINAS (secrétariat) dit que la formulation du paragraphe 1 de l'article 38 est typique des accords internationaux. Elle donne la préséance à tous autres accords internationaux qui s'appliquent aux matières régies par la Convention. La deuxième partie de ce paragraphe parle du lien territorial entre le projet de convention et un État partie aux deux accords.

44. Le paragraphe 2 contient une disposition mentionnant la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international ("la Convention d'Ottawa"). Le Groupe de travail a considéré qu'au cas où les deux conventions s'appliqueraient celle de la CNUDCI prévaudrait au motif qu'elle a un champ d'application plus vaste et couvre des matières qui n'abordent pas la Convention d'Ottawa. La deuxième phrase de ce paragraphe vise à garantir que la Convention de la CNUDCI n'exclut pas l'application de la Convention d'Ottawa au cas où la première ne s'appliquerait pas. Bien que le libellé de la deuxième phrase ne reflète peut-être pas entièrement cette intention, la question a été abordée dans les commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales, en particulier la Fédération européenne des associations des sociétés d'affacturage (Europafactoring) et Factors Chain International, qui a porté la question à l'attention du Groupe de travail.

45. M. KOHN (Observateur de la Commercial Finance Association) propose de modifier le paragraphe 1 de l'article 38 en supprimant les mots "concernant les matières", à la deuxième ligne, et d'inclure les mots "régissant expressément les transactions qu'elle régit par ailleurs". Le texte serait alors le suivant: "La présente Convention ne prévaut sur aucun accord international déjà conclu ou à conclure qui contient des dispositions régissant expressément les transactions qu'elle régit par ailleurs, ...". Le libellé actuel du paragraphe 1 est trop général et trop vague, et la modification proposée permettrait beaucoup plus facilement aux avocats et analystes de crédit de donner leurs opinions sur le point de savoir si le projet de convention régit une transaction particulière, et encouragerait grandement les prêteurs à fournir un financement sur la base du projet de convention.

46. Mme MCMILLAN (Royaume-Uni) dit que sa délégation a toujours été en faveur d'une exclusion spécifique pour les créances régies par Unidroit dans un souci de clarté et de sécurité juridiques, mais qu'elle est prête maintenant à admettre que le libellé général du paragraphe 1 de l'article 38 aboutit au même résultat. Dans l'hypothèse où des créances régies par Unidroit feraient partie d'un ensemble de créances dues à X et cédées ensuite à Z, le reste de l'ensemble serait régi par la Convention de la CNUDCI. Dans le cas d'un État ayant signé les deux conventions, laquelle s'appliquerait? Ou bien cette hypothèse est-elle si improbable qu'elle ne mérite pas d'être examinée?

47. M. MUTZ [Observateur de l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF)] dit que son organisation s'intéresse au protocole spécial portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire. À une réunion organisée conjointement par Unidroit et l'OTIF à Berne en mars 2001, les experts gouvernementaux ont examiné les relations entre le projet de convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et le projet de convention dont s'occupe actuellement la Commission. Il a été estimé que la valeur des actifs couverts par la Convention d'Unidroit tenait dans une large mesure aux recettes que pourraient procurer la vente ou la location de matériels d'équipement mobiles, puisque les recettes d'exploitation font partie des garanties proposées. Son organisation demande donc instamment que le texte très général de l'article 38 soit précisé, et elle a rédigé un libellé approprié qu'elle soumettra par écrit au secrétariat.

48. M. MEDIN (Suède) attire l'attention sur le paragraphe 61 du document A/CN.9/489/Add.1, qui traite du règlement du Conseil de l'Union européenne relatif aux procédures d'insolvabilité. Il y est dit que: "En tout état de cause, s'il y a conflit, ce dernier devrait être résolu en faveur du règlement en vertu du paragraphe 1 de l'article 38 (dont il faut peut-être élargir le champ d'application)." La nécessité éventuelle d'un tel élargissement est une question importante que devrait examiner la Commission.

49. L'Union européenne a adopté récemment deux nouveaux règlements, sur l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance et sur la liquidation des établissements de crédit, dont l'orateur croit qu'ils contiennent des dispositions traitant des règles du droit international privé applicables aux droits concurrents. Il se demande s'il pourrait y avoir un conflit entre le projet de convention et ces règlements.

50. La Commission européenne a également fait récemment une proposition de nouvelle directive sur les arrangements de garantie financière. M. Medin suppose qu'il n'y a pas de conflit entre cette proposition et le projet de convention, mais il souhaiterait que le secrétariat donne quelques explications.

La séance est suspendue à 15 h 35 et reprise à 16 h 5.

51. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation serait maintenant disposée à accepter l'amendement proposé par la Commercial Finance Association, sous réserve des modifications rédactionnelles. Cet amendement pourrait également répondre aux préoccupations exprimées par l'observateur de l'OTIF.

52. M. MORÁN BOVIO (Espagne) et M. BERNER (Observateur de l'Association du barreau de la ville de New York) appuient l'amendement proposé.

53. Mme BRELIER (France) dit que le commentaire devrait indiquer que l'article 38, paragraphe 1, couvre les engagements communautaires pris ou à venir.

54. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que la question est plus complexe qu'elle ne paraît. Les États-Unis ne peuvent être d'accord avec l'inclusion d'un tel libellé, ni dans le texte de la Convention, ni dans le commentaire, puisque, en plus des règlements de la Communauté européenne, il faudrait faire référence à toutes les obligations des autres groupes intergouvernementaux et régionaux tels que ceux conclus dans le cadre du Marché commun du Sud (MERCOSUR) et de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). C'est une tâche considérable qui aboutirait à une liste très longue. La Commission a examiné la relation entre le projet de convention et un certain nombre d'accords multilatéraux, mais il est impossible de déclarer que toutes les parties à la Convention de la CNUDCI devraient être liées par les mêmes obligations que les parties à un accord régional donné.

55. M. MORÁN BOVIO (Espagne) propose que le secrétariat soit chargé de faire figurer une référence appropriée à la question dans le commentaire.

56. Mme MCMILLAN (Royaume-Uni) dit que la question abordée par le paragraphe 1 de l'article 38 serait une question à soumettre à un tribunal, qui devrait examiner si un ensemble de règlements européens est un accord international qui a déjà été conclu ou pourrait être conclu et qui contient des dispositions concernant les matières régies par la Convention. Elle doute que le tribunal puisse être influencé par une déclaration dans un commentaire; il rendrait son propre jugement. Le commentaire ne devrait rien dire sur le point de savoir si un règlement, un traité ou une directive ou quelque document pouvant être appelé accord international pourrait être pertinent. Ce serait à un tribunal d'examiner si, par exemple, le règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité est couvert par le libellé du paragraphe 1 de l'article 38, et il n'aboutirait peut-être pas aux mêmes conclusions que le secrétariat. Pour résumer, moins il en sera dit sur de tels règlements et mieux cela vaudra. Sa délégation appuie donc le point de vue du représentant des États-Unis.

57. Le PRÉSIDENT demande s'il y a accord sur la proposition du représentant de l'Espagne.

58. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation peut donner son accord, à condition que la référence dans le commentaire se limite à décrire la question et ne prétende pas donner une conclusion sur une question importante qui n'a pas été réglée par la Commission.

59. M. BRINK [Observateur de la Fédération européenne des associations des sociétés d'affacturage (Europafactoring)] dit que l'objectif est de faire en sorte que le projet de convention prévale sur la Convention d'Ottawa toutes les fois que les deux conventions sont applicables, mais que cela ne devrait pas empêcher l'application de la Convention d'Ottawa si le projet de convention ne s'appliquait pas à un débiteur particulier. La deuxième phrase du paragraphe 2 de l'article 38 n'est pas assez claire sur ce point, et il propose en conséquence qu'elle soit reformulée dans le sens suivant: "... dans la mesure où la présente Convention ne s'applique pas aux droits et aux obligations d'un débiteur, elle n'exclut pas l'application de la Convention d'Ottawa pour ce qui est de ce débiteur".

60. Le PRÉSIDENT note qu'il n'y a pas d'objections à cette proposition qui sera examinée par le groupe de rédaction.

61. *Sous réserve d'autres délibérations sur la relation entre le projet de convention et le projet de convention d'Unidroit, le projet d'article 38, tel que modifié, est approuvé.*

Articles 39 et 40

62. *Les projets d'articles 39 et 40 sont approuvés.*

Article 41

63. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le projet d'article 41 est placé entre crochets, de même que sa disposition jumelle, le paragraphe 4 de l'article 4, car le Groupe de travail n'est pas parvenu à un accord sur le point de savoir si la Convention devrait envisager d'autres exclusions. La question a été laissée en suspens en attendant la finalisation du champ d'application du projet de convention, l'hypothèse étant que, si tout ce qui doit être exclu est exclu et que le champ d'application du projet de convention est défini de manière appropriée, il pourrait être nécessaire d'envisager d'autres exclusions. Toutefois, le Groupe de travail a été informé à la dernière session que le fait de permettre à un État d'exclure d'autres pratiques pourrait rendre la Convention plus acceptable pour les États auxquels des pratiques nouvelles et actuellement imprévisibles pourraient poser des problèmes dans l'avenir. Le Groupe de travail a été soucieux de créer un instrument qui pourrait s'adapter si nécessaire. Il a aussi entendu des arguments en faveur de la suppression aussi bien du paragraphe 4 de l'article 4 que de l'article 41 au motif que, si l'on autorisait une définition par déclaration, on pourrait réduire la certitude quant au champ d'application et ce dernier risquerait de différer d'un État à l'autre. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à une conclusion sur la question et a donc maintenu l'article 41 entre crochets.

64. Le texte de l'article 41 a été renvoyé au groupe de rédaction pour amélioration et soumis à la Commission sous sa forme actuelle avec un changement mineur au paragraphe 2 *b*, où il faudrait remplacer, dans le dernier membre de phrase, la référence à la loi régissant la créance par une référence à la loi régissant le contrat initial, dans un souci de cohérence avec les autres dispositions de la Convention.

65. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation appuie énergiquement l'article 41. C'est un article capital, puisque l'objectif est de convaincre le plus grand nombre d'États possible de signer un ensemble de règles modernes et efficaces qui renforceraient les échanges par le financement commercial. La Commission doit indiquer de façon très précise les types de pratiques qui sont régis par la Convention et ceux qui ne le sont pas. Les commentaires reçus de l'industrie et de groupes de praticiens spécialisés montrent que la Convention ne couvre pas encore toutes les pratiques existantes ou nouvelles. Il faut prévoir une disposition pour que les pays s'adaptent aux nouvelles pratiques commerciales qui seront élaborées dans l'avenir. L'article 41 constitue une soupape de sûreté essentielle. Bien qu'il puisse entraîner une certaine diminution de l'uniformité, il n'en résultera pas d'incertitude sur le marché. L'alternative est une convention qui serait trop rigide et ne survivrait pas aux changements intervenant sur le marché. Il recommande donc que l'article 41 soit conservé, quelle que soit la décision que puisse prendre par la suite la Commission à propos de l'article 4.

66. Mme MANGKLATANAKUL (Thaïlande) dit que sa délégation considère que l'article 41 est essentiel. Il conduira à une reconnaissance plus large de la Convention, car il laisse à un État la possibilité de déclarer à tout moment qu'il n'appliquera pas la Convention aux créances qu'il souhaite exclure de son champ d'application. Elle propose toutefois que le groupe de rédaction revoie la formulation de l'article pour le rendre plus compréhensible.

67. M. MORÁN BOVIO (Espagne) dit que l'article 41 permettra à n'importe quel pays de décider à tout moment qu'il n'appliquera pas la Convention à un type particulier de transaction. Cette liberté comporte un inconvénient, puisque chaque pays sera en mesure de réduire progressivement le champ d'application de la Convention. Il faudrait donc examiner cette disposition très attentivement en raison des effets préjudiciables qu'elle pourrait avoir, et la Commission ne devrait pas l'adopter trop hâtivement. Peut-être vaudrait-il mieux laisser le projet d'article 41 en suspens jusqu'à ce qu'une décision soit prise à propos du projet d'article 4. Il est fort possible que ce dernier contienne un ensemble d'exclusions suffisamment large et détaillé pour rendre inutile l'article 41.

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 715e séance

Mercredi 27 juin 2001 à 9 h 30

[A/CN.9/SR.715]

Président: M. Pérez-Nieto CASTRO (Mexique)

La séance est ouverte à 9 h 45.

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL *(suite)* (A/CN.9/486, A/CN.9/489 et Add.1, A/CN.9/490 et Add.1 à 4 et A/CN.9/491 et Add.1)

Article 41 (suite)

1. M. BERNER (Observateur de l'Association du barreau de la ville de New York) dit que, s'il est adopté, le projet d'article 41 permettra aux États contractants de s'adapter aux évolutions futures des marchés financiers. Le projet de convention, au lieu d'être un instantané, deviendra une image animée qui reflétera la dynamique d'un système financier mondial en mutation rapide, dont d'autres domaines, comme les services financiers électroniques, les produits dérivés et les opérations de titrisation, ont tiré profit des travaux de la Commission. La suppression de l'article 41 aurait l'effet inverse et empêcherait l'innovation. Le projet de convention devrait être suffisamment souple pour prendre en compte les changements à venir.

2. Mme LADOVÁ (Observatrice de la République tchèque) déclare que sa délégation est pour le maintien à la fois du projet d'article 41 et du paragraphe 4 du projet d'article 4.

3. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) partage l'inquiétude que le représentant de l'Espagne a exprimée à la précédente séance à propos de ce projet d'article. Les représentants ont prôné la souplesse et l'adaptabilité, mais le fait est que le projet d'article 41 risque de réduire à néant le projet de convention dans son ensemble. Étant donné l'importance de cette disposition, il faudrait en repousser l'examen jusqu'à ce que la Commission ait étudié le projet d'article 4.

4. M. STOUFFLET (France) dit que sa délégation attache elle aussi beaucoup d'importance à la souplesse. L'intention initiale était de faire en sorte que le champ d'application de la Convention soit le plus large possible. Cependant, au fil des travaux, un certain nombre d'exclusions ont été proposées, parfois pour des raisons techniques valables, parfois pour des motifs plus discutables. Les pratiques variant d'un pays à l'autre, le mieux serait d'autoriser chaque État à exprimer ses propres préférences. Le représentant de la France propose donc de prévoir, outre le mécanisme d'exclusion, un mécanisme d'inclusion permettant aux États d'ajouter d'autres cessions ou créances aux types de cessions et aux catégories de créances auxquels s'applique la Convention.

5. Mme GAVRILESCU (Roumanie) se dit favorable au maintien du projet d'article 41. Pour être accessible au plus grand nombre possible d'États, la Convention devrait être efficace, dynamique et adaptable à l'évolution d'un marché financier en mutation rapide. L'argument concernant le lien avec le paragraphe 4 du projet d'article 4 n'est pas valable. En effet, le projet d'article 41 peut exister indépendamment, car il contient des dispositions extrêmement claires sur la possibilité pour les États de déclarer que certains types de cessions et certaines catégories de créances ne sont pas acceptables. L'oratrice souscrit également à la proposition du représentant de la France en faveur d'une clause d'option positive venant s'ajouter à une clause d'option négative.

6. Le projet d'article 41 devrait être examiné — et, Mme Gavrilescu l'espère, conservé — avant que la Commission n'étudie le paragraphe 4, du projet d'article 4, car, sans lui, ce paragraphe — qui a été inséré uniquement dans un souci de précision et d'harmonisation — ne se justifierait plus.

7. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) comprend le désir de souplesse, mais craint que les listes de types et de catégories déclarées par les États contractants ne posent problème. Il demande si ces listes seront interprétées à la lumière du droit interne de chaque État. Tout comme le représentant de l'Espagne et l'observateur de l'Irlande, il préférerait repousser l'examen du projet d'article 41 jusqu'à ce que les questions soulevées par le projet d'article 4 soient réglées.

8. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) espère que les délégations auront du temps pour tenir des consultations informelles sur l'intéressante proposition du représentant de la France. À la réflexion, un mécanisme d'inclusion est très différent d'un mécanisme d'exclusion, et cette idée doit être soigneusement examinée. L'orateur présume que la proposition se limitera aux créances contractuelles. Il serait extrêmement difficile, à ce stade avancé des travaux, de remanier les dispositions existantes pour traiter des créances non contractuelles.

9. Un nombre considérable de délégations appuient le projet d'article 41, tandis que d'autres souhaitent en repousser l'examen pour étudier d'abord le projet d'article 4. Ce dernier est en effet capital. Les difficultés rencontrées pendant les longues consultations menées la veille dans le but d'élaborer une définition unique des produits financiers à inclure et à exclure témoignent de sa complexité. Il est particulièrement important pour les milieux financiers que ces consultations aboutissent. Le projet de convention doit tenir compte de l'évolution constante des marchés, faute de quoi les professionnels de la finance, qui ont besoin de transparence plus que d'ordre, lui retireront leur appui. Un système de déclarations faites par les États ne leur posera aucun problème. Même si la liste des exclusions dans le projet d'article 4 est arrêtée à la satisfaction de tous, ce dont on peut douter, elle risque d'être obsolète au bout de six mois, car les produits financiers évoluent, d'où la nécessité de maintenir le projet d'article 41.

10. Mme MCMILLAN (Royaume-Uni) dit que sa délégation s'associe aux orateurs qui ont formulé des réserves quant à la suppression des crochets entourant le projet d'article 41. Les partisans de cette disposition ont émis un certain nombre d'hypothèses dangereuses, à savoir que la disposition serait utilisée pour autoriser l'exclusion de pratiques financières particulières — en partant du principe que cela serait facile — et que les États emploieraient une terminologie précise, qui serait reconnaissable et que d'autres États pourraient appliquer à une pratique financière distincte. En matière de langue, toutefois, les choses sont rarement aussi simples. En outre, le projet d'article 47 prévoit un mécanisme de révision et d'amendement de la Convention, qui peut être lourd mais qui assurera la clarté nécessaire. Comme

cela a été dit, une des faiblesses éventuelles du projet de convention est qu'il s'efforce de donner satisfaction à tous. La Commission doit choisir entre l'exhaustivité et un plus grand degré de certitude.

11. M. ADENSAMER (Autriche) dit que sa délégation partage l'avis des orateurs qui ont préconisé la prudence à propos d'une disposition aussi capitale. Le projet de convention dans son ensemble, et plus particulièrement le projet d'article 11 posent de sérieux problèmes à l'Autriche. Si le projet de convention est ratifié, elle devra modifier sa législation. L'avantage serait certes l'adoption d'un régime international unifié, mais les modifications en question entraîneront sans aucun doute des complications. Par exemple, il sera difficile de savoir si une créance donnée entre dans le champ d'application du projet de convention. Il sera extrêmement difficile d'examiner des listes pour identifier les déclarations des États. Le champ d'application du projet de convention devrait être clair, faute de quoi cet instrument manquera son objet. D'autre part, avec le projet d'article 41, le texte de la Commission s'écarte beaucoup trop d'une convention pour se rapprocher d'une loi type. L'Autriche pourrait, par exemple, exclure toutes les créances faisant l'objet d'une clause contractuelle de non-cession; le projet de convention serait ainsi plus facile à ratifier, mais perdrait en même temps toute signification. L'orateur se demande si le projet d'article 41 est vraiment une bonne solution.

12. M. SALINGER (Observateur de Factors Chain International), s'exprimant en tant que professionnel du domaine, se range à l'avis du Royaume-Uni et de l'Autriche. Les partisans de la disposition partent du principe que celle-ci sera utilisée pour exclure de nouvelles pratiques financières, mais le libellé actuel de l'article est beaucoup trop général. Un État pourrait tout à coup décider d'exclure toutes les créances commerciales. L'octroi de crédits en toute confiance exige un certain degré de certitude. Or le projet d'article 41 tel qu'actuellement rédigé obligerait les bailleurs de fonds à vérifier constamment les déclarations des États.

13. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) associe sa délégation aux vues exprimées par les représentants du Royaume-Uni et de l'Autriche et par l'observateur de Factors Chain International.

14. Le PRÉSIDENT constate que les délégations semblent d'accord sur le principe énoncé dans le projet d'article 41, mais qu'il est également proposé d'examiner cette disposition en même temps que le projet d'article 4. Il suggère que la Commission l'examine quant au fond afin de décider comment, le cas échéant, elle devrait finalement être insérée dans le projet de convention.

15. M. MORÁN BOVIO (Espagne) dit qu'un groupe de délégations souhaite conserver l'article 41 tel quel, tandis qu'un autre groupe cherche à l'exclure purement et simplement. Le représentant de l'Autriche et l'observateur de Factors Chain International ont souligné que cette approche pourrait poser de graves problèmes d'ordre pratique. La proposition du représentant de la France mérite également d'être étudiée. Si l'article 41 a pour but d'adapter la Convention aux pratiques futures, les États ne pourront pas réaliser cette adaptation en excluant unilatéralement certaines pratiques dans une déclaration. S'il s'agit d'adapter la Convention aux situations nouvelles, la Commission devrait plutôt trouver un mécanisme d'inclusion, sans quoi la Convention n'aura aucun sens pour certains États. La Commission devrait attendre que les délégations aient eu la possibilité d'échanger leurs vues sur ce point avant d'examiner l'article 41.

16. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que la Commission devrait revenir sur l'article 41 après avoir fini d'examiner l'article 4. La Commission devrait étudier comment elle pourrait modifier l'article 41 pour y indiquer clairement que les autres exclusions devront peut-être entrer dans les catégories générales déjà mentionnées à l'article 4. La délégation américaine est sensible aux préoccupations exprimées par certaines délégations à propos de l'effet de l'article 41. Certains États peuvent avoir des difficultés pour adopter la Convention sous sa forme actuelle car ils entrevoient des problèmes d'ordre pratique. L'insertion de l'article 41 leur permettrait d'adopter la Convention afin de faire bénéficier leurs marchés des avantages qu'elle offre, du moins en partie. En conservant l'article 41, la Commission augmentera sensiblement la capacité de crédit de nombreux pays grâce à la Convention, sans pour autant rendre plus complexe ou moins certaine la situation sur les marchés financiers.

17. M. BAZINAS (secrétariat) dit que, afin d'éliminer les divergences, la Commission souhaitera peut-être envisager de restreindre le champ d'application de l'article 41 en faisant en sorte que les exclusions correspondent plus ou moins à celles qui sont énumérées à l'article 4. Un autre moyen qui aiderait à concilier souplesse et certitude serait de modifier le champ d'application de la Convention dans son ensemble en autorisant à la fois les exclusions et les inclusions. Si les exclusions doivent être étroitement délimitées, les inclusions devraient l'être également.

18. Le PRÉSIDENT suggère d'allouer suffisamment de temps aux délégations pour qu'elles échangent leurs vues sur l'article 41 afin de parvenir à un accord de principe. L'article 41 pourrait alors être examiné en même temps que l'article 4.

19. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) dit que sa délégation ne voit pas d'objection à ce que la Commission examine l'article 41 avec l'article 4. Il n'est pas convaincu que le principe sur lequel repose l'article 41 sous sa forme actuelle soit bon.

20. M. CHAN (Singapour) souhaite des éclaircissements sur la proposition d'examiner l'article 41 dans le cadre de l'article 4. Il demande si la Commission a l'intention de réexaminer toutes les exclusions énoncées à l'article 4. Si tel est le cas, elle risque de ne pas avoir assez de temps pour achever ses travaux sur la Convention à cette session. La délégation singapourienne ne voit aucune objection à ce que la Commission examine le texte figurant entre crochets au paragraphe 4 de l'article 4 en même temps que l'article 41. La Commission ne devrait cependant pas rouvrir des questions qui ont déjà été réglées.

21. Mme GAVRILESCU (Roumanie) dit que sa délégation estime, comme le représentant de Singapour, que la Commission ne devrait pas examiner l'article 4 dans son intégralité, puisqu'elle en a déjà approuvé les trois premiers paragraphes. La Commission ne devrait aborder l'article 41 en conjonction avec le paragraphe 4 de l'article 4 qu'après avoir fini d'examiner le projet de convention dans son ensemble.

22. Mme BRELIER (France) craint que, si elle attend d'avoir examiné l'article 4 pour aborder l'article 41, la Commission n'achève jamais ses travaux.

23. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission souhaite repousser l'examen de l'article 41 et passer à l'article 42.

24. *Il en est ainsi décidé.*

Article 42

25. M. BAZINAS (secrétariat) dit que l'article 42 propose aux États plusieurs options pour les règles de priorité énoncées à la section I de l'annexe. Un État peut adopter un des systèmes de priorité qui y sont proposés et le combiner avec le système d'enregistrement prévu à la section II de la même annexe ou avec son propre système d'enregistrement, ou encore combiner le système d'enregistrement de l'annexe et les règles de priorité nationales. Si un État opte pour l'un des systèmes de priorité de l'annexe, celui-ci devra constituer la loi du lieu de situation du cédant aux fins du système de priorité prévu à l'article 24. L'annexe et l'ar-

ticle 42 ont essentiellement pour but de permettre aux États qui n'ont pas de règles de priorité ou qui souhaitent moderniser leur système de priorité d'envisager l'une des options proposées. Si un État a un système de priorité compatible avec la Convention, il ne lui sera peut-être pas nécessaire d'adopter l'une des options prévues en annexe. En revanche, si l'État n'a aucune règle de priorité ou souhaite moderniser son système de priorité, il pourrait utilement se fonder sur l'annexe.

26. M. COHEN (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation approuve pleinement l'article 42. Celle-ci propose d'ajouter à la fin du paragraphe 5 les mots "ou qu'il appliquera ces règles de priorité avec les modifications spécifiées dans ladite déclaration" pour permettre à un État d'indiquer dans sa déclaration qu'il appliquera les règles de priorité de la section choisie avec les modifications mentionnées dans cette déclaration.

27. M. IKEDA (Japon) dit que sa délégation trouve l'article 42 trop compliqué, car il propose un trop grand nombre d'options concernant les règles de priorité énoncées dans l'annexe. Afin de simplifier les règles du commerce international, le Japon est partisan de réduire autant que possible le nombre de ces options. L'orateur demande si l'annexe doit être examinée en même temps que l'article 42 ou plus tard. Si elle est examinée ultérieurement, sa délégation se réserve le droit de revenir sur l'article 42 pour d'éventuelles modifications. Une autre possibilité serait que la Commission n'adopte l'article 42 qu'après avoir achevé son examen de l'annexe.

28. M. DUCAROIR (Observateur de la Fédération bancaire de l'Union européenne) se dit très préoccupé par les commentaires du représentant du Japon. Une majorité de délégations était initialement favorable à un système de priorité unique et sa délégation a eu beaucoup de difficulté à faire admettre son point de vue selon lequel il existe d'autres solutions que le régime de priorité fondé sur l'enregistrement. Dans certains pays d'Europe, à savoir l'Allemagne, l'Espagne, la France et l'Italie, les règles de priorité sont fondées sur la date de la cession, tandis que dans d'autres le système fondé sur l'enregistrement est fréquemment utilisé. Se référant au troisième ensemble de règles, fondé sur la date de notification de la cession, qui a été proposé à la vingt-troisième session du Groupe de travail, l'orateur ne voit pas pourquoi trois systèmes de priorité devraient être plus difficiles à gérer que deux. À son avis, le véritable danger est d'essayer de limiter les règles de priorité à un système unique, qui serait inévitablement fondé sur l'enregistrement.

29. M. COHEN (États-Unis d'Amérique) dit que le paragraphe 5 de l'article 42 fait référence au droit des États de faire des déclarations, sans expliquer pour autant l'effet de telles déclarations. Afin de rendre cet article plus clair, il propose d'ajouter, aux alinéas *a*, *b*, *c* et *d* du paragraphe 2, les mots suivants: "tel que modifié par toute déclaration faite en vertu du paragraphe 5 du présent article". Le texte de l'alinéa *a* du paragraphe 2, par exemple, serait alors le suivant: "La loi d'un État qui a fait une déclaration en vertu 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, tel que modifié par toute déclaration faite en vertu du paragraphe 5 du présent article."

30. M. MORÁN BOVIO (Espagne) approuve la proposition du représentant des États-Unis d'Amérique.

31. Le PRÉSIDENT propose que la Commission revienne sur l'article 42 lorsqu'elle examinera l'annexe.

32. *Il en est ainsi décidé.*

Article 43

33. *Le projet d'article 43 est approuvé.*

Article 44

34. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) rappelle qu'à une précédente séance sa délégation a proposé soit d'ajouter les mots "ou déclaration" après "aucune réserve", soit de supprimer l'exception et de libeller l'article simplement comme suit: "Aucune réserve n'est autorisée par la présente Convention". Bien que sa délégation accepte à présent de laisser l'article tel quel, elle souhaiterait que ces préoccupations soient consignées dans le commentaire.

35. Le PRÉSIDENT confirme qu'il sera fait état des préoccupations de la délégation américaine dans le commentaire.

36. *Le projet d'article 44 est approuvé.*

Articles 45 et 46

37. *Les projets d'articles 45 et 46 sont approuvés.*

Article 47

38. M. COHEN (États-Unis d'Amérique) propose de n'aborder l'article 47 que lorsque la Commission reprendra son examen de l'article 41 parallèlement à celui de l'article 4.

39. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est suspendue à 11 h 15; elle est reprise à 11 h 45.

Annexe du projet de convention

40. M. BAZINAS (secrétariat) dit que l'annexe propose plusieurs options entre lesquelles les États doivent choisir afin d'assurer une application plus efficace de l'article 24 relatif à la loi du lieu de situation du cédant. Cinq années de discussion au sein du Groupe de travail n'ont pas permis de parvenir à un consensus sur le système de priorité qui serait le plus approprié. Aussi les quatre sections de l'annexe proposent-elles trois régimes de priorité différents. Les sections I et II traitent d'un système fondé sur l'enregistrement et en décrivent les caractéristiques essentielles. La section III énonce des règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession et la section IV des règles fondées sur la date de notification de la cession.

Section I: Règles de priorité fondées sur l'enregistrement

41. M. DESCHAMPS (Canada) dit que, puisque l'annexe est réputée être applicable aux fins de l'article 24 et que ce dernier ne fait plus référence au "produit", ce mot devrait également être supprimé dans les différentes sections de l'annexe, de même que dans les articles 45 et 46.

42. *La section I de l'annexe, telle que modifiée, est approuvée*

Section II: Enregistrement

43. M. KOBORI (Japon) dit que l'article 3 de la section II prévoit que le conservateur du registre et l'autorité de supervision sont chargés non seulement de promulguer un règlement, mais également d'assurer le fonctionnement du système d'enregistrement. Étant donné que ces entités n'ont pas encore été désignées, il semble prématuré de leur conférer des compétences aussi larges. L'orateur propose de libeller la disposition en termes plus abstraits et de préciser les caractéristiques du système d'enregistrement dans un instrument international futur.

44. En ce qui concerne le paragraphe 3 de l'article 4, il faut préciser l'effet juridique d'un enregistrement effectué avant une

cession à laquelle il se rapporte. Le représentant du Japon se demande si un tel enregistrement aura pour effet de préserver l'ordre de priorité et, dans l'affirmative, si cet effet devrait être expressément mentionné dans le projet.

45. M. BAZINAS (secrétariat), se référant à l'article 3, rappelle qu'à sa dernière session le Groupe de travail avait chargé un groupe spécial de représentants d'élaborer une disposition sur la procédure de désignation de l'autorité de supervision et du conservateur du registre et qu'il avait formulé des recommandations générales sur ce point au paragraphe 174 du document A/CN.9/486. Le paragraphe 26 du document A/CN.9/491 propose un libellé possible pour la disposition en question qui serait insérée dans l'annexe. On pourrait soit rédiger l'article 3 en termes plus généraux, comme le propose le représentant du Japon, soit le laisser tel quel si la Commission le souhaite.

46. Le PRÉSIDENT, faisant observer que les articles de la section II sont le fruit d'un long travail de rédaction, dit qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission souhaite les adopter tels quels.

47. *La section II de l'annexe est approuvée.*

Section III: Règles de priorité fondées sur la date du contrat de cession

48. M. SCHNEIDER (Allemagne) propose de supprimer les mots "et son produit" à l'article 6 conformément à la décision prise à propos de la section I.

49. Il propose également d'insérer un article 7 *bis* contenant une règle de preuve importante libellée comme suit: "La date de la conclusion du contrat de cession, pour ce qui est des articles 6 et 7, peut être démontrée par tout moyen de preuve".

50. M. STOUFFLET (France), M. DUCAROIR (Observateur de la Fédération bancaire de l'Union européenne), Mme GAVRILESCU (Roumanie) et Mme STRAGANZ (Autriche) appuient cette proposition.

51. *L'article 7* bis *est approuvé.*

52. *La section III de l'annexe, telle que modifiée, est approuvée.*

Section IV: Règles de priorité fondées sur la date de notification de la cession

53. M. IKEDA (Japon) dit que l'on devrait uniformiser autant que possible les règles de priorité pour accroître l'efficacité de la Convention. Cette uniformité peut être assurée si lesdites règles se fondent sur l'enregistrement, mais certains États souhaitent clairement adopter d'autres systèmes. L'orateur n'est pas convaincu de la validité d'un système de règles fondées sur la date de notification de la cession, qui a été rejeté il y a cinq ans, lors de la première session du Groupe de travail, du fait que la notification n'était pas pertinente dans le cas d'une cession de plusieurs créances. Le Japon a récemment adopté une législation qui est compatible avec le système fondé sur l'enregistrement et il n'est pas en mesure, pour l'instant, d'approuver la section IV.

54. Mme LOMNICKA (Royaume-Uni) dit que, par principe, l'annexe devrait contenir plusieurs options pour les règles de priorité afin que la Convention soit aussi acceptable que possible. La section IV correspond au droit anglais, dans lequel l'ordre de priorité est normalement déterminé par la date de la notification. La représentante du Royaume-Uni demande donc instamment que cette section soit maintenue. Toutefois, conformément à la règle émanant de la jurisprudence dans l'affaire *Dearle* c. *Hall*, qui est appliquée dans les pays de *common law*, un cessionnaire subséquent ayant connaissance d'une cession antérieure ne peut obtenir la priorité par rapport au cessionnaire antérieur en adressant une notification avant celui-ci. Si la Commission décide de maintenir la section IV, l'oratrice proposera un amendement à l'article 8 dans ce sens.

55. M. MEDIN (Suède) dit que son pays applique également des règles de priorité fondées sur la date de notification de la cession. Le système fonctionne bien et il serait utile que la section IV soit maintenue dans l'annexe. L'orateur approuve la proposition de la représentante du Royaume-Uni visant à modifier l'article 8.

56. M. DUCAROIR (Observateur de la Fédération bancaire de l'Union européenne) se dit favorable au maintien de la section IV. Les systèmes visés par les sections III et IV sont appliqués dans des pays importants. Il y a cinq ans, le Groupe de travail pensait que le système fondé sur l'enregistrement pourrait évincer les autres systèmes. Cela n'a pas été le cas, toutefois, et ne le sera probablement pas dans l'avenir prévisible.

57. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) se déclare favorable au maintien de la section IV, qui constitue une option utile, et appuie la proposition d'amendement de la représentante du Royaume-Uni. Étant donné que le droit anglais en question est également appliqué en Irlande et dans d'autres pays, la règle de base et son exception devraient être énoncées avec précision.

58. Mme STRAGANZ (Autriche) fait sienne la proposition tendant à conserver la section IV.

59. M. SUK KWANG-HYUN (Observateur de la République de Corée) se prononce en faveur de la section IV, mais propose, par souci d'harmonisation, d'insérer une règle de preuve analogue à celle qui a été adoptée pour la section III.

60. M. DESCHAMPS (Canada) fait observer que, d'après la définition donnée à l'alinéa *d* de l'article 5, la notification d'une cession désigne une communication par écrit. Si "notification" a la même signification dans l'annexe que dans la Convention, elle ne peut être démontrée "par tous moyens de preuve".

61. Le PRÉSIDENT, constatant qu'une majorité de membres souhaitent conserver la section IV, invite la représentante du Royaume-Uni à présenter sa proposition d'amendement à l'article 8.

62. Mme LOMNICKA (Royaume-Uni) abonde dans le sens du représentant du Canada, mais propose de remplacer "est effectuée" à l'article 8 par "est reçue", modification qui correspond également à une règle de la *common law*.

63. L'ajout que l'oratrice a précédemment proposé d'apporter à ce même article serait libellé comme suit: "Toutefois, un cessionnaire qui a connaissance d'une cession antérieure à la date où la créance lui est cédée ne peut obtenir la priorité par rapport à cette cession antérieure."

64. M. BAZINAS (secrétariat), répondant à l'observation du représentant du Canada, dit que la notification peut être effectuée conformément soit à la Convention, soit au droit interne. De son point de vue, l'annexe exige l'application de la loi du lieu de situation du cédant, qui par définition est la loi d'un État contractant, faute de quoi l'article 24 ne sera pas applicable. Les règles de notification sont applicables uniquement aux opérations entrant dans le champ d'application de la Convention. Dans le cas d'une cession nationale d'une créance nationale, qui n'y entre pas, la notification peut être effectuée conformément au droit interne.

65. Un conflit peut survenir entre un cessionnaire national de créances nationales et un cessionnaire étranger de créances nationales lorsque le premier a adressé une notification en se conformant uniquement au droit interne. Cette éventualité pourrait être examinée dans le commentaire.

66. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) se déclare favorable à la proposition d'insérer une règle de preuve dans la section IV et se réfère à cet égard à la définition d'"écrit" donnée à l'alinéa *c* de l'article 5, qui constitue, selon lui, une règle de fond et non une règle de preuve. La question est de savoir, lorsqu'une notification doit être effectuée par écrit, si celle-ci ne pourrait pas être prouvée, par exemple, par un témoin. Il y a des motifs valables pour se référer à des règles de preuve dans la section III. Le fait de ne pas mentionner ces règles dans la section IV pourrait laisser entendre que les moyens de preuve sont restreints dans ce dernier cas.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 716e séance

Mercredi 27 juin 2001, à 14 heures

[A/CN.9/SR.716]

Président: M. Pérez-Nieto CASTRO (Mexique)

La séance est ouverte à 14 h 20.

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL *(suite)* (A/CN.9/486, A/CN.9/489 et Add.1, A/CN.9/490 et Add.1 à 4 et A/CN.9/491 et Add.1)

Annexe du projet de convention (suite)

Section IV: Règles de priorité fondées sur la date de notification de la cession (suite)

1. M. BAZINAS (secrétariat) confirme que la proposition faite par l'observateur de la République de Corée lors de la précédente séance ne vise pas nécessairement à reproduire l'article 7 *bis* dans la section IV. Elle a été faite dans un souci d'équilibre du texte: si une règle de preuve concernant la date de la conclusion d'un contrat est insérée dans la section III, il pourrait être logique de faire figurer dans la section IV une règle analogue de preuve concernant la date de la notification. Il peut aussi être préférable de dire que la date de la conclusion d'un contrat de cession peut être prouvée par tout moyen, pas nécessairement écrit, puisque, pour les pays dont les règles sont comparables à celles de la section III, le contrat de cession lui-même ne doit pas nécessairement faire l'objet d'un écrit. La situation au regard de la notification pourrait être différente vu que, même dans le cadre du projet de convention, la notification doit faire l'objet d'un écrit. Dans d'autres systèmes juridiques, une notification doit non seulement donner lieu à un écrit, mais aussi respecter les formes prévues par la loi. Il ne serait donc peut-être pas suffisant d'indiquer simplement dans la section IV que la date de la notification peut être prouvée par tout moyen.

2. M. HUANG FENG (Chine) dit que sa délégation souhaite le maintien des critères régissant les règles de priorité dans la section IV et voudrait savoir si la notification doit ou non être faite au débiteur.

3. M. BAZINAS (secrétariat) confirme que la notification est censée être faite au débiteur, bien qu'aucune référence au débiteur ne figure dans la définition de la notification d'une cession énoncée à l'alinéa *d* de l'article 5. On pourrait peut-être remédier à cette omission en remplaçant, dans l'article 8 de l'annexe, les mots "est effectuée" par "est reçue par le débiteur".

4. M. DESCHAMPS (Canada) note que la forme d'une notification concerne non seulement les États qui adopteront le régime de priorité fondé sur la notification prévu par l'annexe, mais aussi les États qui n'adopteront pas l'annexe mais dont le droit interne prévoit un régime de priorité fondé sur la notification. Dans de nombreux cas, la notification requise en droit interne a un caractère plus formel que celle prévue dans le projet de convention, auquel cas la notification prévue par la Convention ne sera pas suffisante pour donner priorité à un cessionnaire. Bien que le projet de convention ne soit pas censé régler ce problème, la question devrait être traitée dans le commentaire.

5. M. STOUFFLET (France) souligne que les systèmes définis dans l'annexe du projet de convention ont un caractère facultatif. Un État qui aurait des difficultés à concilier le régime de notification énoncé dans la section IV avec son régime interne de notification pourrait soit ne pas adopter la section IV et conserver son système propre, soit modifier son système interne pour entrer dans la logique de cette section. La décision doit être prise au niveau national, non par la Commission.

6. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le secrétariat fera une proposition concernant la question soulevée par le représentant du Canada lors de l'examen des questions de forme. L'amendement proposé par la représentante du Royaume-Uni à la séance précédente, visant à remplacer, dans l'article 8, les mots "est effectuée" par "est reçue", pourrait être développé et se lire "est reçue par le débiteur", pour tenir compte de l'observation du représentant de la Chine. Pour des raisons de cohérence, l'article 9 devrait peut-être être modifié de la même façon.

7. Le PRÉSIDENT, notant que le principe de l'amendement proposé par le Royaume-Uni a, semble-t-il, déjà été approuvé, prie la représentante du Royaume-Uni de remettre par écrit sa proposition au secrétariat pour qu'elle soit examinée par le groupe de rédaction.

8. *La section IV de l'annexe, telle que modifiée, est approuvée.*

9. *L'annexe du projet de convention dans son ensemble, telle que modifiée, est approuvée.*

Article 42 (suite)

10. Le PRÉSIDENT invite la Commission a reprendre l'examen de l'article 42 relatif à l'application de l'annexe.

11. Constatant qu'aucun orateur ne souhaite prendre la parole, il conclut que l'article 42, tel que modifié par la délégation des États-Unis, peut être approuvé.

12. *Il en est ainsi décidé.*

13. *Le projet d'article 42, tel que modifié, est approuvé.*

14. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) rappelle que, lors de l'examen de la section II de l'annexe à la séance précédente, le secrétariat avait appelé l'attention sur le paragraphe 26 du document A/CN.9/491, dans lequel un libellé visant la procédure de désignation de l'autorité de supervision et du conservateur du registre était proposé. Il ne s'opposerait pas à ce qu'un tel libellé soit inséré quelque part dans le projet de convention, peut-être dans l'annexe. De l'avis de sa délégation, il faut viser tant les États contractants que les États signataires, pour assurer la plus large participation possible des États.

15. M. SEKOLEC (Secrétaire de la Commission) dit que, de l'avis du secrétariat, il n'y aurait aucune difficulté technique à mentionner à la fois les États contractants et les États signataires.

16. Mme SABO (Canada) appuie la proposition faite par le représentant des États-Unis.

17. M. MORÁN BOVIO (Espagne) appuie également la proposition, en ajoutant que le libellé et l'emplacement exacts de la disposition pourraient être décidés par le groupe de rédaction.

18. Le PRÉSIDENT propose que le groupe de rédaction approfondisse la question du libellé de la disposition et de l'endroit précis où il faudrait l'insérer dans le projet de convention.

19. *Il en est ainsi décidé.*

20. Le PRÉSIDENT invite la Commission à entreprendre un réexamen complet du texte du projet de convention adopté par le Groupe de travail, en s'attachant surtout aux questions en suspens.

Titre

21. Le PRÉSIDENT rappelle qu'il a été proposé de supprimer les mots "dans le commerce international" à la fin du titre.

22. M. MORÁN BOVIO (Espagne), appuyé par Mme MCMILLAN (Royaume-Uni), dit que cette partie du titre doit être maintenue, car il s'agit d'une formule traditionnelle qui aide le lecteur à comprendre clairement le domaine d'activité concerné. Certes, le titre officiel de la Convention ne sera pas employé en toutes occasions et, dans la pratique courante, on utilisera une version abrégée.

23. Mme SABO (Canada) ne trouve rien à redire au titre, mais propose, dans le texte anglais, de faire précéder le mot "*assignment*" de l'article défini; la question pourrait être examinée par le groupe de rédaction.

24. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite conserver le titre existant de la Convention.

25. *Il en est ainsi décidé.*

26. *Le titre de la Convention est approuvé.*

Préambule

27. M. MORÁN BOVIO (Espagne) dit qu'il peut accepter le préambule tel qu'il est libellé. Toutefois, il serait inopportun d'y faire figurer une clause reconnaissant l'apport au projet de convention de la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international, comme cela est proposé dans le document A/CN.9/490. S'il est vrai que les deux conventions sont liées, une telle clause pourrait créer des difficultés pour l'interprétation du projet de convention compte tenu de la référence au préambule figurant dans l'article 7. Il serait préférable de mentionner dans le commentaire les travaux préliminaires utiles qui ont été effectués.

28. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'autre objection, il considérera que le préambule du projet de convention, tel qu'il est libellé, peut être approuvé.

29. *Il en est ainsi décidé.*

Article premier

30. *Le projet d'article premier est approuvé.*

Article 2

31. *Le projet d'article 2 est approuvé.*

Article 3

32. *Le projet d'article 3 est approuvé.*

Article 4

33. Le PRÉSIDENT rappelle aux membres de la Commission que le projet d'article 4 doit être examiné en liaison avec le projet d'article 41.

34. M. BAZINAS (secrétariat) dit que l'article 4, relatif aux exclusions, a été adopté par la Commission l'année précédente à l'exception de son paragraphe 4, dont le sort a été lié à celui de l'article 41. Comme cet article, le paragraphe 4 a été placé entre crochets. Toutefois, le Groupe de travail a défini trois questions dont l'examen doit être approfondi. La première est celle de savoir si le transfert d'un effet de commerce par possession mais non par négociation devrait aussi être exclu. Pour préserver les droits conférés aux personnes par le droit cambiaire, le paragraphe 1 *b* vise non pas le type d'instrument, mais la négociation. Lors de la session précédente du Groupe de travail, la question avait été posée de savoir s'il fallait aussi exclure des documents ayant été transférés par remise avec endossement et remis à titre de sûreté à un tiers. La raison d'être de cette proposition était que la personne en possession de l'instrument aurait besoin d'être protégée en cas de conflit de priorité avec un cessionnaire. Normalement, la personne en possession pensera que c'est la loi du pays du lieu de l'instrument et non la loi du pays d'établissement du cédant qui régira un tel conflit de priorité. Dans le document A/CN.9/491, il a été proposé, au paragraphe 27, d'exclure une telle possession au motif que l'exception visant des instruments négociables était axée sur la négociation, en vue de protéger les attentes du détenteur d'un instrument. L'idée était que, lorsqu'il y avait une créance et que cette créance était incorporée dans un effet de commerce, la cession de la créance elle-même ne serait pas exclue, mais que, par contre, le transfert de l'effet de commerce serait exclu par application du paragraphe 1 *b* de l'article 4. Le texte dudit paragraphe n'exprimant pas clairement cette intention, un nouveau texte a été proposé dans le paragraphe 28 du document A/CN.9/491, qui se lirait ainsi: "La

présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de quelque personne que ce soit découlant du droit cambiaire".

35. La deuxième question se rapporte à la définition des valeurs mobilières. La Commission pourrait souhaiter examiner si la référence, à l'alinéa *f* du paragraphe 2, aux "valeurs mobilières" est suffisante pour atteindre l'objectif recherché ou si, pour tenir compte du texte sur la loi applicable aux dispositions de titres détenus auprès d'un intermédiaire en cours d'élaboration par la Conférence de La Haye de droit international privé, il convient de modifier cette définition.

36. La troisième question concerne l'éventuelle reformulation du paragraphe 3 de l'article 4, qui a suscité un certain nombre de préoccupations lors de la précédente session de la Commission. Au paragraphe 32 du document A/CN.9/491, le secrétariat a proposé un libellé modifié à cet égard pour faire en sorte que les limitations applicables à l'acquisition de droits réels sur un immeuble en vertu de la loi de l'État dans lequel est situé cet immeuble ne soient pas affectées. Si les inquiétudes persistaient, le secrétariat préférerait retirer sa proposition plutôt que de provoquer un nouveau débat prolongé sur la question.

Paragraphe 1 b

37. M. DESCHAMPS (Canada) dit que, s'agissant des instruments négociables, sa délégation appuie pleinement le nouveau libellé proposé par le secrétariat, au paragraphe 28 du document A/CN.9/491, pour remplacer le libellé existant du paragraphe 1 *b* de l'article 4. Une proposition analogue avait été faite par les États-Unis dans le document A/CN.9/490. Il appuie également la proposition faite par la France dans le document A/CN.9/490/Add.1, visant à remplacer l'expression "effets de commerce" par "instruments négociables" dans la version française du texte.

38. Mme PIAGGI DE VANOSSI (Observatrice de l'Argentine), Mme GAVRILESCU (Roumanie) et M. MORÁN BOVIO (Espagne) appuient les observations du représentant du Canada concernant la proposition du secrétariat visant à remanier le paragraphe 1 *b*.

39. M. DUCAROIR (Observateur de la Fédération bancaire européenne) dit que, s'il comprend bien, le représentant du Canada approuve le nouveau libellé du paragraphe 1 *b* proposé par le secrétariat, mais également la proposition de la France de modifier deux mots dans la version française du texte. Il est important de savoir précisément ce que l'on veut faire. En tout état de cause, il faut être très prudent quant à l'utilisation des termes.

40. M. BAZINAS (secrétariat) dit qu'il sera difficile de parvenir à une définition uniforme de l'expression "instruments négociables", et qu'en conséquence les membres de la Commission souhaiteront peut-être s'entendre sur une interprétation commune de l'expression, qui pourrait ensuite être développée dans le commentaire.

41. M. CHAN (Singapour) s'interroge sur la procédure suivie. Le nouveau libellé proposé par le secrétariat vise le "droit cambiaire" ("*negotiable instrument law*"). Il doute toutefois qu'une telle expression puisse être employée de façon sûre en l'absence d'accord sur ce qui constitue un instrument négociable.

42. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le problème n'est pas né du libellé proposé par le secrétariat, l'expression "effets de commerce" ("*negotiable instrument*") figurant déjà dans le texte existant du paragraphe 1 *b* de l'article 4, tel qu'il a été approuvé par la Commission. Le libellé proposé par le secrétariat est provisoire et n'a été présenté qu'aux fins d'examen.

43. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) fait siennes les observations du représentant du Canada. Le libellé proposé par le secrétariat pourrait peut-être faire l'objet d'un nouvel alinéa *c* inséré dans le paragraphe 3. L'alinéa *b* du paragraphe 1 devrait alors être supprimé.

44. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) dit que le texte existant n'est pas particulièrement satisfaisant et que le libellé proposé par le secrétariat paraît très séduisant au premier abord. Il a toutefois été frappé par les observations du représentant de Singapour: le droit cambiaire ("*negotiable instrument law*") étant un concept très large et mal défini, il préférerait, tout compte fait, que le texte ne soit pas modifié.

45. M. MORÁN BOVIO (Espagne) dit que rien ne justifie les inquiétudes exprimées par le représentant de Singapour et par l'observateur de l'Irlande. Le libellé proposé par le secrétariat, bien qu'ayant un caractère général, indique clairement que le projet de convention n'aura pas d'incidences sur les droits et obligations de quelque personne que ce soit découlant du droit cambiaire. Néanmoins, lorsqu'une transaction n'est pas couverte par le droit cambiaire, le projet de convention sera applicable. S'il peut sembler à première vue que le libellé proposé crée des difficultés, un examen plus approfondi montre qu'il est de loin préférable au texte du paragraphe 1 *b* de l'article 4, tel qu'il est actuellement formulé.

46. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le principal problème concerne les deux questions qu'a renvoyées le Groupe de travail à la Commission: tout d'abord, celle de savoir s'il faut exclure le transfert d'instruments par possession et, deuxièmement, à supposer que de tels instruments ne soient pas exclus, celle de savoir s'il faut prévoir une règle de priorité différente pour protéger les droits de personnes en possession de tels instruments. La proposition du secrétariat est un moyen de régler ces questions.

47. M. FRANKEN (Allemagne) dit que sa délégation appuie les observations faites par le représentant du Canada, mais qu'elle ne comprend pas bien le libellé proposé par le secrétariat. L'expression "n'a pas d'incidences" est ambiguë et ne figure nulle part ailleurs dans l'article. De plus, comme il est indiqué au paragraphe 28 du document A/CN.9/491, le libellé proposé par le secrétariat aurait aussi pour résultat d'éviter d'exclure la cession d'une créance contractuelle uniquement parce que cette créance est incorporée dans un effet de commerce — ce qui n'est pas l'objectif visé. Il convient donc d'approfondir l'examen du libellé à adopter, puisque la plupart des participants s'accordent, en principe, sur la nécessité de faire quelque chose pour régler les questions renvoyées par le Groupe de travail à la Commission.

48. Le PRÉSIDENT propose de suspendre la séance pour permettre aux délégations d'examiner directement avec le secrétariat leurs sujets de préoccupations.

La séance est suspendue à 15 h 40; elle est reprise à 16 h 10.

49. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le libellé proposé au paragraphe 28 du document A/CN.9/491 constitue une solution possible à la question posée par le Groupe de travail, et qu'il est conforme à la position de principe du Groupe de travail et de la Commission. Le but recherché est d'éviter toute incidence sur les droits et obligations de personnes détenant des instruments soumis au droit cambiaire. Toutefois, lorsque, dans le cadre du droit interne, une créance incorporée dans un instrument négociable peut être cédée séparément, ce type de cession ne serait pas exclu de la Convention. Le projet de convention n'aura pas d'incidences sur les systèmes qui n'autorisent pas une cession de la créance dans le cas où celle-ci est incorporée dans un effet de commerce.

50. L'expression "n'a pas d'incidences", employée dans plusieurs articles du projet de convention, signifie que, sans exclure la question, la Convention n'affecte pas sur les droits découlant d'une loi autre que la Convention. Ainsi, la question de la priorité d'une personne détentrice d'un instrument sera régie par la loi du pays du lieu de l'instrument.

51. S'agissant de la question qui lui est renvoyée par le Groupe de travail, la Commission a trois options: le texte suggéré par le secrétariat; l'inclusion dans le projet de convention d'une règle de priorité différente pour les transferts d'instruments négociables qui ne seront pas exclus en vertu du paragraphe 1 *b* de l'article 4; et enfin, l'exclusion par voie de déclaration faite en vertu de l'article 41. La question importante pour la Commission est de savoir si elle désire adopter l'une de ces trois options et, dans l'affirmative, laquelle, le libellé précis de telle ou telle proposition étant pour le moment accessoire.

52. Le PRÉSIDENT suggère, afin d'accélérer les choses, que les représentants qui souhaitent prendre la parole se concentrent sur les options disponibles.

53. M. STOUFFLET (France) rappelle qu'au cours d'une série de réunions le Groupe de travail avait pensé pouvoir traiter de la question des instruments négociables en excluant complètement du champ d'application de la Convention certaines formes de titres de créance. Il lui était par la suite apparu que ce ne serait pas une bonne méthode; ce qui était en réalité significatif était la technique utilisée pour transmettre le titre de créance, à savoir la négociation sous ses diverses formes. La France avait donc proposé qu'à chaque fois que les parties employaient une technique de négociation la Convention ne s'appliquerait pas, car ces techniques étaient soumises à un régime juridique tout à fait différent de celui énoncé dans la Convention. C'est exactement l'esprit du texte proposé par le secrétariat au paragraphe 28. La délégation française est donc prête à souscrire à cette rédaction, qui aurait pour conséquence que si une créance était incorporée dans un titre négociable, mais si les parties la cédaient en utilisant les formes classiques de la cession de créances, il n'y aurait aucune raison pour que la Convention ne s'applique pas.

54. Le représentant de la France a néanmoins certaines hésitations concernant la dernière proposition du secrétariat qui, s'il comprend bien, tend à inclure dans la Convention des règles de priorité particulières applicables en cas de négociation de titres négociables. Il craint que cela aille au-delà du mandat de la Commission et présente le risque d'entrer en conflit avec des textes existants.

55. M. WHITELEY (Royaume-Uni) pense comme le secrétariat que la Commission devrait chercher à exclure le transfert par possession. Il serait préférable de ne pas passer sous silence cette question dans la Convention, car le débat qu'elle a jusqu'à présent suscité montre qu'elle n'est pas sans prêter à controverse, et des orientations devraient donc être données sur la façon dont il convient de traiter ces transferts.

56. Tout en pensant comme le représentant de l'Allemagne que la disposition devrait être plus clairement rédigée, M. Whiteley estime néanmoins que la rédaction du paragraphe 28 est infiniment préférable à la rédaction actuelle. Pour ce qui est de la façon dont elle pourrait être améliorée, il pense également qu'il risque d'être difficile d'arriver à une définition de l'"instrument négociable". Le point crucial est que de tels instruments, quelle qu'en soit la définition, peuvent facilement être transférés, et le sont en fait quotidiennement, en dehors du cadre de la Convention, et qu'il serait déconseillé que la Commission fasse quoi que ce soit qui risque d'entraver cette pratique.

57. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) dit que de nombreux membres de la Commission semblent être favorables à la proposition du secrétariat, mais que d'autres ont des réserves qui sont principalement liées à des questions de définition. La solution serait peut-être de revenir à ce que le secrétariat avait suggéré antérieurement, à savoir se concentrer non pas sur les définitions, mais plutôt sur des questions pratiques telles que celle de savoir si ce qui est transféré est en fait un instrument, si la personne concernée est en possession de cet instrument, et, dans l'affirmative, quel effet juridique une telle possession aurait dans le droit de l'État dans lequel l'instrument est situé. En répondant à ces questions, on saurait quels droits a cette personne, et si la Convention aurait des incidences sur ces droits.

58. Si cette approche est retenue, on pourrait utiliser une rédaction très simple mais qui répondrait néanmoins à toutes les préoccupations exprimées. M. Smith suggère le texte suivant: "La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits d'un cessionnaire en possession d'un instrument en vertu de la loi de l'État dans lequel est situé ledit instrument."

59. M. FRANKEN (Allemagne) dit qu'il faut de toute évidence distinguer une créance née du contrat initial d'une créance générée par l'émission d'un chèque: c'est cette dernière que la Commission cherche à exclure du champ d'application de la Convention. Il suggère donc de modifier la phrase proposée comme suit: "La présente Convention n'est pas applicable à la cession d'une créance incorporée dans un instrument négociable (ou "... dans un instrument régi par le droit cambiaire")."

60. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) dit qu'il continue de préférer la rédaction suggérée par le secrétariat, mais qu'il pourrait accepter la proposition du représentant de l'Allemagne si celle-ci recueillait l'appui de la majorité.

61. M. WHITELEY (Royaume-Uni) note que les termes "cession" et "cessionnaire", qui apparaissent respectivement dans les propositions de l'Allemagne et des États-Unis, sont l'un et l'autre définis à l'article 2 de la Convention. Il serait donc préférable de modifier la rédaction de cette disposition de façon qu'il soit bien clair que l'exclusion proposée vise des pratiques impliquant la négociation et non pas la cession ou les cessionnaires tels que définis dans la Convention.

62. M. DESCHAMPS (Canada) dit que la nouvelle proposition des États-Unis n'est pas mauvaise, mais que sa délégation n'est pas prête à y souscrire, car il lui semble qu'elle diffère sur le fond de la proposition du secrétariat qu'elle avait appuyée. Comme l'a expliqué le représentant de la France, l'un des objectifs en prévoyant des exclusions dans la Convention est d'exclure les transferts qui se font par négociation. Si un transfert se fait au moyen d'une cession, selon les règles de droit commun, sans que le cessionnaire puisse prétendre à quelque droit aux termes de lois particulières sur les instruments négociables, celui-ci se trouvera dans la même position que tout autre cessionnaire, alors que la proposition des États-Unis donne à penser qu'un cessionnaire qui serait en possession de l'instrument ne serait pas soumis à la Convention même si par ailleurs le droit des effets de commerce n'était aucunement applicable à l'espèce.

63. Le représentant des États-Unis a fait observer à juste titre qu'un certain nombre d'intervenants avaient soulevé des questions concernant la signification du terme "droit des effets de commerce" ou "droit des instruments négociables". Il est certain qu'on ne peut éviter complètement les problèmes de définition. Des problèmes analogues se sont posés concernant le terme "droit de la protection du consommateur", et il a finalement été convenu de ne se référer à ce droit qu'en termes généraux afin d'éviter d'alourdir indûment la Convention.

64. Le problème de la définition du "droit des effets de commerce ou des instruments négociables" est probablement moins aigu que celui de la définition des "valeurs mobilières", dont il

est question dans le texte de l'article 4. Le Groupe de travail est arrivé à la conclusion qu'en cherchant à définir ce terme on créerait plus de problèmes qu'en s'abstenant. De l'avis de M. Deschamps, le fait que la signification du terme "droit des instruments négociables" pose des difficultés ne devrait pas empêcher la Commission d'adopter la proposition du secrétariat si elle la juge bonne sur le fond.

65. M. Deschamps ne peut pas non plus appuyer la proposition de l'Allemagne qui, dans un certain nombre de systèmes juridiques, aurait pour effet d'exclure du champ de la Convention un très grand nombre de comptes à recevoir du seul fait que ces comptes sont aussi représentés par des effets de commerce. Ainsi, dès l'instant où un débiteur émettrait un chèque pour acquitter un compte à recevoir et où le bénéficiaire le déposerait à sa banque, cette opération serait exclue du simple fait que ce dépôt constituerait un transfert au sens de la Convention.

66. M. MORÁN BOVIO (Espagne) dit que la proposition de l'Allemagne fait courir un sérieux risque d'exclure du champ d'application de la Convention toute cession d'une créance incorporée dans un instrument négociable. Cette proposition devrait être abandonnée, car elle irait à l'encontre de l'approche que le Groupe de travail a adoptée ces dernières années.

67. La proposition des États-Unis n'est en fait guère différente de celle du secrétariat, puisqu'elle se borne à remplacer le mot "cessionnaire" par les mots "toute personne". Le représentant de l'Espagne pense comme le représentant du Royaume-Uni qu'il serait préférable de ne pas faire référence au cessionnaire dans le contexte des exclusions. Il continue donc de préférer la proposition du secrétariat qu'on pourrait modifier en ajoutant le membre de phrase "en vertu de la loi de l'État dans lequel l'instrument est situé", qui est repris de la proposition des États-Unis.

68. M. BAZINAS (secrétariat) demande qu'il soit précisé, aux fins du commentaire, si la Commission convient qu'il faut entendre par le terme "instrument négociable", qui n'est pas défini dans la Convention, essentiellement les lettres de change, les billets à ordre et les chèques. Il convient de noter qu'une disposition prévoyant une exclusion du champ d'application de la Convention n'a pas besoin d'énoncer une règle de conflit de lois, mais peut simplement renvoyer à la loi régissant l'instrument.

69. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) dit qu'il ne peut appuyer la proposition de l'Allemagne qui va exactement à l'opposé de ce que la Commission cherche à réaliser. Il n'est pas contre la proposition des États-Unis, qui reprend essentiellement la proposition du secrétariat en l'affinant, et il pourrait accepter l'une ou l'autre de ces deux dernières propositions en fonction de ce que souhaite la majorité.

70. Mme STRAGANZ (Autriche) dit que sa délégation aurait préféré la proposition allemande, mais, puisqu'elle ne recueille guère d'appui, elle pourrait accepter la formulation suggérée par le secrétariat, mais non pas celle proposée par les États-Unis.

71. Le PRÉSIDENT note que la proposition du secrétariat bénéficie de l'appui général. Il suggère qu'elle soit renvoyée au groupe de rédaction et modifiée de façon à tenir compte des points soulevés pendant la discussion.

72. Mme MCMILLAN (Royaume-Uni) dit que sa délégation, bien qu'elle soutienne la proposition du secrétariat, estime que sa portée est trop large dans sa rédaction actuelle.

73. M. BAZINAS (secrétariat), répondant à des questions de M. STOUFFLET (France) et de Mme GAVRILESCU (Roumanie), dit qu'il croit comprendre que le groupe de rédaction prendrait comme base le texte figurant au paragraphe 28 du document A/CN.9/491, éventuellement en remplaçant le terme "droit cambiaire" par le terme "droit régissant les instruments négociables". Le texte prendrait en compte les points soulevés au cours du débat et nécessiterait peut-être que l'ensemble de l'article soit restructuré.

La séance est levée à 17 h 5.

Compte rendu analytique de la 717e séance

Jeudi 28 juin 2001, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.717]

Président: M. Pérez-Nieto CASTRO (Mexique)

La séance est ouverte à 9 h 50.

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL (*suite*) (A/CN.9/486, A/CN.9/489 et Add.1, A/CN.9/490 et Add.1 à 4 et A/CN.9/491 et Add.1)

Article 4 (suite)

Paragraphe 1, alinéa b (*suite*)

1. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) dit que la proposition faite à la séance précédente à propos des instruments négociables, à laquelle sa délégation ne voit certes pas d'objection, laisse de côté trois aspects. Le premier concerne les cas où un instrument négociable est remis en gage à un prêteur. Un tel transfert pourrait avoir lieu non pas par négociation, mais par simple remise matérielle de l'instrument conformément au droit relatif au gage. Dans le projet de convention, la priorité du gage serait régie par la loi de l'État du cédant, alors que le prêteur pourrait naturellement supposer qu'il a la priorité, puisqu'il possède matériellement cet instrument.

2. Le deuxième aspect a trait aux instruments qui, techniquement, ne sont peut-être pas des instruments négociables mais qui sont traités pratiquement comme tels dans la loi applicable. En règle générale, ces instruments représentent un droit à paiement, qui est normalement transféré par remise matérielle, souvent par endossement ou cession. Là encore, le bénéficiaire aurait toutes

les raisons de croire qu'en prenant matériellement possession de l'instrument, par endossement ou cession, il aura la priorité, souvent sans se rendre compte que la priorité sera régie par la loi de l'État du cédant.

3. Le troisième aspect concerne les instruments électroniques. De nombreux pays élaborent actuellement des lois dans lesquelles des instruments peuvent être constatés sous forme électronique et où l'instrument électronique est traité comme un instrument négociable. Toutefois, dès lors que l'instrument électronique n'est pas constaté par écrit, il ne peut pas techniquement être considéré comme un instrument négociable.

4. Bien que certaines délégations puissent objecter que ce sont là de nouvelles questions qu'il n'y a pas lieu de soulever, ces trois sujets de préoccupation ne font qu'illustrer le problème qui a alimenté le débat sur les instruments négociables à la séance précédente. Un examen de ces aspects dans le cadre de l'article 4 faciliterait les travaux de la Commission sur l'article 41.

5. M. MORÁN BOVIO (Espagne) dit que le représentant des États-Unis devrait expliquer pourquoi le texte proposé par le secrétariat pour le paragraphe 1 *b* de l'article 4, qui figure au paragraphe 28 du document A/CN.9/491, ne règle pas ces trois problèmes et en quoi la proposition des États-Unis permet de les résoudre.

6. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) répond que la proposition du secrétariat ne traite pas tous les problèmes qu'il a soulevés. Tout d'abord, conformément au droit relatif au gage, en cas de simple remise en gage d'un instrument sans négociation, le prêteur pourrait croire qu'il a la priorité sans se rendre compte que la Convention aura tout de même une incidence sur ses droits, puisqu'aucune négociation n'aura eu lieu. Ensuite, si un instrument n'est pas négociable, la Convention aura également une incidence sur les droits du détenteur de cet instrument. La proposition du secrétariat ne vise que les instruments négociables. Or il existe plusieurs types d'instruments qui ne sont pas négociables et qui sont généralement remis en gage ou transférés par endossement ou cession. Enfin, les instruments électroniques sont souvent exclus, car, dans de nombreux pays, le droit régissant les instruments négociables exige que ce type d'instrument soit constaté par écrit. Dans ce droit, le terme "écrit" désigne un écrit sur support papier, alors que, dans le projet de convention, il est entendu dans un sens bien plus large et peut englober les enregistrements électroniques.

7. M. DESCHAMPS (Canada) dit qu'un nombre important de délégations approuve la proposition du secrétariat, mais que certaines s'inquiètent de la signification du terme "droit régissant les instruments négociables". La délégation des États-Unis a tenté de résoudre ce problème en proposant un nouveau texte qui vise également à régler d'autres questions. La délégation canadienne pense que ce texte donnera lieu à des problèmes d'interprétation, car le terme "instrument négociable" n'est pas tout à fait clair pour certaines délégations. Si l'on emploie le terme "instrument" à la place d'"instrument négociable", il faudra le définir. Le représentant du Canada se demande à cet égard si la Commission parviendra à s'entendre unanimement sur une telle définition. Dans le cas où une personne souhaite prendre en gage un instrument non négociable pouvant néanmoins être affecté en gage, la délégation canadienne considérerait comme un moindre mal que le gagiste soit tenu de se conformer aux dispositions de la Convention. La distinction est extrêmement difficile entre un simple papier et un instrument. Aussi le Canada appuie-t-il la proposition du secrétariat.

8. M. STOUFFLET (France) rappelle qu'à la séance précédente la délégation des États-Unis a proposé d'établir une liste des situations dans lesquelles étaient utilisés des instruments négociables. Cette méthode n'est pas pleinement acceptable, car les listes ne sont jamais complètes et il n'est pas toujours facile d'interpréter les descriptions de certaines pratiques particulières. On pourrait peut-être compléter la proposition du secrétariat par un texte indiquant que la même solution s'appliquera à tous les transferts de titres effectués de la même manière — à savoir par endossement ou par remise — que la négociation. Si un instrument non négociable par nature est transféré de la même manière, le principe consacré dans la proposition du secrétariat s'appliquera. Le représentant de la France se demande si cette formulation pourrait donner satisfaction à la délégation des États-Unis.

9. M. MORÁN BOVIO (Espagne) déclare que la proposition du secrétariat devra être complétée par une explication dans le commentaire indiquant que le "droit régissant les instruments négociables" recouvrirait principalement les chèques, les billets à ordre et les lettres de change. Ainsi, le projet de convention exclura trois instruments auxquels s'applique une loi particulière et claire. La proposition des États-Unis ne traite pas des chèques, billets à ordre ou lettres de change, mais plutôt de toute catégorie de créance constatée par un écrit. La délégation espagnole se demande quel type de cession relèvera encore de la Convention si cette proposition est acceptée.

10. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) dit que, si une décision devrait être prise, sa délégation préférerait adopter la proposition du secrétariat, puisqu'il ne semble pas y avoir de meilleure solution.

11. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation pourrait accepter la proposition faite par le représentant de la France, proposition qui permettrait d'élargir quelque peu la portée du texte proposé par le secrétariat et d'y inclure la remise de titres qui, dans le cadre de la loi applicable, sont transférés pratiquement comme des instruments négociables.

12. M. WHITELEY (Royaume-Uni) dit que sa délégation approuve la solution proposée par le représentant de la France.

13. M. CHAN (Singapour) craint que le débat ne crée plus de difficultés qu'il n'en résout. Plus on examine un texte, plus on découvre de problèmes, dont certains sont plus réels que d'autres. Il comprend les préoccupations de la délégation américaine, mais il ne comprend pas pourquoi celle-ci les exprime aussi tard. Même dans ses observations écrites, il n'est pas question du point fondamental qui est maintenant soulevé. Le représentant des États-Unis fait valoir que la prise en compte de ses préoccupations dans les premiers paragraphes de l'article 4 permettra de déterminer le champ d'application du paragraphe 4 de l'article 4 et celui de l'article 41, qui prévoit la possibilité d'exclure certaines pratiques de la Convention. Toutefois, comme le nombre de pratiques existantes ou encore inconnues susceptibles d'être exclues est infini, il serait plus utile de définir les limites de ces exclusions et d'autoriser les États à faire les déclarations nécessaires pour exclure des pratiques établies qui n'entrent pas dans le champ d'application de la Convention. Si la proposition des États-Unis visant à prévoir d'autres exclusions au paragraphe 4 de l'article 4 était adoptée et si d'autres pratiques étaient identifiées d'ici à l'entrée en vigueur de la Convention, certains États pourraient refuser de signer cette dernière au motif que ces pratiques n'ont pas été exclues. Il serait donc risqué d'essayer de dresser une liste exhaustive de pratiques exclues. Il faudrait d'abord rédiger le paragraphe 4 de l'article 4 et l'article 41 de manière à déterminer ce qui peut être exclu et s'abstenir d'ajouter quoi que ce soit dans les autres paragraphes de l'article 4. Néanmoins, si cette proposition ne rencontre pas l'agrément de la Commission, en tant que Comité plénier, la proposition du représentant de la France serait une autre solution acceptable.

14. M. DESCHAMPS (Canada), bien que sensible à la préoccupation des États-Unis et relativement favorable à la proposition de la France, pense que la Commission s'aventure en terrain inconnu.

Si l'on permet l'exclusion non seulement des instruments négociables, mais également de tout instrument transférable par remise dans le cours normal des affaires, il faudra alors déterminer la loi applicable et définir le terme "instrument". Par exemple, il existe aux États-Unis et au Canada un instrument appelé "acte mobilier" (*chattel paper*), qui peut être mis en gage. Or il s'agit là d'un concept inconnu dans la plupart des autres systèmes juridiques. On peut donc se demander si le terme "instrument" englobera également ce type de document. Si la Commission dans son ensemble juge appropriée la solution proposée dans la Convention — à savoir que la loi du lieu de situation du cédant devrait déterminer la priorité —, alors la même solution pourrait s'appliquer à ces "instruments" qui ne sont en fait pas négociables.

15. M. MORÁN BOVIO (Espagne) dit que le représentant du Canada a mis le doigt sur le problème que pose la proposition, par ailleurs intéressante, faite par la France.

16. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) pense, comme le représentant de Singapour, que plus on prolongera le débat plus on rencontrera des difficultés. La Commission devrait plutôt chercher à résoudre les problèmes par consensus. Il se dit prêt à appuyer la proposition de la France si elle permet d'aboutir à un accord généralement acceptable.

17. M. WHITELEY (Royaume-Uni) dit que, telle qu'il la comprend, la proposition de la France n'a pas une portée aussi étendue que le représentant du Canada l'a laissé entendre. Le libellé proposé par le secrétariat constituerait la base de cette proposition. En conséquence, la Convention pourrait s'appliquer sans se substituer aux règles qui s'appliqueraient par ailleurs pour déterminer la priorité. Il existe, au Royaume-Uni, un instrument appelé "acte de vente" (*bill of sale*), qui est soumis à un régime d'enregistrement. Si la proposition de la France est adoptée, ce régime continuera de s'appliquer, et, dans le même temps, les actes de vente cédés dans le cadre de la Convention seront régis par cette dernière.

18. M. STOUFFLET (France) dit que sa proposition est tout à fait improvisée et qu'il s'agit d'une idée pour la réflexion collective pouvant conduire à une solution répondant aux préoccupations de la délégation des États-Unis. Comme l'a indiqué le représentant du Royaume-Uni, l'objectif est relativement modeste. Il s'agit simplement d'un moyen de prendre en compte le fait que, dans certains pays, il y a des titres de créances qui ne sont pas des instruments négociables, mais qui sont utilisés comme tels dans un but déterminé. Il propose simplement que ces titres de créances soient traités au regard de la Convention comme s'ils étaient des instruments négociables.

19. M. DESCHAMPS (Canada) dit que sa délégation ne s'opposera à aucun texte qui recueillera un large consensus, mais qu'il lui faut voir une version écrite du texte proposé par la délégation française. Plusieurs problèmes d'interprétation pourraient se poser si l'on remplaçait les mots "instrument négociable" par "instrument". Lui-même ne voit pas comment ce texte pourrait s'articuler avec le texte que le secrétariat propose au paragraphe 28 du document A/CN.9/491, à savoir "La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de quelque personne que ce soit découlant du droit régissant les instruments négociables". Même si l'on peut modifier le libellé pour parler de "droits et obligations du détenteur d'un instrument négociable ou de tout instrument similaire", il reste à savoir comment modifier le membre de phrase "découlant du droit régissant les instruments négociables", car on peut se demander de quel droit relèveraient ces instruments similaires. Il convient d'étudier soigneusement les conséquences juridiques de la proposition de la France avant de prendre toute décision.

20. Le PRÉSIDENT propose que les délégations de la France, du Canada, de l'Espagne, des États-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni ainsi que toute autre délégation intéressée se réunissent avec le secrétariat avant la séance de l'après-midi pour mettre au point un texte acceptable exprimant le concept d'instruments transférés de la même manière que des instruments négociables. Le texte ainsi élaboré serait soumis demain à la Commission.

21. *Il en est ainsi décidé.*

22. Mme SABO (Canada) dit que sa délégation se réserve le droit de faire d'autres commentaires sur le nouveau libellé une fois qu'il aura été arrêté, car il pose un problème de fond.

Paragraphe 2

23. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) dit que, lors d'une précédente séance, le secrétariat a souligné que le texte de la Conférence de La Haye sur la loi applicable aux actes de disposition de titres détenus auprès d'un intermédiaire privilégie une règle de rattachement fondée sur l'approche du lieu de l'intermédiaire pertinent (PRIMA), alors que le projet de convention se fonde en priorité sur le lieu de situation du cédant. Il pense qu'il y a donc un risque de chevauchement entre l'instrument proposé par la Conférence de La Haye et le projet de convention et se demande si cette question a été examinée.

24. M. BAZINAS (secrétariat) dit qu'il a reçu la veille une proposition de la Conférence de La Haye concernant les moyens d'éviter un chevauchement entre le texte qu'elle propose et le projet de convention. Il semble qu'un consensus soit en train de se dégager, dans le secteur financier, en faveur de PRIMA. Les experts de la Conférence de La Haye proposent que l'alinéa *d* du paragraphe 2 de l'article 4 du projet de convention vise "tous les titres détenus auprès d'un intermédiaire" plutôt que des "systèmes de règlement des opérations sur valeurs mobilières", car la référence à des systèmes de règlement ne suffirait pas à exclure tous les titres détenus dans le cadre d'un système de détention indirecte visés par le texte de la Conférence de La Haye.

25. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) appuie la proposition des experts de la Conférence de La Haye. Une autre solution consisterait à traiter le problème dans l'alinéa *f* du paragraphe 2, mais les deux approches seraient acceptables. S'agissant de l'alinéa *d* du paragraphe 2, il demande si, selon la formule proposée, le terme "*investment*" serait conservé dans le texte anglais, ce terme étant à son avis superflu.

26. M. WHITELEY (Royaume-Uni) approuve pleinement l'idée d'éviter tout chevauchement entre la Convention et le texte de la Conférence de La Haye. À son avis, l'alinéa *d* du paragraphe 2 vise des règlements d'opérations qui ont déjà eu lieu: les systèmes de paiement interbancaire servent à transférer des fonds dès lors qu'une opération a été convenue, et les systèmes de règlement d'opérations sur valeurs mobilières servent à transférer des titres. En conséquence, les titres exclus de la Convention en vertu de l'alinéa *d* du paragraphe 2 sont des titres en cours de transfert d'un vendeur à un acheteur. L'alinéa *f* du paragraphe 2 paraît être l'équivalent pour les titres de l'alinéa *c* du même paragraphe, dans la mesure où il vise la détention de valeurs mobilières. Le fait de viser, dans la partie liminaire du paragraphe, les créances "nées" ("*arising under or from*") de la détention de valeurs mobilières est peut-être un autre moyen de dire "nées directement ou indirectement" de titres détenus par un intermédiaire. Le groupe de rédaction souhaitera peut-être examiner la possibilité de rapprocher les alinéas pertinents pour mieux faire ressortir le lien qui les unit.

27. M. SMITH (États-Unis d'Amérique), approuvant les observations faites par le représentant du Royaume-Uni, dit que le groupe de rédaction devrait réexaminer le libellé non seulement de l'alinéa *f*, mais aussi de l'alinéa *d* du paragraphe 2. L'expres-

sion anglaise "*investment securities*" ne couvre peut-être pas tous les types d'actifs financiers qui font l'objet d'un système de règlement et auxquels l'alinéa *d* du paragraphe 2 serait applicable. Des systèmes de compensation peuvent exister pour d'autres types d'actifs financiers qui seront normalement aussi détenus par des intermédiaires. S'agissant de l'alinéa *f* du paragraphe 2, il semble que, dans l'intention de la Commission, il doive s'appliquer non seulement à la vente, au prêt, à la détention ou à une convention de rachat de valeurs mobilières, mais aussi à un transfert de sûretés sur des valeurs mobilières ou autres actifs financiers portés au crédit d'un compte de titres.

28. M. BAZINAS (secrétariat) dit qu'il faudrait donner au groupe de rédaction quelque indication quant au type de modification que souhaite apporter le représentant des États-Unis à l'alinéa *d* du paragraphe 2. Il croit comprendre que l'alinéa *f* du paragraphe 2 devrait viser tous les titres faisant l'objet d'une détention indirecte et les sûretés sur ces titres.

29. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) propose, à l'alinéa *d* du paragraphe 2, d'ajouter une référence aux systèmes de règlement relatifs à des valeurs mobilières ou à d'autres instruments ou actifs financiers. L'idée est que les exclusions prévues à l'alinéa *d* du paragraphe 2 doivent être applicables dans les cas où un instrument ou un actif financier est normalement détenu dans un compte de titres et où il existe un système de compensation ou de règlement pour ce type d'actif.

30. Les catégories d'opérations auxquelles l'alinéa *f* du paragraphe 2 est applicable devraient comprendre le transfert de sûretés sur des valeurs mobilières et le transfert de sûretés sur tout type d'instrument ou d'actif financier qui doit être détenu dans un compte de titres ou porté au crédit d'un tel compte.

31. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) dit qu'il serait possible de répondre au souci du représentant des États-Unis de couvrir tous les types d'opérations dans l'alinéa *f* du paragraphe 2 en remplaçant l'énumération existante par les mots "de toutes opérations portant sur des valeurs mobilières".

32. M. DUCAROIR (Observateur de la Fédération bancaire de l'Union européenne) dit qu'il préférerait que l'on emploie en anglais le terme "*securities*" plutôt que l'expression "*investment securities*" qui a un caractère plus restrictif.

33. Il souligne que certains instruments négociables sont non pas des instruments de paiement, mais des avoirs financiers; c'est le cas par exemple du "*commercial paper*" qui, aux États-Unis d'Amérique, est considéré comme entrant dans la catégorie des *"securities"*, c'est-à-dire des valeurs mobilières. Mais, dans certains pays comme la France, des instruments équivalents, par exemple des certificats de dépôt ou billets de trésorerie, ne sont pas considérés comme des avoirs financiers. Il se demande donc si ces avoirs financiers sont inclus, ou ne sont pas exclus, du champ d'application. S'ils ne l'étaient pas, il faudrait prendre une décision concernant ce "trou", du moins dans les pays qui ne classent pas le "*commercial paper*" dans la catégorie des valeurs mobilières. Du moins faudrait-il que le commentaire écarte toute ambiguïté à ce sujet.

34. M. DESCHAMPS (Canada) propose d'utiliser le libellé du texte de la Conférence de La Haye, dont l'article 3 prévoit que "les opérations sur titres portées au crédit d'un compte de titres sont régies par la loi du lieu de l'intermédiaire teneur de compte de titres pertinent". L'expression "opérations sur titres" figure tout au long du texte. Il propose que l'alinéa *f* du paragraphe 2 de l'article 4 du projet de convention soit remanié pour se lire: "opérations sur titres détenus auprès d'un intermédiaire".

35. La proposition faite par le représentant des États-Unis tendant à étendre les exclusions prévues aux actifs financiers autres que des valeurs mobilières et aux sûretés sur ces valeurs mérite d'être approfondie. Il serait difficile d'inclure ces dernières sous la phrase liminaire du paragraphe 2 et dans la nouvelle version qu'il propose de l'alinéa *f* du paragraphe 2. Peut-être les sûretés sur des valeurs mobilières sont-elles déjà implicitement visées par le terme "opérations". Il appelle également l'attention sur un possible rétrécissement de la clause d'exclusion prévue à l'alinéa *f* du paragraphe 2. Tel que celui-ci est libellé, il couvrirait probablement des valeurs mobilières détenues directement ou indirectement, alors que selon la nouvelle version la clause ne serait applicable qu'aux valeurs mobilières détenues auprès d'un intermédiaire. Il se demande si le vœu de la Commission est de restreindre la clause d'exclusion aux valeurs mobilières détenues indirectement.

36. Mme SUMME [Observatrice de l'International Swaps and Derivates Association (ISDA)] dit que l'ISDA est une organisation mondiale comptant plus de 530 membres dans 42 pays, qui effectuent des opérations privées de swaps et sur produits dérivés. Son organisation appuie le principe de l'approche du lieu de l'intermédiaire pertinent (PRIMA) adopté dans le texte de la Conférence de La Haye et préconise l'emploi de cette terminologie dans le texte à l'examen, comme l'a proposé le représentant du Canada.

37. L'inclusion, en vertu du paragraphe 2 de l'article 4, des opérations de change qui représentent plus d'un billion de dollars des États-Unis par jour entraînerait une incertitude considérable et une désorganisation du marché dans les 42 systèmes juridiques dans lesquels les membres de l'ISDA exercent leurs activités. De plus, il pourrait être difficile d'harmoniser le corpus de droit existant sur le sujet avec la Convention. En conséquence, les opérations de change devraient être exclues de la Convention.

La séance est suspendue à 11 h 20; elle est reprise à 11 h 55.

38. M. BAZINAS (secrétariat) demande à la Commission de bien vouloir confirmer, à l'intention du groupe de rédaction, qu'elle entend bien modifier l'alinéa *f* du paragraphe 2 afin de viser les transferts de sûretés et d'élargir la référence aux valeurs mobilières en ajoutant un membre de phrase qui pourrait se lire "ou d'autres actifs ou instruments financiers détenus auprès d'un intermédiaire".

39. S'agissant de l'alinéa *d* du paragraphe 2, il souhaiterait pouvoir donner au groupe de rédaction plus de précisions sur la façon dont il convient de le modifier.

40. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) redit que l'alinéa *d* du paragraphe 2 vise actuellement des systèmes de règlement qui se rapportent exclusivement aux valeurs mobilières, terme qui n'est pas défini dans la Convention. À son avis, les créances nées de systèmes de compensation ou de règlement d'actifs financiers qui sont normalement transférés entre intermédiaires financiers devraient aussi être exclues de la Convention. Il s'inquiète donc de la limitation des clauses d'exclusion aux systèmes de règlement des opérations sur valeurs mobilières. L'exclusion devrait aussi viser les systèmes de règlement d'opérations sur des actifs et instruments financiers qui sont généralement détenus dans un compte de titres. Dès lors que l'expression "systèmes de règlement" n'est peut-être pas très courante dans certains pays, il propose de modifier le texte pour qu'il se lise "systèmes de compensation et de règlement" pour indiquer clairement que le système peut opérer des règlements concernant non seulement des paiements, mais aussi la remise ou d'autres transferts de titres à des parties au sein du système.

41. M. BAZINAS (secrétariat) dit, s'agissant de la proposition faite par l'observatrice de l'ISDA, que lorsque la Convention a été élaborée, on est parti de l'idée que les opérations de change étaient exclues au titre soit de l'alinéa *a*, soit de l'alinéa *b* du paragraphe 2. Néanmoins, compte tenu des inquiétudes exprimées au sein du secteur financier à propos d'opérations qui ont

lieu en dehors d'un marché boursier réglementé et ne sont pas couvertes par une convention de compensation globale, la Commission souhaitera peut-être ajouter une référence expresse aux opérations de change dans un alinéa supplémentaire du paragraphe 2.

42. M. FRANKEN (Allemagne) approuve la proposition de l'ISDA, telle qu'elle est présentée par le secrétariat.

43. M. DUCAROIR (Observateur de la Fédération bancaire de l'Union européenne), après avoir lui aussi appuyé la proposition de l'ISDA, estime qu'il faudrait inverser l'ordre des alinéas *e* et *f*, car, tandis que tous les autres alinéas forment un bloc relativement homogène et parfois même se recoupent, l'alinéa *e* concerne une question totalement distincte.

44. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) appuie la proposition de l'ISDA, ainsi que la proposition de remaniement faite par l'observateur de la Fédération bancaire de l'Union européenne.

45. *Le paragraphe 2 est approuvé.*

Paragraphe 3

46. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) dit que, lors de la trente-troisième session de la Commission, une décision avait été prise, après de considérables discussions, en vue d'inclure dans le champ d'application du projet de convention les créances constituées par des loyers afférents à un bien immobilier, pour tenir compte des difficultés rencontrées dans certains pays comme le sien, où une multitude de lois définissent ce qui est considéré comme une créance. Les loyers sont considérés comme des biens mobiliers dans certains États des États-Unis, mais comme des biens immobiliers dans d'autres. Entre-temps, les professionnels du financement immobilier aux États-Unis ont souligné que la disposition, rédigée à la hâte, de l'alinéa *a* du paragraphe 3 pourrait causer des problèmes en ce qui concerne non seulement les loyers, mais aussi les paiements afférents à la location de chambres d'hôtel ou même à des places dans un stade de football. Seraient-ils considérés comme des biens immobiliers ou des biens mobiliers dans le cadre du projet de Convention? Pour que les États-Unis et d'autres pays ayant le même problème ne soient pas obligés de faire une déclaration au titre du paragraphe 4 de l'article 4 ou de l'article 41, l'alinéa *a* du paragraphe 3 existant pourrait être remplacé par une disposition qui pourrait se lire ainsi: ["La présente Convention ne s'applique pas]: *a)* à la cession de créances portant sur un immeuble situé dans un État dans lequel un droit de propriété sur un immeuble confère un droit sur une telle créance". Une autre solution consisterait à ajouter un nouvel alinéa pour dire qu'un État pourrait faire une déclaration en sens contraire, laquelle pourrait être relativement détaillée.

47. Mme GAVRILESCU (Roumanie) dit que, pour rendre la Convention aussi souple et durable que possible, sa délégation pourrait accepter le remplacement de l'alinéa *a* existant du paragraphe 3 par le texte proposé par les États-Unis. Dans ce cas, le mot "ou" qui figure entre les alinéas *a* et *b* de l'annexe I du document A/CN.9/486, mais non au paragraphe 41 du document A/CN.9/489, devrait être supprimé. L'alinéa *b* devrait être maintenu.

48. M. STOUFFLET (France) dit qu'il n'a aucune objection à l'encontre de la proposition des États-Unis. Aux fins de la traduction, il aimerait savoir si le mot anglais *"land"* comprend le sol et également les constructions.

49. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) confirme que le mot "*land*" comprend le sol et les constructions. Il ajoute que d'autres pays ayant des problèmes analogues s'étaient opposés aux termes "*real estate*" et "*immovable*". Peut-être l'expression "*real property*" serait-elle préférable.

50. M. WHITELEY (Royaume-Uni) dit que, si la proposition des États-Unis supposait que soient totalement exclues les créances afférentes à des biens immobiliers, cela s'écarterait notablement des dispositions existantes du projet de convention, selon lesquelles les règles de priorité de la Convention ne s'appliqueraient pas lorsqu'elles seraient contraire aux règles de priorité relatives au bien foncier en cause. En droit anglais, la notion de "*land*" inclut le sol et les constructions, si celles-ci ont un caractère permanent. Quel que soit le terme retenu en définitive, la terminologie de l'alinéa *b* et celle de l'alinéa *a* devraient être alignées, pour éviter de donner l'impression qu'ils visent deux questions différentes.

51. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) dit que, à la différence du représentant du Royaume-Uni, il a toujours interprété la disposition comme une règle d'exclusion et non comme une règle de priorité. La question est plutôt de savoir s'il faut prévoir une exclusion totale ou partielle ou l'inclusion totale des biens immobiliers. Étant donné que sa délégation a toujours appuyé l'exclusion la plus large possible, il est favorable à la proposition des États-Unis. Le terme anglais "*land*" lui semble également acceptable, ce terme désignant, en Irlande, le sol et tout ce qu'il supporte.

52. M. MORÁN BOVIO (Espagne) exprime sa préférence pour le texte existant. Il considère, comme le représentant du Royaume-Uni, que la proposition des États-Unis implique une large exclusion. Son adoption signifierait que, par exemple, des sociétés de construction ne pourraient pas céder des droits sur des créances à l'encontre de locataires de bureaux. Le projet de convention tel qu'il est rédigé couvre cette situation. À première vue, et sous réserve de l'examen du texte en espagnol, il lui semble que la proposition des États-Unis est beaucoup trop large.

53. M. DESCHAMPS (Canada) dit que la question de savoir si les créances qui consistent dans les loyers d'un immeuble doivent être complètement exclues est un problème qui se pose dans la plupart des pays, parce que dans les systèmes de droit civil il existe un principe qui veut que la propriété d'un bien donne droit aux fruits de ce bien, dont les loyers. De l'avis de sa délégation, les loyers d'un immeuble seront généralement des créances exclues de la Convention.

54. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) dit que sa délégation partage l'avis exprimé par l'Observateur de l'Irlande. En Australie également, le concept de *"land"* englobe le sol lui-même et toutes les constructions. Il propose que, pour les pays dans lesquels la disposition pose problème, le membre de phrase "droit réel sur un immeuble" soit remplacé par "droit sur un immeuble".

55. M. KOBORI (Japon) demande des précisions sur le sens de l'alinéa *b* du paragraphe 3, compte tenu du commentaire figurant au paragraphe 56 du document A/CN.9/489. Il préférerait que l'expression "rend licite" soit remplacée par une formule plus forte comme "donne effet juridique à" ou "rend juridiquement opposable".

ÉLECTION DU BUREAU (*suite*)

56. Mme OCHIENG (Kenya), prenant la parole au nom du groupe des pays africains, propose d'élire M. ENOUGA (Cameroun) à l'un des postes de vice-président.

57. M. JOKO SMART (Sierra Leone) appuie la proposition.

58. *M. Enouga (Cameroun) est élu vice-président par acclamation.*

La séance est levée à 12 h 35.

Compte rendu analytique de la 718e séance

Jeudi 28 juin 2001, à 14 heures

[A/CN.9/SR.718]

Président: M. Pérez-Nieto CASTRO (Mexique)

La séance est ouverte à 14 h 15.

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL *(suite)* (A/CN.9/486, A/CN.9/489 et Add.1, A/CN.9/490 et Add.1 à 5 et A/CN.9/491 et Add.1)

Article 4 (suite)

Paragraphe 3 (suite)

1. Mme GAVRILESCU (Roumanie) dit que sa délégation pourrait accepter le nouveau texte que le représentant des États-Unis a proposé à la précédente séance pour l'alinéa *a* du paragraphe 3. Il importe de préciser que le mot *"land"* figurant dans ce texte désigne à la fois le terrain et les bâtiments qui s'y trouvent.

2. Mme MCMILLAN (Royaume-Uni) dit qu'il n'apparaît pas clairement à sa délégation quel principe a été adopté à la précédente session. D'après les délégations irlandaise et australienne qui participent aux débats en qualité d'observateur, il a été décidé que toutes les créances nées d'opérations sur des immeubles doivent être exclues du champ d'application du projet de convention. La délégation du Royaume-Uni croit, quant à elle, comprendre que la Commission est convenue de faire en sorte que soit prévue l'exclusion des cessions qui permettraient à un non-ressortissant d'acheter des terrains et des bâtiments dans un État où cela est interdit par le droit foncier local; une exclusion fondée sur ce que le représentant des États-Unis a décrit à la précédente séance; et une exclusion visant à préserver la priorité assurée par voie d'enregistrement aux prêteurs accordant des prêts contre une garantie sur un immeuble. Si c'est cet objectif plus restreint qui a effectivement été retenu, la délégation du Royaume-Uni pourrait proposer un texte afin d'en permettre la réalisation.

3. Quelle que soit la forme définitive de ces exclusions, la délégation du Royaume-Uni ne voudra pas du terme "*real estate*", qui pourrait être interprété comme désignant les bâtiments à l'exclusion du terrain sur lequel ils se trouvent et qui n'est pas employé en droit foncier britannique. Elle ne s'oppose pas en revanche à ce que "*land*" soit défini comme dans la législation de l'Union européenne de manière à englober les bâtiments.

4. M. CHAN (Singapour) partage les vues exprimées par la représentante du Royaume-Uni. La proposition des États-Unis s'écarte radicalement de la décision de principe prise à l'issue d'une longue discussion au sein de la Commission sur le régime à appliquer aux créances nées d'opérations sur des immeubles dans le projet de convention. Cette décision est le fruit d'un compromis entre plusieurs intérêts divergents. De l'avis de l'orateur, la question est trop complexe pour être réexaminée à ce stade et le texte mûrement réfléchi actuellement examiné par la Commission est probablement le meilleur qui puisse être obtenu.

5. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) approuve en grande partie les propos des deux précédents orateurs. Il note que le secrétariat, au paragraphe 32 du document A/CN.9/491, pense qu'il faudra peut-être revenir sur la question. Toutefois, si le texte actuel faisait l'objet d'un consensus, il ne verrait aucun inconvénient à le laisser tel quel.

6. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation n'avait pas l'intention de revenir sur un quelconque principe. Sa proposition visait à garantir que les principaux marchés immobiliers nationaux ne soient pas perturbés, car le droit foncier américain diffère d'un État à l'autre, si bien qu'il serait difficile d'avoir une règle généralement applicable. La délégation américaine serait prête à retirer sa proposition, étant entendu que le projet de convention permettra aux États qui le souhaitent de faire des déclarations, ce qui exigera d'apporter quelques modifications au libellé du paragraphe 4 de l'article 4 et à celui de l'article 41, pour y insérer une référence au lieu où est situé l'immeuble. Le représentant des États-Unis tient à souligner que sa délégation ne cherche pas à laisser une très grande latitude, mais est au contraire désireuse de restreindre la portée des éventuelles déclarations.

7. M. MORÁN BOVIO (Espagne) remercie la délégation des États-Unis pour avoir retiré sa proposition. Il faudrait bien réfléchir au nouveau texte à proposer pour le paragraphe 4 de l'article 4 et pour l'article 41.

8. Mme MCMILLAN (Royaume-Uni) dit que l'alinéa *a* du paragraphe 3, tel qu'actuellement rédigé, donne faussement l'impression qu'il énonce une disposition de fond de droit foncier et que le projet de convention doit prévaloir sur le droit foncier national. Sa délégation souhaite proposer que l'on remplace les alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 par le texte suivant: "Lorsque la cession d'une créance s'opère de manière à conférer à un cessionnaire un droit sur un immeuble, aucune disposition de la présente Convention ne l'emportera ou ne prévaudra sur l'application à ce droit de la législation nationale de l'État dans lequel est situé l'immeuble." Ce texte vise à exprimer l'idée selon laquelle la Convention ne prévaut pas sur le droit foncier, pas plus qu'elle ne prévaut sur les droits préférentiels dans l'insolvabilité. Si les participants pensent qu'il n'est pas acceptable ou que son examen risque de retarder les travaux de la Commission, l'oratrice demandera simplement que l'on évite d'employer les mots "*property rights in real estate*". L'expression "*interest in land*" serait préférable.

9. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) juge la proposition du Royaume-Uni plus heureuse que le texte actuel de l'alinéa *a* du paragraphe 3. Il se demande toutefois si l'expression "*interest in real property*", qu'il a déjà proposée, pourrait être également acceptable du point de vue du droit britannique.

10. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation ne croit pas que le texte proposé par la délégation du Royaume-Uni règle de manière satisfaisante le problème traité à l'alinéa *a* du paragraphe 3. Il propose que le texte soit conservé tel quel et qu'une procédure de déclaration soit utilisée lorsque des précisions sont nécessaires pour un État particulier, étant donné le caractère sacro-saint du droit foncier. Ce pourrait être le

meilleur moyen de tenir compte des besoins des marchés nationaux et de leur internationalisation. On devrait laisser au groupe de rédaction le soin de décider du libellé approprié pour refléter les intérêts des marchés immobiliers.

11. Le PRÉSIDENT rappelle que la délégation japonaise a proposé de remplacer, à l'alinéa *b*, les mots "ne rend pas licite" par "ne donne pas d'effet juridique".

12. Mme GAVRILESCU (Roumanie) doute qu'il soit nécessaire de débattre plus longuement du paragraphe 3. En effet, la plupart des délégations souhaitent garder en l'état le texte de l'alinéa *a* et l'alinéa *b* n'a soulevé aucune objection. En outre, la proposition du Royaume-Uni pourrait être interprétée comme introduisant une modification de forme mais non de fond.

13. M. BAZINAS (secrétariat) explique que, si l'alinéa *a* traite du conflit de priorité entre un cessionnaire dans le cadre de la Convention et une personne ayant un droit de propriété sur un immeuble qui lui confère un droit sur la créance et l'alinéa *b*, quant à lui, traite du cas où une créance cédée est garantie par une hypothèque — ce qui, en vertu de l'article 12, confère un droit sur l'immeuble — et vise à faire en sorte que, si la loi n'autorise pas l'acquisition de ce droit, la Convention ne l'autorise pas non plus. Le texte proposé par le Royaume-Uni, qui remplacerait les alinéas *a* et *b*, tend à exprimer la même idée en termes plus généraux.

14. M. STOUFFLET (France) déclare que sa délégation juge la formulation proposée par la délégation du Royaume-Uni plus claire et plus directe. Le terme "*land*" convient parfaitement dans la version anglaise puisqu'il couvre à la fois le terrain et la construction. On trouvera certainement un terme équivalent en français.

15. Mme MCMILLAN (Royaume-Uni) dit que, si le texte proposé posait problème, sa délégation serait toute disposée à le retirer, à conserver l'alinéa *b* en remplaçant le terme "*real estate*" et à remanier l'alinéa *a*.

16. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation souhaite proposer que l'on conserve l'alinéa *b* et que la délégation du Royaume-Uni consulte les autres délégations en vue de la reformulation de l'alinéa *a*.

17. M. JOKO SMART (Sierra Leone) dit pouvoir approuver sans réserve la proposition du Royaume-Uni qui, à son avis, recouvre à la fois l'alinéa *a* et l'alinéa *b*. Il pense que l'on pourrait peut-être employer le mot "*realty*" à la place de "*land*".

18. M. Doyle (Observateur de l'Irlande), tout en se félicitant de la proposition du Royaume-Uni, craint que celle-ci ne donne lieu à un long débat pour savoir si elle a vraiment le même sens que le libellé actuel des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3. Il juge préférable de laisser les deux alinéas tels quels, à condition que le groupe de rédaction remplace le terme "*real estate*".

19. Mme STRAGANZ (Autriche) dit que sa délégation appuie la proposition du Royaume-Uni, qui est plus compréhensible que le texte existant et qui semble couvrir à la fois l'alinéa *a* et l'alinéa *b*.

20. Mme WALSH (Canada) dit que sa délégation partage les réserves exprimées par l'Observateur de l'Irlande. La proposition du Royaume-Uni vise une situation dans laquelle la cession d'une créance s'opère de manière à conférer un droit réel sur un immeuble, alors que le texte initial comme le texte proposé par les États-Unis traitent de la situation inverse, à savoir celle où un droit de propriété sur un immeuble confère un droit sur une créance. En outre, on ne sait pas très bien quelle loi est applicable pour déterminer si la cession d'une créance s'opère de manière à conférer un droit réel sur l'immeuble. La délégation canadienne préfère adopter la proposition des États-Unis, à condition que le groupe de rédaction précise le terme "*real estate*".

21. Le PRÉSIDENT dit que, manifestement, la proposition du Royaume-Uni visant à fusionner les deux alinéas du paragraphe 3 ne bénéficie pas d'un appui suffisant.

Paragraphe 4 de l'article 4 et article 41

22. Mme PIAGGI DE VANOSSI (Observatrice de l'Argentine) dit que le paragraphe 4, dans sa formulation actuelle, peut créer un conflit avec le projet de convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et ses protocoles, que l'Organisation de l'aviation civile internationale a élaborés en collaboration avec l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit). Comme la conférence diplomatique à laquelle seront adoptés le projet de convention d'Unidroit et ses protocoles doit se tenir fin octobre 2001, la Commission pourrait décider par avance de la relation entre ceux-ci et le projet de convention.

23. Le PRÉSIDENT, faisant observer que le Secrétaire général d'Unidroit sera présent le lendemain, dit qu'il serait souhaitable de remettre à une prochaine séance l'examen de la question soulevée par l'Observatrice de l'Argentine.

24. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation est d'avis qu'il faut maintenir l'article 41, qui offre la souplesse nécessaire, car on ne peut pas prévoir toutes les pratiques financières à venir. La délégation américaine est toutefois disposée à accepter que le droit de faire des déclarations soit limité dans une certaine mesure aux pratiques visées par les exclusions à l'article 4. En particulier, il faudra probablement préciser le champ d'application de la Convention dans les domaines visés par l'alinéa *a* du paragraphe 3 et les alinéas *d* et *f* du paragraphe 2. Le représentant des États-Unis souhaite également attirer l'attention des participants sur les commentaires de son gouvernement dans le document A/CN.9/490 et, plus particulièrement, sur la nécessité d'exclure, à l'article 4, certaines pratiques existantes et de préciser quand un cédant ou un débiteur doit être situé dans un État contractant.

25. Mme SABO (Canada), faisant siennes les remarques formulées par le représentant de l'Autriche à la 715e séance à propos du projet d'article 41, dit que sa délégation estime que le paragraphe 4 de l'article 4 et l'article 41 pourraient faire échouer toute tentative d'harmonisation et devraient donc être supprimés. L'argument selon lequel ces dispositions conféreraient une certaine souplesse à la Convention pour prendre en compte les évolutions futures dans le domaine des cessions est neutralisé, et au-delà, par l'effet préjudiciable qu'a le fait d'accorder aux États contractants une si grande latitude pour réduire, de manière unilatérale et imprévisible, le champ d'application de la Convention. Toutefois, la délégation canadienne serait éventuellement disposée à accepter le maintien de ces dispositions, si les déclarations autorisées pouvaient être strictement limitées dans leur portée, être clairement définies et viser certains domaines seulement.

26. M. BERNER (Observateur de l'Association du barreau de la ville de New York) pense que la Convention restera en fait lettre morte si l'on supprime l'article 41. Les marchés financiers sont un secteur mondial dynamique, dont les innovations ne peuvent être prévues. Il importe que les États disposent de la souplesse nécessaire pour permettre à leurs prêteurs et emprunteurs de nouer des liens qu'on ne peut imaginer aujourd'hui. Tout changement qui pourrait être apporté au paragraphe 4 de l'article 4 et à l'article 41 devrait viser à élargir autant que pos-

sible le champ d'application. Ce sont des innovations sur lesquelles il n'est actuellement pas possible de légiférer qui permettront le mieux de maintenir les taux d'intérêt à un niveau bas et d'accroître l'offre de crédit dans le monde.

27. M. WHITELEY (Royaume-Uni) dit que sa délégation a toujours été opposée à l'idée exprimée au paragraphe 4 de l'article 4 et à l'article 41 et elle souhaite par conséquent se ranger aux côtés des délégations autrichienne et canadienne. Si le paragraphe 4 est adopté, il faudra peut-être le modifier pour y faire également référence à un État dans lequel est situé un immeuble.

28. Mme PIAGGI DE VANOSSI (Observatrice de l'Argentine) dit que sa délégation souhaite proposer la suppression du paragraphe 4 et l'insertion d'un texte analogue à celui suggéré par Unidroit à la dernière page du document A/CN.9/490.

29. M. STOUFFLET (France) dit que, si sa délégation est assez convaincue par la proposition des États-Unis de restreindre la possibilité d'exclusion aux cas limitativement énumérés dans le projet de convention, le Gouvernement français essaiera cependant de ne pas user de cette faculté qui risque de rompre l'unification. Toutefois, si le texte ne prévoyait pas de disposition garantissant que les consommateurs seront protégés en toute hypothèse, la délégation française pourrait être amenée à insister pour que la possibilité soit ouverte d'exclure l'application de la Convention à la cession de créances sur les consommateurs. Lorsque la Commission en arrivera au projet d'article 17, elle proposera un ajout pour obtenir cette garantie.

30. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) dit que le paragraphe 4 de l'article 4 et, surtout, l'article 41 peuvent défaire la Convention. Il préfère donc que ces dispositions soient supprimées. Si toutefois elles étaient maintenues, il souhaiterait qu'elles soient limitées d'une manière ou d'une autre.

31. M. HUANG FENG (Chine) estime qu'il faudrait conserver le projet d'article 41, car de nouvelles formes de cession ne manqueront pas de faire leur apparition. L'article 47 autorise la modification de la Convention à la demande d'un tiers des États contractants. Le fait que la Convention entrera en vigueur après le dépôt de cinq instruments de ratification signifie, en pratique, qu'elle peut être amendée sur l'initiative de deux États seulement. Il est donc très important de maintenir l'article 41.

32. Mme WALSH (Canada) demande des éclaircissements sur la proposition des États-Unis de limiter la portée des déclarations pouvant être faites au titre du paragraphe 4 de l'article 4 et de l'article 41. Elle demande si les déclarations doivent se limiter à des cessions de créances analogues à celles qui sont visées aux alinéas *d* et *f* du paragraphe 2 et à l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 4 et si le nouveau libellé autorise l'exclusion de catégories de créances existantes ou uniquement de produits futurs.

33. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) répond que la proposition est une simple proposition de compromis entre ceux qui sont convaincus de la nécessité d'une uniformité et d'une harmonisation et ceux qui craignent que la Convention ne soit pas acceptable si elle n'est pas souple. La délégation des États-Unis n'est pas encore en mesure de proposer un texte précis pour le paragraphe 4 de l'article 4 et pour l'article 41, mais elle serait toute disposée à échanger ses vues avec d'autres délégations à cette fin.

34. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) penche plutôt pour la suppression du paragraphe 4 de l'article 4 et de l'article 41, mais se dit prêt à considérer toute proposition visant à limiter le champ d'application de ces dispositions bien qu'il ne voie pas très bien comment cela pourrait être fait.

35. M. MEENA (Inde) dit que le paragraphe 4 de l'article 4 introduit une certaine souplesse qui rendra la Convention plus acceptable. Sa délégation est donc favorable à son maintien, en particulier du fait qu'il serait très difficile de dresser une liste exhaustive des cessions pouvant faire l'objet d'une déclaration par les États.

36. M. MEDIN (Suède) dit que sa délégation préférerait voir le paragraphe 4 de l'article 4 et l'article 41 supprimés. Toutefois, de nombreuses délégations pensent de toute évidence que l'article 41 doit être conservé pour offrir une certaine souplesse. Il se peut cependant que l'article 41, dans sa formulation actuelle, aille trop loin dans ce sens.

37. M. AL-NASSER (Observateur de l'Arabie saoudite) dit que sa délégation est en faveur de la suppression du paragraphe 4 et du maintien de l'article 41. De nouveaux produits pourraient voir le jour et la possibilité de faire une déclaration au titre de l'article 41 donnerait à l'instrument la souplesse nécessaire.

38. M. CHARASSANGSOMBOON (Thaïlande) se prononce pour le maintien du paragraphe 4 de l'article 4 et de l'article 41 et s'inquiète de la vulnérabilité des petits pays à l'économie ouverte face aux opérations spéculatives. En tout état de cause, de nombreux pays hésiteraient à faire une déclaration et ne la feraient qu'en dernier ressort.

La séance est suspendue à 15 h 45; elle est reprise à 16 h 10.

39. Mme LADOVÁ (Observatrice de la République tchèque) dit que sa délégation se prononce pour le maintien du paragraphe 4 de l'article 4, car il offre la souplesse nécessaire pour répondre aux préoccupations liées aux opérations futures imprévisibles et à la protection des consommateurs.

40. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) est partisan de supprimer le paragraphe 4 de l'article 4 et l'article 41. Sa délégation pourrait néanmoins accepter un compromis, à condition qu'une liste claire et limitée d'exclusions possibles puisse être élaborée, faute de quoi on s'aventurerait en terrain dangereux, car toute déclaration faite par un État au titre de l'article 41, tel qu'actuellement rédigé, déclencherait des mécanismes de réciprocité selon la Convention de Vienne sur le droit des traités, ce qui compliquerait encore les choses. L'orateur croit comprendre que la proposition des États-Unis aurait trait uniquement à la cession de certaines catégories de créances et non à certains types de cessions, comme il en est actuellement question à l'article 41. Les exemples cités par le représentant de l'Autriche, auxquels la représentante du Canada a fait allusion, montrent que de telles exclusions ne mèneraient nulle part.

41. M. FRANKEN (Allemagne) dit que sa délégation approuve en principe la proposition présentée par la délégation des États-Unis, bien qu'une analyse plus approfondie soit nécessaire pour définir précisément les éléments qui devront être inclus dans le paragraphe 4 de l'article 4.

42. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation peut à présent faire une proposition concrète pour le projet d'article 41. Cette proposition vise deux catégories de cessions. La première concerne les pratiques existantes et la seconde les pratiques qui pourraient voir le jour dans l'avenir mais que la Commission ne peut pas encore exclure, car elle n'a aucun moyen de savoir quelle forme elles revêtiront.

43. Entrent dans la première catégorie, tout d'abord, les cessions de créances découlant de l'utilisation ou de l'occupation de terrains ou de bâtiments. Si, pour de nombreuses délégations, ce type de cessions ne pose pas de difficulté particulière, il est problématique pour les États-Unis. Si l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 4 était conservé en l'état, les États-Unis devraient envisager l'exclusion de la cession des loyers immobiliers en faisant une déclaration au titre de l'article 41. Un deuxième type de cession, à savoir celle d'instruments négociables, fait encore l'objet de consultations. En l'absence de consensus, les États-Unis

devraient envisager d'exclure également par voie de déclaration les cessions de créances constatées par un écrit transféré par remise, inscription sur les livres comptables ou contrôle des enregistrements électroniques.

44. Pour ce qui est des pratiques futures ne pouvant pas être prévues, la Convention devrait exclure, tout d'abord, les cessions de créances découlant d'opérations effectuées sur les marchés des valeurs mobilières ou les marchés financiers, ce qui permettrait de traiter des exclusions déjà visées au paragraphe 2 de l'article 4, mais en termes plus généraux. Cette exclusion ne devrait pas avoir d'impact sur les créances commerciales ordinaires. La Convention devrait ensuite exclure les cessions de créances découlant de systèmes de paiement ou de compensation et de règlement. Elle contient déjà une exclusion similaire concernant les systèmes de paiement interbancaire, mais il se peut que des participants autres que les banques mettent au point de nouveaux systèmes permettant aux parties de compenser entre elles leurs créances commerciales.

45. La délégation des États-Unis n'a certainement pas l'intention de permettre aux États de se prévaloir de l'article 41 pour exclure l'application de toutes les dispositions de la Convention. Il devrait néanmoins être possible d'invoquer cet article dans des domaines circonscrits et bien définis, lorsque cela serait conforme aux exclusions prévues au paragraphe 2 de l'article 4.

46. M. MORÁN BOVIO (Espagne) dit que sa délégation se réjouit de la proposition faite par le représentant des États-Unis, bien qu'elle ait quelques réserves quant au caractère un peu général de l'exclusion concernant les cessions de créances constatées par un écrit transféré par remise, inscription sur les livres comptables ou contrôle des enregistrements électroniques. Le texte devrait être rédigé de sorte qu'aucune autre déclaration ne soit possible.

47. M. BERNER (Observateur de l'Association du barreau de la ville de New York) indique que la société pétrolière de l'État mexicain, PEMEX, a conçu un mode d'utilisation trilatérale de ses créances commerciales, qui sont cédées à une entreprise européenne pour financer l'importation de produits manufacturés au Mexique. Il est clair que ce système, qui pourrait être très avantageux sur le plan économique pour les pays en développement ayant des ressources naturelles, n'entre pas dans le cadre de la proposition des États-Unis. Il ne serait pas souhaitable que la Convention compromette la mise au point de tels systèmes.

48. Mme BRELIER (France) n'est pas sûre que sa délégation soit véritablement en faveur d'une liste limitative au titre de l'article 41. En tout état de cause, il faudra d'abord examiner l'ensemble des dispositions de la Convention, ce qui pourrait prendre plusieurs jours.

49. Le PRÉSIDENT propose que la délégation des États-Unis soumette sa proposition par écrit pour examen le lendemain.

50. Mme SABO (Canada) ne voit pas, au premier abord, en quoi les textes proposés pour les pratiques futures, à savoir les cessions de créances découlant d'opérations sur les marchés des valeurs mobilières ou les marchés financiers et de systèmes de règlement, diffèrent des dispositions déjà contenues dans le paragraphe 2 de l'article 4. La délégation canadienne, tout en restant favorable à la suppression du paragraphe 4 de l'article 4 et de l'article 41, attend avec intérêt la proposition écrite des États-Unis.

51. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite suspendre son examen du paragraphe 4 de l'article 4 et de l'article 41 jusqu'à ce qu'une proposition écrite lui soit soumise.

52. *Il en est ainsi décidé.*

53. M. BAZINAS (secrétariat) croit comprendre que la proposition des États-Unis relative aux marchés financiers serait très générale, de manière à englober tout ce qui n'entre pas dans le paragraphe 2 de l'article 4. En ce qui concerne les systèmes de paiement ou de compensation et de règlement, la proposition a trait aux systèmes existant entre des personnes morales autres que les banques, qui sont visées à l'alinéa *d* du paragraphe 2. Les deux autres éléments figurant dans la liste, à savoir les créances sur des instruments négociables ou autres et les créances immobilières, ne seront inclus que si les discussions concernant leur insertion à l'article 4 s'avèrent infructueuses. S'agissant du premier type de créances, la France et les États-Unis présenteront le lendemain une proposition commune pour les paragraphes 1 et 2 de l'article 4.

Article 5

54. Mme BRELIER (France) dit se rappeler que, lorsqu'elle a examiné l'article 24, la Commission a décidé de définir les "réclamants concurrents" à l'article 5.

55. M. BAZINAS (secrétariat) dit que la question des réclamants concurrents est traitée dans la définition du terme "priorité" faisant l'objet du nouvel alinéa *g* de l'article 5, dont le texte a été distribué.

56. M. JOKO SMART (Sierra Leone) demande pourquoi les termes "cession" et "créances" sont définis à l'article 2 et non dans les "définitions" de l'article 5.

57. M. FRANKEN (Allemagne) dit que, depuis que la Commission a examiné à sa précédente session la définition du lieu de situation figurant à l'alinéa *h* de l'article 5, beaucoup se sont inquiétés de voir que les succursales des banques et d'autres institutions financières étaient également couvertes par cette disposition. La meilleure solution serait peut-être de considérer les succursales bancaires comme des personnes morales distinctes. La loi applicable serait alors la loi du pays où se trouve la succursale et non la loi du pays où est située l'administration centrale de la banque.

58. M. STOUFFLET (France) et M. HUANG FENG (Chine) appuient la proposition du représentant de l'Allemagne.

59. M. WHITELEY (Royaume-Uni) dit que, bien que sa délégation ait soutenu l'idée d'une règle distincte pour les succursales bancaires à la précédente session, il a personnellement revu sa position depuis. Si, dans de nombreux cas, il est souhaitable de considérer les succursales comme des personnes morales distinctes, cela n'est pas vrai dans d'autres. Par exemple, l'adéquation des fonds propres d'une succursale bancaire sera calculée conformément aux règles de l'État d'immatriculation et non à celles de l'État hôte. De l'avis du représentant du Royaume-Uni, la règle de localisation dans la Convention, dans sa formulation actuelle, est appropriée étant donné que le champ d'application de la Convention est limité par la définition du terme "réclamant concurrent".

60. L'un des principaux problèmes juridiques posés par les transferts de créances est que ceux-ci entraînent un démembrement de la propriété. Le transfert ou la cession modifie la relation entre le débiteur et le créancier, de sorte que le débiteur doit désormais traiter avec un cessionnaire. Il en résulte des problèmes pour le système juridique, puisqu'il faut veiller à ce que le transfert s'effectue de la manière la plus transparente possible. Le débiteur devrait savoir avec qui il est juridiquement tenu de traiter et toute autre partie considérant la créance comme un droit de propriété devrait pouvoir identifier le propriétaire. La cession crée également des problèmes pour les créanciers qui ont affaire

aux cédants: alors qu'elle est en apparence la propriété du cédant, la créance ne fait en réalité pas partie du patrimoine de ce dernier, mais appartient au cessionnaire. Robert Maxwell a tiré parti de cette situation pour obtenir davantage de prêts garantis par des biens dont il n'était en fait pas propriétaire. Ce phénomène est appelé richesse fictive ("*false wealth*"). La Convention pourrait dans un sens être qualifiée d'instrument pour la reconnaissance réciproque des conditions requises pour une richesse fictive avec, comme critère, le lieu de situation du cédant. Lorsqu'une créance est cédée par une succursale bancaire, le lieu approprié pour rendre la cession opposable compte tenu de ces conditions serait encore l'État d'immatriculation de la banque.

61. Au Royaume-Uni, les sûretés sont soumises à une obligation d'enregistrement. Si une banque britannique effectue une cession à titre de garantie, un enregistrement sera exigé pour ce qui est de tous ses biens, qu'ils se trouvent au Royaume-Uni ou à l'étranger. Les sociétés étrangères ayant un établissement au Royaume-Uni sont elles aussi soumises à une obligation d'enregistrement pour leurs biens qui y sont situés. Enfin, les tribunaux ont mis en place une procédure de notification, appelée procédure Slavenburg, qui s'applique aux sociétés étrangères ayant des biens au Royaume-Uni mais pas d'établissement. Dans ces cas, la société doit envoyer une lettre à Companies House pour faire enregistrer la sûreté et recevoir, en retour, une lettre indiquant que la sûreté n'est pas enregistrable. Si cette procédure n'était pas accomplie, il n'y aurait aucune garantie de priorité dans le cas où la sûreté serait considérée comme enregistrable.

62. Si cette procédure était appliquée aux règles de localisation figurant actuellement à l'article 5, une banque britannique cédant une créance à titre de garantie chercherait à opposer cette cession en l'enregistrant auprès de Companies House. En revanche, une cession effectuée par la succursale d'une banque étrangère au Royaume-Uni ne donnerait pas naissance à une sûreté enregistrable dans ce pays si la Convention s'appliquait. Il faudrait donc modifier la législation britannique en vigueur.

63. Si une succursale étrangère d'une banque britannique devait céder une créance conformément aux règles proposées par le représentant de l'Allemagne, il faudrait alors déterminer si l'enregistrement doit avoir lieu au Royaume-Uni ou dans l'État où se trouve la succursale ayant effectué la cession. On peut entrevoir le même type de problèmes que pour les enregistrements selon la procédure Slavenburg: il sera difficile de savoir qui, de la succursale ou du siège social, a agi en qualité de cédant, ce qui pourrait exiger une double opposabilité. C'est pourquoi le texte ne devrait pas être modifié.

ÉLECTION DU BUREAU (*SUITE*)

64. M. FRANKEN (Allemagne), s'exprimant au nom du Groupe des États d'Europe occidentale et autres États, propose d'élire M. Morán Bovio (Espagne) à l'un des postes de vice-président.

65. M. ADENSAMER (Autriche) appuie cette proposition.

66. *M. Morán Bovio (Espagne) est élu vice-président par acclamation.*

La séance est levée à 17 h 10.

Compte rendu analytique de la 719e séance

Vendredi 29 juin 2001, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.719]

Président: M. Pérez-Nieto CASTRO (Mexique)

La séance est ouverte à 9 h 50.

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL (*suite*) (A/CN.9/486, A/CN.9/489 et Add.1, A/CN.9/490 et ADD.1 à 5 et A/CN.9/491 et Add.1)

Article 5, alinéa h (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT demande si les délégations du Royaume-Uni et de l'Allemagne ont réglé leurs divergences en ce qui concerne la proposition faite par le représentant de l'Allemagne à la séance précédente.

2. M. FRANKEN (Allemagne) confirme que les divergences ont été réglées. Le problème essentiel est qu'au Royaume-Uni une disposition d'ordre public exige l'enregistrement de toutes les cessions, quel qu'en soit le lieu, aux fins de leur validité.

3. M. STOUFFLET (France) dit que la délégation du Royaume-Uni paraît surestimer la portée de la proposition allemande. Telle qu'il la comprend, cette proposition tend seulement à considérer des succursales de banques comme des entités autonomes au regard du problème de la priorité. À toutes autres fins, il n'y a pas lieu de considérer ces succursales comme des entités juridiques autonomes.

4. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) voudrait savoir si la proposition vise à appliquer la règle du lieu de situation de la succursale aux banques uniquement ou si cette règle s'étendrait à d'autres institutions financières comme les compagnies d'assurances et les banques d'investissement. On peut se demander si la portée de la proposition est assurément aussi limitée que l'a dit le représentant de la France.

5. M. BAZINAS (secrétariat) croit comprendre que l'interprétation donnée par la France de la proposition est d'une portée plus restreinte que la proposition initiale, pour une autre raison. Le représentant de la France a dit que la règle du lieu de situation de la succursale ne s'appliquerait qu'au regard du problème de la

priorité, en d'autres termes, uniquement en relation avec l'article 24. Avait-il réellement l'intention d'apporter cette restriction, ou voulait-il simplement dire que cela serait l'effet le plus important?

6. M. CHAN (Singapour) dit que toutes les questions qui sont actuellement posées ont déjà été traitées. Des discussions identiques ont eu lieu deux ans auparavant lors d'une session du Groupe de travail. Vu qu'il reste peu de temps, il n'est peut-être pas utile de revenir sur des questions anciennes.

7. Il exprime également de sérieux doutes sur la pertinence de la proposition allemande. À Singapour, les banques étrangères peuvent choisir de devenir des filiales à 100 % et de constituer ainsi une société distincte selon la législation de Singapour, ou de rester des succursales et de conserver la personnalité juridique de la banque de leur pays d'origine. La délégation de Singapour n'est pas prête à appuyer une proposition qui considérerait les succursales comme des entités distinctes de la personne morale principale, à quelque fin que ce soit. Cela conduirait en effet à rendre inintelligible le mode de fonctionnement interne de la société aux yeux du public, en lui permettant de transférer des actifs, des obligations ou des créances entre succursales afin de se soustraire à ses obligations ou d'accroître sa rentabilité, sans aucune transparence et au détriment de ses partenaires commerciaux et de ses actionnaires.

8. Le PRÉSIDENT dit que, en vertu 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 pour la détermination du champ d'application de la Loi type.

9. M. DESCHAMPS (Canada) dit que lors des sessions précédentes de la Commission, celle-ci a eu de très longues discussions pour tenter de trouver une solution au problème de la localisation des banques. Il s'est avéré impossible de dire qu'une succursale est considérée comme une entité distincte sans en même temps localiser la créance à un endroit donné. Puisque le chapitre relatif aux priorités constitue l'une des pièces les plus importantes du projet de convention, il est essentiel qu'il n'y ait qu'une seule loi qui s'applique dans l'hypothèse d'un conflit entre deux cessionnaires. Si un prêt consenti par une banque fait l'objet d'une cession, le cessionnaire doit pouvoir s'assurer qu'il aura une priorité, et devra donc être en mesure de localiser le prêt à une succursale donnée. De nombreuses tentatives ont été faites, en vain, pour élaborer des critères de rattachement des prêts à une succursale donnée. Ainsi, il arrive souvent qu'un prêt soit géré par une succursale différente de celle sur les livres de laquelle il a été inscrit — pas nécessairement dans le même pays. En outre, durant la vie d'un prêt, sa localisation peut être modifiée; une clause standard de certains accords de prêt oblige la banque à localiser le prêt dans un autre pays si jamais la localisation initiale devait entraîner des coûts supérieurs pour l'emprunteur, par exemple en raison de modifications de la réglementation fiscale.

10. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) estime, comme le représentant de Singapour, que l'alinéa *h* de l'article 5 ne devrait pas donner lieu à débat puisqu'il a déjà été approuvé. La définition du lieu de situation doit donc rester inchangée.

11. M. MORÁN BOVIO (Espagne) considère, comme les délégations de l'Irlande, de Singapour et du Canada, qu'il n'y a pas lieu de prolonger le débat en l'absence de toute proposition radicalement innovante. Le droit de placer des prêts auprès de la succursale de leur choix relève de la politique interne des banques dont la Commission n'a pas à se mêler, sauf pour dire que la localisation d'un prêt, une fois établie, ne devrait pas être modifiée.

12. M. FRANKEN (Allemagne) estime qu'il est inexact de dire que les banques ont toute latitude pour décider de faire de leurs succursales des entités juridiques indépendantes. Les règles des autorités de contrôle bancaire reconnaissent que les banques doivent accroître leur capital social pour donner une assise à leurs activités commerciales. En conséquence, de nombreuses banques ont transféré des opérations effectuées dans des pays étrangers de leurs filiales à des succursales dépendantes, pour qu'elles puissent s'appuyer sur le capital social de la société mère. Au Canada, par exemple, alors que la réglementation nationale n'autorisait auparavant les banques étrangères à exercer leurs activités que si elles constituaient des entités distinctes, elle les autorise depuis peu à opérer dans le cadre de succursales pour tenir compte du besoin accru de capitaux propres. Un phénomène analogue est en train d'apparaître à Singapour pour exactement les mêmes raisons. Il convient de reconnaître que les opérations à l'étranger seront de plus en plus fondées sur la situation globale du capital de la société mère. De plus, les choses ne sont pas aussi simples que l'a laissé entendre le représentant de l'Espagne: les banques ne sont pas libres d'imputer des écritures comptables à n'importe quelle succursale de leur choix, car elles sont tenues de respecter les règles établies par les autorités de contrôle bancaire et la réglementation fiscale du pays dans lequel la succursale est située. Le représentant de l'Allemagne invite en conséquence instamment la Commission à tenter de répondre aux questions qu'il a posées.

13. M. BERNER (Observateur de l'Association du barreau de la ville de New York), appuyant les observations faites par les représentants de l'Allemagne, de la France et de la Chine, dit qu'il est couramment admis par les marchés financiers que les banques suivent les règles du pays dans lequel elles exercent leurs activités. En conséquence, la succursale d'une banque des États-Unis située en Allemagne est tenue de respecter la réglementation allemande, et inversement. Dès lors que des tiers sont en cause, il ne s'agit pas simplement d'une question de politique interne pour les banques.

14. M. AL-NASSER (Observateur de l'Arabie saoudite) appuie les observations faites par les représentants de la France et de l'Allemagne, ainsi que par l'observateur de l'Association du barreau de la ville de New York. Le représentant de l'Allemagne est un expert en matière bancaire et il connaît bien le mode de fonctionnement des autorités de contrôle. Il faudrait aussi tenir compte des nouvelles règles régissant l'ouverture de succursales qui ont été établies par l'Organisation mondiale du commerce.

15. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) appuie la proposition faite par le représentant de l'Allemagne.

16. M. CHAN (Singapour) dit que les arguments ne manquent pas de force de part et d'autre, mais que la règle du lieu de situation reste fondamentale aux fins de la sécurité juridique. S'il est exact que les exigences de la compétitivité et les mesures d'ouverture des marchés incitent les banques à exercer leurs activités par l'intermédiaire de succursales plutôt que de filiales, il est d'autant plus justifié de maintenir la règle du lieu de situation telle qu'elle est énoncée dans le texte. Les banques ne devraient pas être autorisées à cumuler tous les avantages, en conservant des succursales pour certaines fins, mais non pour d'autres.

17. M. DUCAROIR (Observateur de la Fédération bancaire de l'Union européenne) dit qu'il appuie sans réserve la proposition allemande et qu'il n'est nullement convaincu par les arguments développés par les représentants du Royaume-Uni et du Canada. En tant que praticien, il s'étonne que le projet de convention puisse établir une règle relative au lieu de situation qui ne s'appliquerait pas aux succursales de banques, que celles-ci interviennent comme cessionnaires ou comme cédants.

18. M. WHITELEY (Royaume-Uni), résumant la position de sa délégation, dit que le point essentiel est de savoir non pas où la succursale est située, mais où les affaires de la banque seraient liquidées en cas d'insolvabilité. Dans la plupart des cas, ce serait le lieu de l'immatriculation.

19. Mme STRAGANZ (Autriche), M. MEDIN (Suède) et Mme GAVRILESCU (Roumanie) appuient la proposition faite par le représentant de l'Allemagne.

20. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) demande s'il convient bien d'interpréter la proposition du représentant de l'Allemagne comme applicable uniquement aux banques et à leurs succursales et non à d'autres institutions financières, et comme applicable seulement à la définition du lieu de situation, la question de savoir si une banque ou la succursale d'une banque est située dans un pays déterminé étant importante non seulement au regard de la priorité, mais aussi sous l'angle de la nationalité et de la portée de la Convention dans son ensemble. Il aimerait également avoir confirmation que la question ne se pose que lorsque la banque est le cédant ou le cessionnaire, étant donné qu'il existe déjà une règle dans le cas de débiteurs, comme cela a été noté par le représentant de la Fédération bancaire de l'Union européenne.

21. M. FRANKEN (Allemagne) dit que cette interprétation de sa proposition, sous les trois aspects indiqués, est correcte.

22. Le PRÉSIDENT note qu'une majorité de membres approuve le concept qui sous-tend la proposition allemande, laquelle est conforme au libellé du paragraphe 3 de l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux.

23. Mme SABO (Canada) dit qu'une modification aussi radicale concernant un point fondamental ne pourrait être adoptée qu'à la condition qu'un texte écrit soit communiqué pour examen.

24. M. CHAN (Singapour) dit que le mot "banque" prendrait une nouvelle signification si la proposition de modification de l'alinéa *h* de l'article 5 était adoptée. Il se demande si ce terme est toujours employé dans ce sens dans la Convention.

25. M. DESCHAMPS (Canada) dit que l'adoption du nouveau libellé proposé appellerait un réexamen de la définition non seulement d'une banque, mais aussi d'une succursale de banque. Il serait également nécessaire d'élaborer des critères de rattachement entre une créance et la succursale considérée.

26. M. ADENSAMER (Autriche) dit que l'appui donné par sa délégation à l'amendement proposé reposait sur l'idée que celui-ci n'était pas limité aux banques, mais qu'il s'appliquait à tous les débiteurs. La Commission devrait se garder d'instituer une législation particulière pour les banques, et il n'y a pas lieu de redéfinir ni une banque ni une succursale.

27. M. AL-NASSER (Observateur de l'Arabie saoudite) propose de reprendre les définitions d'une banque et d'une agence figurant dans la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux.

28. M. SEKOLEC (Secrétaire de la Commission) dit que, dans le cadre de la Loi type, le mot "banque" a des significations différentes selon les pays. Il est d'ailleurs précisé dans le paragraphe 2 de l'article premier de ladite Loi type que la loi s'applique de la même manière aux autres entités qui, "dans le cadre normal de leurs activités", exécutent des ordres de paiement.

29. Le PRÉSIDENT dit que le débat sur l'alinéa *h* de l'article 5 ne sera clos que lorsque le texte écrit de l'amendement proposé aura été distribué. Il croit comprendre, cependant, qu'une majorité de membres de la Commission appuie le concept qui sous-tend la proposition.

Article 5, alinéa g

30. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) dit que le texte de l'alinéa *g* de l'article 5 figurant dans le document A/CN.9/XXXIV/CRP.2 ne traite de la priorité qu'à l'égard d'un réclamant concurrent. Or le concept de réclamant concurrent est étroitement défini et n'inclurait pas un concurrent qui ne serait pas un réclamant concurrent au sens de la définition de la priorité. En vertu du nouveau paragraphe 3 de l'article 26 (A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.1), des parties qui ne seraient pas des réclamants concurrents mais qui auraient priorité pourraient bénéficier d'une protection. Estimant qu'il faudrait étendre la définition de la priorité à d'autres personnes, il propose donc d'ajouter les mots "ou une autre personne" après l'expression "le droit d'un réclamant concurrent", à l'alinéa *g* de l'article 5.

31. M. KOBORI (Japon) dit qu'il a du mal à comprendre le membre de phrase "pour autant qu'il y ait lieu à cette fin", aucune fin n'ayant été précédemment définie. Il ne voit pas bien non plus comment un droit pourrait "déterminer". Il propose donc que le texte soit remanié pour se lire à peu près ainsi: "pour autant qu'il y ait lieu de déterminer une telle préférence". Il propose en outre de remanier la phrase liminaire du texte anglais pour qu'elle se lise: *"'Priority' means preference of the right of a person over the right of a competing claimant"*.

32. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) ne comprend pas bien l'observation faite par le représentant des États-Unis à propos des réclamants concurrents. Par définition, lorsqu'une somme d'argent fait l'objet de différentes réclamations, la règle de priorité détermine quelle est la réclamation qui prévaut, mais les personnes en cause sont nécessairement à la fois des concurrents et des réclamants.

33. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) dit que le nouveau paragraphe 3 de l'article 26 vise à préserver certains droits de priorité pour des personnes déterminées. Il pourrait s'agir du cessionnaire de la valeur d'un compte de dépôt ou de titres ou de fonds sur le compte. Mais la définition d'un réclamant concurrent ne couvrirait pas nécessairement toutes les personnes protégées dans le cadre du nouveau paragraphe 3. Étant donné que la définition de la priorité ne vise que "la préférence donnée au droit d'une personne sur le droit d'un réclamant concurrent", elle laisserait de côté d'autres parties protégées qui ne relèvent pas de la définition d'un réclamant concurrent. L'amendement qu'il propose donnerait pleinement effet à la décision de principe de la Commission sans modifier quant au fond le sens de la priorité en d'autres endroits du texte.

34. Mme WALSH (Canada) demande un délai pour examiner les incidences de l'amendement proposé par les États-Unis.

35. Lors du débat sur l'article 24, le secrétariat avait indiqué que la question de savoir si la définition de la priorité devrait viser d'éventuelles mesures à prendre pour rendre le droit d'un cessionnaire opposable aux tiers serait examinée en relation avec le projet d'article 8. Toute décision éventuelle sur le libellé de l'alinéa *g* de l'article 5 devrait donc être subordonnée au résultat de l'examen ultérieur de l'article 8.

36. M. BAZINAS (secrétariat) confirme que le secrétariat entend bien joindre l'examen de ce point à celui de l'article 8. La définition d'un réclamant concurrent à l'alinéa *m* de l'article 5 ne vise pas un intermédiaire teneur de compte de titres ayant un droit sur la créance en tant que garantie initiale. L'article 26 vise un conflit entre, par exemple, un cessionnaire ayant un droit sur un compte de titre en tant que produit et un intermédiaire teneur de compte de titres ayant un droit sur le compte de titres en tant que garantie initiale, lequel n'est pas un réclamant concurrent au sens de l'alinéa *m* de l'article 5. D'où la proposition tendant à ajouter les mots "ou une autre personne" à l'alinéa *g* de l'article 5. Cela ne modifierait pas, quant au fond, la définition de la priorité, mais l'alignerait sur le libellé de l'article 26.

37. M. DESCHAMPS (Canada) demande si la proposition des États-Unis suppose que le paragraphe 3 de l'article 26 protège des personnes qui ne relèvent pas du champ d'application du paragraphe 2. Pour ce qui est de l'exemple cité par le secrétariat, il pense qu'un intermédiaire teneur de compte de titres serait un réclamant concurrent, puisqu'il ferait valoir une réclamation concernant un droit sur le produit; il serait un créancier du cédant. Le paragraphe 2 de l'article 26 vise le produit reçu par le cédant, et l'objet du paragraphe 3 est de protéger des personnes qui traitent avec le cédant. Sans s'opposer nécessairement en principe à l'amendement proposé, il voudrait en connaître les incidences. Il pourrait être judicieux de réexaminer d'autres dispositions de la Convention qui visent la "priorité" ou un "réclamant concurrent" et qui pourraient par inadvertance être touchées par l'amendement.

38. Le PRÉSIDENT demande au représentant du Canada s'il estime que la question pourrait être renvoyée au groupe de rédaction, étant entendu que la Commission appuie le principe qui sous-tend l'amendement proposé.

39. M. DESCHAMPS (Canada) dit que sa délégation veut avoir le temps de déterminer s'il s'agit simplement d'une question de forme ou si cela soulève des questions de fond touchant d'autres dispositions de la Convention.

40. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) estime, bien que sa délégation n'ait pas d'objection de principe à opposer à la proposition des États-Unis, que la définition proposée est trop générale pour avoir une quelconque utilité pratique. Si la préoccupation concerne les personnes visées au nouveau paragraphe 3 de l'article 26, il pourrait suffire de mentionner directement ces personnes.

41. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) dit qu'il ne propose aucun changement de fond et qu'il n'a nullement l'intention d'élargir la définition de la priorité. Le problème est simplement qu'en d'autres endroits de la Convention — par exemple au paragraphe 1 *a* de l'article 24 — le terme "priorité" est utilisé par référence à un réclamant concurrent. Si certains considèrent que cela implique une modification de fond, la délégation des États-Unis envisagera volontiers une autre formulation. Sinon, on pourrait s'en remettre au groupe de rédaction.

42. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) dit que, après réexamen du libellé initial de l'alinéa *g* de l'article 5, le groupe de rédaction a élaboré le texte figurant dans le document A/CN.9/XXXIV/CRP.2. Peut-être aurait-il suffi que le groupe ajoute simplement au texte initial figurant dans le document A/CN.9/489 le membre de phrase "pour autant qu'il y ait lieu à cette fin". Tout en reconnaissant les réserves de la délégation canadienne quant au point de savoir si la proposition suppose une modification de fond qui aurait des incidences sur d'autres dispositions, la délégation australienne est prête à accepter l'affirmation de la délégation des États-Unis selon laquelle aucune modification de fond n'est en cause.

43. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite adopter la proposition des États-Unis, sous réserve de son examen par le groupe de rédaction et d'une décision à prendre quant à son incidence éventuelle sur d'autres articles.

44. *Il en est ainsi décidé.*

Article 5, alinéa k

45. M. DUCAROIR (Observateur de la Fédération bancaire de l'Union européenne) dit que le texte de l'alinéa *k* de l'article 5 est dans l'ensemble satisfaisant, mais qu'il pourrait donner lieu à des divergences d'interprétation, voire à des conflits devant les tribunaux, en ce qui concerne les risques respectifs supportés par les cocontractants d'une opération. Pour réduire ce risque, les contrats financiers sont, dans la pratique, souvent assortis d'un engagement de garantie ou de crédit qui forme partie intégrante du contrat. Afin d'éviter toute ambiguïté concernant de tels arrangements, les mots "visées ci-dessus" devraient être suivis du membre de phrase "ainsi que toute garantie ou facilité de crédit liée à l'une ou l'autre des opérations visées ci-dessus". Ce libellé est celui qu'a proposé le Financial Markets Lawyers Group dans le document A/CN.9/490/Add.4.

46. Le PRÉSIDENT rappelle qu'une proposition analogue a été examinée et rejetée lors de la trente-troisième session.

47. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) dit que si une obligation résultant d'un contrat sur produits dérivés est garantie par une créance à laquelle s'appliquerait normalement la Convention, toutes les règles résultant de la Convention telle qu'elle est actuellement libellée s'appliqueraient à cette créance. Cette conclusion semble logique à sa délégation. Toutefois, selon la proposition de la Fédération bancaire de l'Union européenne, une créance servant à garantir un contrat financier ne serait pas régie par la Convention. Cela pourrait donner lieu à de nombreux problèmes, le régime des cessions étant différent selon la nature de l'obligation garantie par la créance. Il ne voit pas pourquoi la Commission changerait d'avis dans le seul but de tenir compte de créances qui servent à garantir un contrat financier.

48. M. WHITELEY (Royaume-Uni) dit que sa délégation accepterait volontiers de conserver le texte existant, même s'il comporte des anomalies. Les arrangements de garantie relatifs à des opérations sur produits dérivés sont peut-être complexes, mais ils constituent un aspect important du mode de fonctionnement du marché des produits dérivés. Une opération sur produits dérivés diffère d'un prêt garanti en ce que le risque potentiel auquel sont exposés les cocontractants peut changer au fil du temps. Par exemple, une partie qui emprunte et qui rembourse 100 dollars des États-Unis crée un risque de ce montant pour le prêteur; si toutefois elle emprunte 100 dollars contre 85 euros et que les parties s'engagent à liquider cette opération à trois ans, la valeur du contrat changera selon que l'euro se dépréciera ou s'appréciera par rapport au dollar. Lorsqu'une partie prend une garantie pour un contrat sur produits dérivés, il doit donc y avoir un engagement de garantie non seulement au début du contrat, mais tout au long de la vie de l'opération. Lorsque le risque change, les parties adaptent le montant de la garantie détenue, de telle sorte que la garantie et le risque s'équilibrent. La pratique en vigueur consiste soit à recourir à une sûreté, soit à conclure un arrangement souvent appelé "transfert de titre" qui se traduit par la vente et le rachat des actifs concernés. La partie qui supporte le risque a le droit de demander la remise en pleine propriété des actifs financiers fongibles contre la promesse de restituer un actif équivalent, soit en cas de baisse du risque, soit en cas de défaillance de la contrepartie. Le libellé actuel de la disposition couvrirait les arrangements de garantie sous la forme d'un transfert de titre, parce que celui-ci constituerait le transfert au comptant d'un titre et une cession à terme de celui-ci, ces deux opérations faisant partie de la convention de compensation globale, mais il ne couvrirait pas des arrangements conclus sous la forme d'une sûreté, bien que l'effet économique soit en grande partie le même, la différence principale tenant au fait que la partie bénéficiant de la garantie dans le cadre d'une sûreté ne pourrait pas utiliser celle-ci comme s'il s'agissait d'un actif propre (sauf si l'opération relève de la loi de New York). Établir une distinction entre les deux types d'arrangements fausserait inutilement les marchés financiers et la Commission devrait peut-être modifier le libellé pour permettre la poursuite de la pratique en vigueur.

49. Le PRÉSIDENT dit que la Commission n'a pas le temps de réexaminer une proposition qui a déjà été rejetée. À moins que

la proposition ne recueille un appui substantiel, il n'y a pas lieu de modifier le projet initial.

50. M. DESCHAMPS (Canada) dit que, pour les raisons exposées par le représentant des États-Unis, et pour d'autres motifs qu'il pourrait éventuellement citer, sa délégation s'oppose à l'amendement proposé par l'observateur de la Fédération bancaire de l'Union Européenne.

51. Le PRÉSIDENT dit que le texte de l'alinéa *k* de l'article 5 ne sera pas modifié.

La séance est suspendue à 11 h 15; elle est reprise à 11 h 50.

Article 5, alinéa l

52. M. DUCAROIR (Observateur de la Fédération bancaire de l'Union Européenne) propose de modifier la première phrase pour qu'elle se lise ainsi: "Le terme "convention de compensation globale" désigne une convention entre deux parties ou plus prévoyant une ou plusieurs des modalités suivantes". Cette proposition s'explique par le fait que les conventions de compensation globale ont parfois un caractère multilatéral et impliquent plusieurs parties. L'adjonction proposée tend à lever toute incertitude à cet égard.

53. *La proposition est approuvée.*

54. M. KOBORI (Japon) dit que, lorsqu'elle examinera le projet d'article 9, la Commission devra envisager d'insérer une définition de l'expression "droit indivis" à l'alinéa *h* du projet d'article 5.

Article 5, alinéa h *(suite)*

55. M. FRANKEN (Allemagne), revenant à l'alinéa *h* de l'article 5, propose d'ajouter, à la suite de la troisième phrase, la phrase suivante: "Si le cédant ou le cessionnaire exerce une activité bancaire en accordant des prêts et en acceptant des dépôts, une succursale de ce cessionnaire ou de ce cédant est une personne distincte".

56. M. BRITO DA SILVA CORREIA (Observateur du Portugal) propose d'ajouter au libellé proposé le membre de phrase suivant: "Si le cédant a des établissements dans plus d'un État ou a une succursale dans un autre État, l'établissement pertinent est celui de la succursale".

57. M. WHITELEY (Royaume-Uni) dit que sa délégation partage les préoccupations de l'Observateur du Portugal. La proposition allemande devrait préciser que la succursale du cédant ou du cessionnaire n'est réputée être une personne distincte qu'aux fins de cette définition. La proposition devrait viser non seulement l'activité qu'exerce la personne concernée, dès lors que certaines personnes pourraient exercer illégalement une telle activité, mais aussi l'autorisation.

58. M. SALINGER (Observateur de Factors Chain International) voudrait savoir pourquoi il est nécessaire de viser le lieu de situation du cessionnaire, étant donné que l'objectif principal de la proposition allemande est de régler des questions de priorité qui requièrent la localisation du cédant. Le fait de viser le cessionnaire entraînerait des résultats singuliers dans le secteur de l'affacturage, certaines entreprises d'affacturage, notamment en Allemagne, étant constituées sous forme de banques, mais d'autres ne l'étant pas.

59. M. FRANKEN (Allemagne) dit que, puisque certaines délégations s'inquiètent de la création d'un nouveau terme juridique dans le cadre de la Convention, la deuxième partie de la proposition pourrait se lire ainsi: "... est réputée être une personne distincte aux fins de la présente définition". S'agissant de la question soulevée par Factors Chain International, sa délégation pourrait accepter de supprimer les mots "ou du cessionnaire" de sa proposition.

60. Mme MCMILLAN (Royaume-Uni) propose de modifier le membre de phrase "Si le cédant ou le cessionnaire exerce une activité bancaire..." pour qu'il se lise ainsi: "Si le cédant est autorisé à exercer une activité bancaire... ." Si le texte proposé ne visait pas l'idée d'autorisation, on pourrait interpréter la Convention comme englobant les activités d'entités non autorisées, comme des usuriers.

61. M. FRANKEN (Allemagne) dit que sa délégation accepte la proposition du Royaume-Uni.

62. M. DESCHAMPS (Canada) demande si la proposition de l'Allemagne signifie que toute succursale située sur le territoire du même État constituerait une entité juridique distincte. Il souligne aussi qu'au Canada les banques étrangères sont autorisées à exercer leurs activités dans le cadre de succursales et que, à l'instar de nombreux autres pays, le Canada fait une distinction entre les succursales assurant un service complet et les succursales de prêt qui ne sont pas autorisées à accepter des dépôts. Un certain nombre de banques étrangères au Canada ont décidé d'exercer leurs activités par l'intermédiaire de succursales de prêt, en raison du caractère moins contraignant de la réglementation qu'il leur est applicable. La proposition de l'Allemagne ne viserait que les succursales assurant un service complet.

63. M. FRANKEN (Allemagne), répondant à la première question posée par le représentant du Canada, dit que la proposition vise des entités exerçant leurs activités dans plus d'un État. En vue d'apaiser les préoccupations de certaines délégations, la deuxième partie de la proposition pourrait être modifiée de la manière suivante: "...une succursale de ce cédant dans un autre État est réputée être une personne distincte aux fins de la présente définition".

64. S'agissant de la crainte exprimée par le Canada à propos des succursales de banques qui n'exercent que des activités de prêt, il dit que la proposition du Royaume-Uni tendant à viser l'autorisation donnée à une personne d'exercer d'une activité bancaire, au sens le plus large, répondrait à cette crainte. La proposition se lirait donc ainsi: "Si le cédant est autorisé à exercer une activité bancaire, une succursale de ce cédant dans un autre État est réputée être une personne distincte aux fins de la présente définition."

65. M. MORÁN BOVIO (Espagne) demande si la proposition allemande permettrait au cessionnaire de déterminer plus facilement quelle loi est applicable, ce qui serait pour lui un gain de temps et d'argent. Il aimerait également savoir comment une simple agence située dans un autre pays pourrait être distinguée d'une entité pleinement opérationnelle enregistrée dans ce pays. Une explication des incidences économiques de la proposition allemande serait en outre bienvenue.

66. M. FRANKEN (Allemagne), répondant aux questions posées par le représentant de l'Espagne, dit que la proposition facilitera assurément les choses pour le cessionnaire. Dans une opération, il est généralement nécessaire de vérifier quelle est la loi du cédant et éventuellement la loi du cessionnaire, ainsi que la loi applicable à l'établissement. Suivant l'amendement proposé, le cessionnaire n'aura besoin de connaître que la loi de l'établissement.

67. M. HUANG FENG (Chine) propose que les mots "aux fins de la présente Convention" soient ajoutés à la proposition alle-

mande. La référence au cessionnaire devrait être maintenue, car il est très fréquent que les banques achètent des créances et interviennent comme cessionnaires.

68. Le PRÉSIDENT, soulignant que la phrase liminaire de l'article 5 se lit: "Aux fins de la présente Convention", se demande si le représentant de la Chine jugerait cette phrase suffisante. Les délégations devraient indiquer si elles appuient ou non la proposition de la Chine de conserver la référence au cessionnaire dans la proposition allemande; dans la négative, la proposition ne sera pas modifiée.

69. M. KOBORI (Japon) dit que sa délégation appuie la proposition de la Chine de conserver la référence au cessionnaire dans la proposition allemande.

70. M. BRINK [Observateur de la Fédération européenne des associations des sociétés d'affacturage (Europafactoring)] demande si les créances d'entités visées dans la définition proposée devraient aussi se rapporter à l'activité pertinente, ou si toutes les créances de ces entités seraient touchées par cette règle, dès lors qu'une banque pourrait avoir des créances résultant de prêts ou de crédits ou d'autres types d'activités. Cela pourrait entraîner la conduite d'une opération internationale dans le cas où une banque transfère la gestion d'un compte du siège social à une succursale, ou inversement. Si une succursale est censée être une entité distincte et que l'on suppose que la branche est située dans un autre État, cela pourrait déclencher l'application de la Convention à l'égard de l'opération, laquelle constitue, de fait, non pas une opération mais un simple changement administratif au sein de la banque. De plus, une fois que la Convention serait appliquée, elle continuerait à régir toute autre cession conformément aux règles régissant les cessions subséquentes. Il se demande si c'est là l'effet recherché.

71. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) dit que, pour que la règle relative aux succursales de banques s'applique, il sera nécessaire de déterminer quelle activité exerce le cédant. Si celui-ci est autorisé à exercer une activité bancaire mais ne l'exerce pas effectivement, le cédant sera considéré comme n'importe quel autre cédant et il ne sera pas soumis à ladite règle. On ne voit pas bien en outre si l'autorisation d'exercer l'activité devrait viser le siège social ou la succursale située dans le pays où celle-ci exerce une activité bancaire. Sa délégation appuie donc fermement le maintien du libellé initial de la proposition allemande, qui vise l'exercice par le cédant d'une activité bancaire et précise également que l'activité bancaire consiste à accorder des prêts et à accepter des dépôts.

72. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) dit qu'il est peut-être préférable de ne pas toucher au libellé actuel de l'alinéa *h* de l'article 5. Il est inutile d'introduire une nouvelle règle concernant les banques dont les succursales sont considérées comme des entités juridiques distinctes, étant donné que la prudence incitera une banque ou une autre entité à préciser la loi applicable à des contrats de cession. Il semble que l'on complique inutilement la question.

73. Le PRÉSIDENT invite instamment les délégations à tenter de régler leurs divergences à propos de l'alinéa *h* de l'article 5 au cours de consultations informelles avec la délégation de l'Allemagne avant la 720e séance.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 720e séance

Vendredi 29 juin 2001, à 14 heures

[A/CN.9/SR.720]

Président: M. Pérez-Nieto CASTRO (Mexique)

La séance est ouverte à 14 h 10.

ÉLECTION DU BUREAU *(suite)*

1. Mme LADOVÁ (Observatrice de la République tchèque), prenant la parole au nom du Groupe des États d'Europe orientale, propose d'élire Mme Gavrilescu (Roumanie) à l'un des postes de vice-président.

2. *Mme Gavrilescu (Roumanie) est élue vice-présidente par acclamation.*

3. M. ISHII (Japon), prenant la parole au nom du groupe asiatique, propose d'élire Mme Zhou Xiaoyan (Chine) à l'un des postes de vice-président.

4. M. MEENA (Inde) appuie cette proposition.

5. *Mme Zhou Xiaoyan (Chine) est élue vice-présidente par acclamation.*

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL *(suite)* (A/CN.9/486, A/CN.9/489 et Add.1, A/CN.9/490 et Add.1 à 5 et A/CN.9/491 et Add.1).

Article 5, alinéa h (*suite*)

6. En réponse à une question du PRÉSIDENT, M. FRANKEN (Allemagne) dit que l'Observateur de Factors Chain International a retiré son objection à la proposition allemande. Conformément aux souhaits de la représentante de la Chine et d'autres, la référence au cessionnaire doit être conservée dans la proposition.

7. M. DESCHAMPS (Canada) dit que sa délégation est favorable au maintien de la définition actuelle du lieu de situation. La proposition allemande entraînerait un changement fondamental. Elle vise à faire en sorte que le cédant et le cessionnaire soient

situés là où se trouve la succursale ayant le lien le plus étroit avec la cession, mais il ne pense pas que l'on pourrait parvenir à ce résultat en considérant que les succursales sont des personnes distinctes.

8. Une succursale, dans un pays, qui prête de l'argent à un consommateur et accepte en garantie des créances de ce dernier, serait, si la proposition allemande était acceptée, une personne morale distincte. Si la banque prête ensuite de l'argent au même consommateur par l'intermédiaire d'une succursale située dans un autre pays, la proposition signifierait-elle que les prêts accordés par la deuxième succursale ne seraient pas garantis par les créances cédées? Un emprunteur qui est une société multinationale a souvent des établissements dans de nombreux pays et emprunte à une succursale de la banque dans chaque pays. S'il cède ses créances en garantie à une banque qui a des succursales dans trois pays différents, celles-ci seraient-elles des personnes morales distinctes, et la cession des créances serait-elle considérée comme une cession comportant trois cessionnaires différents? Ce ne sont là que quelques illustrations des nombreux problèmes que crée la proposition.

9. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) dit qu'il avait cru comprendre que la Commission, à sa réunion précédente, avait approuvé la proposition allemande quant au fond. Il ne comprend pas pourquoi certaines délégations débattent de nouveau de ses mérites et il demande instamment à la Commission de clore le débat.

10. Le PRÉSIDENT dit que la Commission a effectivement approuvé dans un premier temps l'idée de la proposition allemande, mais que, lorsque celle-ci a été présentée officiellement, des questions de fond avaient été soulevées, car elle était en désaccord avec le texte de la Convention. Il rappelle qu'elle a déjà été présentée et discutée à deux reprises à des sessions antérieures et qu'elle a été rejetée dans chaque cas. Elle vient maintenant d'être représentée une nouvelle fois, et de nouveau des opinions divergentes ont été exprimées sur des points importants. Après cinq années, le temps de la discussion est passé, et il souhaiterait donc demander à la délégation allemande de retirer sa proposition.

11. M. FRANKEN (Allemagne) dit que tous ceux qui connaissent bien la profession bancaire voient la nécessité de la proposition de sa délégation; en fait, la Banque centrale européenne a instamment prié le Gouvernement allemand de soulever une nouvelle fois la question. Toutefois, s'il n'y a pas d'accord au sein de la Commission, sa délégation est prête à retirer sa proposition.

12. Mme BRELIER (France) souhaite qu'il soit noté que le retrait de la proposition allemande poserait un sérieux problème à la France au moment de la ratification de la Convention.

13. M. HUANG FENG (Chine) dit que sa délégation regrette que la proposition allemande ait été retirée.

14. *Le projet d'article 5* h *est approuvé.*

Article 6

15. *Le projet d'article 6 est approuvé.*

Article 7

16. *Le projet d'article 7 est approuvé.*

Article 8

17. M. KOBORI (Japon) dit que le texte de l'article 8 est assez peu clair et propose, pour qu'il le soit davantage, que l'on supprime les mots "pouvant exister", qui sont ambigus.

18. Le PRÉSIDENT dit que l'article 8 est une règle de conflit et qu'elle détermine la validité de la forme de la cession par rapport à la loi de l'État dans lequel est situé le cédant. Si cette loi prescrit des conditions de forme quelles qu'elles soient, il faut que ces conditions soient remplies pour que la cession soit valable. Toutefois, la loi de l'État dans lequel est situé le cédant peut à son tour déterminer l'application d'une autre loi qui peut fort bien être une loi différente en vertu des règles de droit international privé.

19. Mme WALSH (Canada) dit que sa délégation considère que la formulation de l'article 8 est trop générale. Dans son commentaire analytique sur l'article 8, dans le document A/CN.9/489, le secrétariat a indiqué que la notion de "forme", dans ce contexte, pourrait désigner, entre autres, la notification au débiteur et l'inscription sur un registre de la cession. La délégation canadienne croyait que la politique de la Commission était que lorsqu'il existait de telles conditions de forme celles-ci portaient sur les questions concernant les priorités et seraient couvertes par la règle du choix de la loi prévue aux articles 24 et 31. Il y aurait une incertitude si ces questions étaient régies plutôt par l'article 8, car la loi applicable pourrait être soit la loi de l'État du cédant, soit toute autre loi applicable en vertu des règles de droit international privé. Dans ses commentaires qui figurent dans le document A/CN.9/490/Add.5, la délégation canadienne a donc proposé que le texte de l'article 8 soit modifié, de manière à indiquer clairement qu'il s'applique uniquement à la forme d'un contrat de cession et aux questions qui se posent entre le cédant et le cessionnaire et qu'il serait sans effet sur les tiers. Tous effets de la cession à l'égard des tiers sont traités de façon appropriée aux articles 24 et 31, et il serait peut-être préférable de supprimer le projet d'article 8.

20. Mme Walsh demande au secrétariat de développer la proposition qu'il fait dans sa note sur l'article 24 (A/CN.9/491, par. 18) d'élargir la définition du terme "priorité" de manière qu'il englobe toutes conditions nécessaires pour qu'une cession produise ses effets à l'égard des tiers.

21. M. BAZINAS (secrétariat) rappelle que la Commission a laissé en suspens la question de l'insertion d'une disposition supplémentaire sur la forme dans le chapitre V jusqu'à ce qu'elle ait examiné l'article 8. Le secrétariat a des propositions concernant à la fois l'article 8 et la nouvelle disposition à inclure au chapitre V.

22. Comme l'a fait remarquer la représentante du Canada, il semble y avoir une contradiction entre l'article 8 et l'article 24, du fait que tous deux traitent de la forme de la cession, mais font référence à des lois différentes. L'article 8 renvoie à la loi du cédant ou à d'autres lois applicables en vertu des règles de droit international privé, et l'article 24 énonce que la priorité est régie par la loi du lieu où est situé le cédant. La définition de "priorité" englobe normalement les mesures à prendre pour obtenir la priorité, et comme il ressort du projet de texte de la Conférence de La Haye sur la loi applicable aux titres détenus par un intermédiaire, ces mesures devraient être indiquées dans la même loi. Pour régler ce problème, le secrétariat a suggéré, au paragraphe 34 du document A/CN.9/491, un libellé indiquant qu'aucune condition de forme n'est nécessaire entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur. Le Groupe de travail est convenu que l'obligation de forme n'était pas un problème dans la relation entre le cédant et le cessionnaire, pas plus qu'à l'égard du débiteur, qui est suffisamment protégé par l'exigence d'une no-

tification écrite. Cette dernière est nécessaire en réalité pour protéger les tiers. Le secrétariat suggère également que l'on dise dans la définition de la priorité que les mesures à prendre pour avoir la priorité devraient être laissées à la loi du lieu de situation du cédant.

23. Pour ce qui est de la nouvelle disposition sur la forme qu'il est proposé d'insérer au chapitre V, le paragraphe 21 du document A/CN.9/491 contient une proposition visant à adopter un libellé s'inspirant de l'article 11 de la Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, qui traite de la forme du contrat de cession.

24. M. MORÁN BOVIO (Espagne) remercie le secrétariat pour ses propositions, qui amélioreraient toutes deux le texte de la Convention et devraient être renvoyées au groupe de rédaction.

25. M. COHEN (États-Unis d'Amérique) dit que les analyses utiles de la délégation canadienne et du secrétariat ont convaincu sa délégation que l'article 8 sous sa forme actuelle ne correspondait pas à son objectif. La proposition du secrétariat, au paragraphe 34 du document A/CN.9/491, en faveur d'une cession sans condition de forme, aurait pour effet de valider certaines cessions qui ne seraient peut-être pas valables dans le droit interne qui serait autrement applicable. En conséquence, il appuie la proposition de la représentante du Canada de supprimer l'article 8.

26. M. STOUFFLET (France) dit que sa délégation n'a pas l'impression que l'article 8 soit essentiel. Elle ne peut cependant pas accepter la proposition du secrétariat d'avoir une cession sans condition de forme, car certaines dispositions du droit interne de la France relatives à la forme des cessions sont plus strictes que celle qui est proposée et il en résulterait un conflit d'obligations.

27. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat l'a informé qu'il était d'accord avec la proposition de la représentante du Canada et qu'il retirait son appui à une révision de l'article 8.

28. *Le projet d'article 8 est supprimé.*

Alinéa g *de l'article 5* (suite)

29. Le PRÉSIDENT rappelle que les délégations doivent encore se prononcer sur la proposition du secrétariat visant à ajouter, dans la définition du terme "priorité" à l'alinéa *g* de l'article 5, les mots "et si des mesures doivent être prises pour qu'un droit produise ses effets à l'égard d'un réclamant concurrent". Il les invite à donner leur avis sur cette proposition.

30. Mme MCMILLAN (Royaume-Uni) demande s'il est proposé d'aborder également le respect des conditions de forme dans la définition du terme "priorité".

31. M. BAZINAS (secrétariat) renvoie les participants au paragraphe 18 du document A/CN.9/491, dans lequel le secrétariat a proposé une définition de priorité. Pendant l'examen de cette définition, celui-ci a indiqué qu'il attendrait, pour inclure la dernière partie de sa proposition, à savoir "et si des mesures doivent être prises pour qu'un droit produise ses effets à l'égard d'un réclamant concurrent", que la Commission ait eu la possibilité d'examiner la question de la forme dans le cadre de l'article 8. La proposition est donc à présent soumise à la Commission pour examen.

32. Mme WALSH (Canada) et M. STOUFFLET (France) se déclarent favorables à l'ajout proposé.

33. *L'alinéa* g *du projet d'article 5, tel que modifié, est approuvé.*

34. *Le projet d'article 5, tel que modifié, est approuvé dans son ensemble.*

Forme (nouvelle disposition au chapitre V)

35. Le PRÉSIDENT rappelle aux participants que le secrétariat, au paragraphe 21 du document A/CN.9/491, a proposé d'insérer une nouvelle disposition au chapitre V. Cette proposition est à présent soumise à la Commission.

36. M. MORÁN BOVIO (Espagne) se prononce pour l'insertion de la disposition proposée, qui permettra de clarifier certains points du texte qui auront de l'importance pour les États au moment de la ratification de la Convention.

37. *Le texte de la nouvelle disposition sur la forme au chapitre V est approuvé.*

Article 9

38. M. IKEDA (Japon) demande que soit précisée la notion de droit indivis, qui existe en droit anglo-saxon, mais non en droit civil ou commercial japonais. Le paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention énonce simplement que 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, sans préciser toutefois de quelle façon, et le paragraphe 89 du document A/CN.9/489 n'ajoute rien sur ce sujet. L'orateur demande si le cessionnaire du droit indivis peut réclamer le paiement directement au débiteur. Dans l'affirmative, la question est de savoir combien le cessionnaire peut exiger, à savoir le montant total de la créance initiale ou seulement le pourcentage arrêté d'un commun accord par le cessionnaire et le cédant. Le représentant du Japon se demande également si le fait que deux cessionnaires aient des droits indivis sur la même créance ne risque pas de poser un problème de droits concurrents. Il faudrait apporter des précisions sur le traitement de ces questions dans le contrat initial.

39. M. STOUFFLET (France) dit que la notion d'indivision existe en droit civil français et que, s'agissant d'un bien qui par nature est divisible, tel qu'une somme d'argent, la cession d'une part indivise ne soulève pas de problème spécifique et sera régie par les dispositions déjà approuvées par la Commission. En cas de notification d'une cession partielle, le débiteur aura la faculté soit de payer intégralement le cédant, et donc de se comporter comme si on ne lui avait pas notifié la cession partielle, soit de payer au cédant uniquement la part qu'il n'a pas cédée et au cessionnaire celle qu'il a cédée.

40. M. BAZINAS (secrétariat) dit qu'il serait peut-être utile que la délégation japonaise indique quels problèmes particuliers pourrait poser selon elle l'article 9 et qu'elle propose des solutions possibles.

41. M. SUK KWANG-HYUN (Observateur de la République de Corée) a cru comprendre au départ, d'après son expérience des pays de *common law*, que le cessionnaire aurait un droit ou une créance directement opposable au débiteur dans le cas d'une cession d'un droit contractuel à paiement, mais peut-être pas dans celui d'une cession de droits indivis. La cession de droits indivis à paiement pourrait donc s'apparenter à la cession d'un droit en équité sur un bien en fiducie, dans laquelle le droit en tant que tel n'est pas transféré ou cédé au cessionnaire. Si tel est le cas, il faudra alors répondre à la première question posée par le représentant du Japon, question qui touche à l'article 12 sur le transfert des

sûretés. D'après l'actuel projet, une sûreté réelle garantissant le paiement de la créance cédée serait transférée du fait de la cession. Il serait souhaitable d'établir une distinction entre la cession d'un droit contractuel et la cession d'un droit indivis à paiement. Dans le premier cas, la disposition actuelle serait correcte. En revanche, dans le second, c'est le droit indivis sur la sûreté, et non la sûreté elle-même, qui devrait être transféré.

La séance est suspendue à 15 h 20; elle est reprise à 15 h 45.

42. M. IKEDA (Japon) dit que la notion de "*undivided interest*" est très spéciale et ne correspond pas au concept français de "droits indivis". Il demande des éclaircissements sur l'efficacité d'un "*undivided interest*", en particulier sur ses implications dans les opérations de financement.

43. M. WHITELEY (Royaume-Uni) explique que si deux personnes se marient et décident d'acheter une maison, elles le feront normalement dans le cadre de l'indivision. Elles contracteront probablement un emprunt et détiendront conjointement la maison, sur laquelle la banque prêteuse aura un droit réel. Si cette dernière devait saisir la maison ainsi hypothéquée, elle déposséderait les deux conjoints à la fois, mais la saisie ne serait exécutée que sur un seul bien. Si par la suite le couple divorçait et sortait de l'indivision, la maison serait détenue sous forme de parts. Si la banque devait exécuter une saisie, elle devrait le faire sur chaque part séparément. Le texte du projet d'article 9 vise simplement à montrer que, dans certains cas, deux personnes pourraient détenir un bien comme s'il s'agissait d'une seule personne et d'un seul bien et que, dans d'autres cas, elles pourraient détenir un bien sur lequel leurs droits respectifs pourraient être clairement distingués.

44. M. IKEDA (Japon) propose d'insérer une définition du terme "*undivided interest*" à l'article 5. Si sa proposition ne bénéficie d'aucun appui, il la retirera.

45. Le PRÉSIDENT note que la proposition ne semble recueillir aucun suffrage.

46. M. BAZINAS (secrétariat) dit qu'au paragraphe 35 du document A/CN.9/491 le secrétariat a proposé de reformuler le paragraphe 1 de l'article 9 pour éviter que cette disposition ne conduise involontairement à valider la cession de créances futures, y compris de créances sur consommateurs ou de pensions et de salaires, même si une telle cession est interdite par la loi.

47. M. COHEN (États-Unis d'Amérique) se déclare favorable au nouveau libellé proposé par le secrétariat. Il pense toutefois qu'il faudrait y conserver les mots "créances futures, en totalité ou par fractions, ou de tout droit indivis" et "une ou plusieurs", que le secrétariat semble avoir involontairement oubliés dans sa proposition.

48. Pour M. BAZINAS (secrétariat), il est entendu que la proposition doit reprendre le libellé initial, à l'exception des mots "a effet", qui seraient remplacés par "n'est pas dépourvue d'effet ... au seul motif".

49. M. COHEN (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation approuve pleinement cette formulation, à l'exception du mot "seul", qui ne convient plus, puisque trois motifs différents seraient indiqués.

50. Le PRÉSIDENT, constatant que la Commission approuve le principe du nouveau libellé proposé par le secrétariat, tel que modifié oralement par le représentant des États-Unis, considère que la Commission souhaite renvoyer l'article 9 au groupe de rédaction.

51. *Dans ces conditions, le projet d'article 9 est approuvé.*

Article 10

52. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le secrétariat, pour les raisons exposées au paragraphe 36 du document A/CN.9/491, propose de supprimer cet article.

53. M. DESCHAMPS (Canada) souscrit à cette proposition.

54. *Le projet d'article 10 est supprimé.*

Article 11

55. M. BAZINAS (secrétariat) dit qu'il est suggéré, au paragraphe 37 du document A/CN.9/491, de remanier le paragraphe 3 de l'article 11 pour refléter plus exactement les intentions de la Commission. Le secrétariat présente trois options. La première serait d'indiquer que l'article ne s'applique pas à la cession de créances nées de contrats de services financiers. Ce terme peut certes être quelque peu ambigu, mais il figure déjà à l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 11. En outre, il serait difficile d'en donner une définition uniforme.

56. Une deuxième option serait d'indiquer les types de contrats de services financiers devant être exclus du champ d'application de l'article 11, par exemple les conventions de prêt et des polices d'assurance.

57. La troisième option serait de limiter le champ d'application de l'article 11 à la cession de créances futures ou de créances ne pouvant être individuellement identifiées sans recourir à une liste. L'article 11 ne s'appliquerait donc pas à la cession d'une créance unique existante. Le raisonnement tenu ici est qu'il est plus facile pour le cessionnaire de savoir s'il existe une clause de non-cession quand il y a un seul contrat. Lorsqu'il y en a plusieurs, il lui est difficile, voire impossible, de les vérifier tous pour déterminer l'existence d'une telle clause.

58. M. WHITELEY (Royaume-Uni) signale que le paragraphe 1 de l'article 11, dans sa formulation actuelle, s'appliquerait aux opérations sur carte de crédit. En excluant les contrats de services financiers, la Convention pourrait également exclure de telles opérations, car elles impliquent l'octroi d'un crédit et peuvent être considérées comme des contrats de services financiers.

59. L'exclusion des contrats de services financiers ou la référence à une créance unique existante ne résout pas le problème des swaps et des rentes. Les swaps ne sont pas des contrats de services financiers, car les parties agissent ici en qualité de donneurs d'ordres, chacune effectuant des paiements et gérant les risques indépendamment des sommes qu'elles reçoivent. En ce qui concerne les rentes, la Commission doit examiner si celles-ci doivent être considérées comme une créance unique ou comme des créances multiples. Si l'un des textes proposés par le secrétariat était approuvé, il faudrait se référer alors non seulement aux contrats de services financiers, mais aussi aux contrats financiers en général.

60. Le PRÉSIDENT note qu'aucun des amendements proposés par le secrétariat ne semble recueillir de suffrage.

61. Mme BRELIER (France) demande des éclaircissements sur l'emploi des mots "biens meubles corporels" qui figurent entre crochets à l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 11.

62. M. BAZINAS (secrétariat) dit que les mots en question font l'objet du paragraphe 30 du document A/CN.9/491. Le mot "*goods*" dans le texte anglais a été mis entre crochets, car le terme français "biens meubles corporels" soulève la question de savoir si les biens meubles incorporels en général (à savoir la propriété intellectuelle ou industrielle ou d'autres informations) sont inclus. Les biens meubles incorporels étant apparemment

visés à l'alinéa *b*, la Commission souhaitera peut-être supprimer les crochets à l'alinéa *a* et donner de plus amples explications sur ce point dans le commentaire. La même question se pose à l'alinéa *a* du paragraphe 4 de l'article 12.

63. Mme BRELIER (France) revient sur les observations que son gouvernement a faites dans le document A/CN.9/490/Add.1 à propos de l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 11. Pour les raisons exposées dans ce document, le mot "*goods*", employé à l'alinéa *a*, devrait être interprété comme désignant à la fois les biens meubles corporels et les biens meubles incorporels. L'énumération qui figure à l'alinéa *b* n'est pas suffisante. Il faudrait remplacer les mots "ou d'autres informations", à la fin de l'alinéa *b*, par "ou d'autres biens incorporels".

64. M. WHITELEY (Royaume-Uni) dit que sa délégation a l'intention de proposer quelques modifications au paragraphe 3 de l'article 4 relatifs à l'exclusion des immeubles et que, si sa proposition est acceptée, il faudra remplacer, à l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 11, le mot "*real estate*" par "*land*".

65. S'agissant des catégories de biens visés, les mots "tout autre bien meuble incorporel" pourraient englober les contrats financiers. Le représentant du Royaume-Uni demande si la Commission a l'intention d'élargir à ce point le champ d'application du paragraphe 1 de l'article 11. Sa délégation émet certaines réserves également quant à l'emploi du mot "*goods*": en effet, certains contrats financiers peuvent comporter la livraison de matières premières, comme des céréales ou du pétrole. Les métaux précieux, eux aussi, pourraient être considérés comme des "*goods*". Tout en comprenant les délégations qui jugent le libellé vague, l'orateur pense que celui-ci ne devrait pas être remanié.

66. M. SIGMAN (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation, bien qu'elle n'ait pas d'objection à l'inclusion de certains biens meubles incorporels, tels que le fonds de commerce, et qu'elle soit favorable à l'insertion d'une description de ces biens soigneusement circonscrite, partage la crainte du représentant du Royaume-Uni de voir les services financiers considérés comme des biens meubles incorporels. La proposition de la France est trop générale. Peut-être pourrait-on laisser au groupe de rédaction le soin de trouver un libellé acceptable.

67. Le PRÉSIDENT note que la Commission accepte, en principe, que les biens meubles incorporels puissent être inclus et que le groupe de rédaction soit chargé d'élaborer le libellé exact. Il considère que la Commission souhaite également supprimer les crochets autour de l'expression "biens meubles corporels".

68. *En conséquence, le projet d'article 11 est approuvé.*

Article 12

69. M. BAZINAS (secrétariat) dit que les crochets entourant les mots "biens meubles corporels" à l'alinéa *a* du paragraphe 4 de l'article 12 devraient être supprimés comme à l'article 11.

70. Mme BRELIER (France), appuyée par M. AL-NASSER (Observateur de l'Arabie saoudite), dit que les mots "ou d'autres informations" à l'alinéa *b* du paragraphe 4 devraient être remplacés par "ou d'autres biens incorporels" comme à l'article 11.

71. M. KOBORI (Japon) dit qu'il existe en droit japonais des types particuliers d'hypothèques qui ne sont pas transférables. On devrait donc ajouter les mots "si une telle sûreté est transférable en vertu de la loi qui la régit" à la fin de la première phrase du paragraphe 1 pour tenir compte de ces cas.

72. M. BAZINAS (secrétariat) dit que si le droit japonais prévoit une limitation de la cession, celle-ci serait peut-être préservée par les dispositions du paragraphe 3 de l'article 9.

73. M. KOBORI (Japon) répond que sa délégation est préoccupée, non pas par la limitation de la cession, mais par la possibilité de transférer ce type particulier d'hypothèques. Cette question n'est pas réglée par le paragraphe 3 de l'article 9.

74. Le PRÉSIDENT note que la proposition du Japon ne bénéficie d'aucun appui.

75. *Le projet d'article 12 est approuvé.*

Article 13

76. *Le projet d'article 13 est approuvé.*

Article 14

77. *Le projet d'article 14 est approuvé.*

Article 15

78. *Le projet d'article 15 est approuvé.*

Article 16

79. *Le projet d'article 16 est approuvé.*

Article 17

80. Mme BRELIER (France) propose d'ajouter un troisième paragraphe au projet d'article 17. Le texte de ce paragraphe, qui annule et remplace la précédente proposition distribuée par écrit, serait le suivant: "La présente Convention ne permet pas à un débiteur qui est consommateur de conclure ou modifier le contrat initial en contravention à la loi du lieu de situation de ce consommateur."

81. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation appuie la proposition de la délégation française. Il serait peut-être souhaitable, par souci de précision, d'insérer à l'article 6 sur l'autonomie des parties un renvoi à l'article 17.

82. M. FRANKEN (Allemagne) et M. Markus (Observateur de la Suisse) se rallient aux propositions faites par les représentants de la France et des États-Unis.

83. M. CHAN (Singapour) se demande s'il convient d'insérer le texte proposé, qui impose une restriction au débiteur, à l'article 17 qui consacre, quant à lui, le principe de la protection du débiteur. L'objectif de la modification proposée est plutôt de préserver les lois de l'État.

84. M. BAZINAS (secrétariat) croit comprendre qu'il s'agit de faire en sorte que si la législation nationale relative à la protection des consommateurs n'autorise pas un débiteur à renoncer à des droits, la Convention ne le lui permettra pas non plus. La proposition ayant apparemment trait à la protection du débiteur, elle aurait sa place à l'article 17.

85. M. CHAN (Singapour) répète que le texte, dans sa formulation actuelle, a pour effet non de protéger le débiteur, mais de lui imposer une restriction. Le groupe de rédaction pourrait peut-être trouver un libellé dont l'effet serait plus limité.

86. Mme MANGKLATANAKUL (Thaïlande) dit que la proposition présentée oralement par la France est un peu difficile à suivre. Il serait peut-être préférable d'indiquer dans le chapeau de l'article que la Convention n'a pas pour but de prévaloir sur la législation nationale relative à la protection des consommateurs.

87. M. KOBORI (Japon) dit qu'il serait plus approprié de se référer à la résidence habituelle du consommateur, comme à l'alinéa *h* de l'article 5, qu'à la loi du lieu de situation du consommateur.

88. M. DOYLE (Observateur de l'Irlande) partage l'avis du représentant de Singapour. Le texte proposé n'est pas un principe de protection du débiteur.

89. M. BAZINAS (secrétariat) dit que la Commission souhaitera peut-être décider s'il faut se référer directement à la résidence habituelle du consommateur ou se fonder sur la règle subsidiaire énoncée à l'alinéa *h* de l'article 5.

90. M. DESCHAMPS (Canada) note qu'au paragraphe 40 du document A/CN.9/491 le secrétariat a suggéré d'éliminer les références à la protection des consommateurs aux articles 21 et 23 et de les remplacer par un article général qui pourrait être libellé comme suit: "La présente Convention ne déroge pas à la loi régissant la protection des parties aux opérations effectuées pour des besoins personnels, familiaux ou domestiques". Si l'on adoptait cette solution, il serait également inutile de se référer à la protection des consommateurs à l'article 17. Le Gouvernement canadien a fait une proposition semblable dans le document A/CN.9/490/Add.5.

91. Le PRÉSIDENT constate que la proposition du représentant du Canada s'inscrit dans le droit fil de la proposition soumise par la délégation française. Si la Commission approuve le principe sur lequel reposent les deux propositions, elle devra déterminer s'il faut insérer la disposition à l'article 17 ou en faire un article distinct.

92. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) souscrit à la proposition du Canada. L'article 17 n'est pas le seul article qui aura une incidence sur la protection des consommateurs. En conséquence, la question devrait être traitée dans une disposition distincte.

93. M. MEENA (Inde) dit que si, de l'avis de la Commission, la Convention ne devrait pas prévaloir sur les contrats initiaux en violation de la loi du lieu de situation du consommateur, alors la modification était certainement nécessaire.

94. M. CHAN (Singapour) dit que si le texte de l'article 17 doit faire référence aux consommateurs, il faudra alors également définir ce terme dans la Convention. La proposition du Canada simplifie les choses, car le terme "consommateur" n'y est pas employé. Aussi la délégation singapourienne l'approuve-t-elle. On pourrait, pour être plus concis, insérer ce texte à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 4.

95. M. JOKO SMART (Sierra Leone) dit que l'article 17, qui traite des principes de protection du débiteur, n'est pas le lieu approprié pour une disposition sur la protection des consommateurs.

96. Mme BRELIER (France) dit que sa délégation peut se rallier à la proposition de la délégation canadienne.

97. Le PRÉSIDENT, étant entendu que la question de la protection des consommateurs sera traitée à l'article 4, considère que la Commission souhaite approuver l'article 17.

98. *Dans ces conditions, le projet d'article 17 est approuvé.*

99. Le PRÉSIDENT dit que la Commission a conclu son examen de la Convention.

100. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) rend hommage au Président dont la conduite avisée des débats a permis à la Commission de conclure ses travaux avec succès.

La séance est levée à 17 h 5.

Compte rendu analytique de la 721e séance

Lundi 2 juillet 2001, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.721]

Président: M. MORÁN BOVIO (Espagne)

En l'absence de M. Pérez-Nieto Castro (Mexique), M. Morán Bovio (Espagne), Vice-Président, prend la présidence.

La séance est ouverte à 9 h 45.

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL *(suite)* (A/CN.9/486, A/CN.9/489 et Add.1, A/CN.9/490 et Add.1 à 5 et A/CN.9/491 et Add.1; A/CN.9/XXXIV/CRP.1 et Add.1 et 2, CRP.2 et Add.1 à 3 et CRP.3 à 10)

1. Le PRÉSIDENT appelle l'attention sur les propositions figurant dans les documents A/CN.9/XXXIV/CRP.4, 5, 6, 8, 9 et 10, qui seront examinées dans l'ordre d'importance des problèmes qu'elles posent.

Article 4 (suite)

Alinéa b *du paragraphe 1* (suite) (A/CN.9/XXXIV/CRP.6)

2. M. COHEN (États-Unis d'Amérique), présentant une proposition commune des États-Unis et de la France concernant la cession de droits représentés par des instruments (A/CN.9/XXXIV/CRP.6), dit que le libellé de l'alinéa *b* de cette proposition s'inspire du texte suggéré par le secrétariat dans sa note A/CN.9/491. L'alinéa *a* traite un problème soulevé par les règles de

rattachement de la Convention, qui fonctionnent bien, à condition que le droit de recouvrer la créance soit lui-même incorporel. Or, comme la définition du terme "créance" comprend les droits incorporés dans des instruments, ces droits peuvent parfois être représentés sous une forme corporelle. De nombreuses règles de la Convention, en particulier celles qui régissent le choix de la loi, fonctionneraient moins bien si elles renvoyaient à un lieu autre que celui où se trouve l'instrument corporel, puisque dans ce cas elles auraient une incidence sur les droits de la personne en possession dudit instrument. L'alinéa *a* vise à résoudre ce problème en disposant qu'il n'est pas porté atteinte aux droits garantis par la loi régissant le nantissement de biens matériels. La délégation américaine se dit favorable au maintien des mots entre crochets "[ou susceptible d'être transféré de la même manière]" après "négociable" dans chacun des alinéas, car le même problème se pose avec d'autres instruments dont la possession est transférée, à savoir celui des droits que la personne tire de la possession du bien matériel.

3. M. DESCHAMPS (Canada) est opposé au maintien des mots entre crochets, parce qu'ils sont source d'incertitude.

4. M. WHITELEY (Royaume-Uni) est d'accord pour qu'on introduise un ajout sans toutefois qu'il s'agisse nécessairement des mots figurant actuellement entre crochets. "Instrument négociable" est un terme technique défini en droit anglais et, peut-être aussi, en droit international privé. Il faudrait par conséquent indiquer clairement que ce terme est employé dans une acception commerciale et non dans un sens juridique technique.

5. Le PRÉSIDENT demande si l'insertion de cette indication dans le commentaire serait suffisante.

6. M. WHITELEY (Royaume-Uni) dit que sa délégation préférerait qu'il soit fait référence dans le texte à "un instrument transféré par négociation". Dans le cas contraire, ce point pourrait être traité dans le commentaire.

7. Mme BRELIER (France) n'a pas d'objection à la suppression des crochets et juge la modification proposée par le représentant du Royaume-Uni également acceptable.

8. M. CHAN (Singapour) approuve la modification proposée par le représentant du Royaume-Uni. Il demande si la proposition commune est censée remplacer uniquement l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 4 et, dans l'affirmative, si les auteurs de la proposition ont l'intention d'exclure seulement les cessions ou tous les droits concernant les instruments transférables par négociation.

9. M. COHEN (États-Unis d'Amérique) confirme que la proposition commune est censée remplacer uniquement l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 4, tel qu'il figure dans le document A/CN.9/486. Cette proposition modifierait la règle régissant les instruments négociables, qui ne serait plus libellée sous forme d'exclusion ("ne s'applique pas"), mais plutôt comme une clause de sauvegarde ("n'a pas d'incidences").

10. M. DESCHAMPS (Canada) dit qu'à la réflexion sa délégation estime que les termes de l'alinéa *a* de la proposition commune sont trop généraux et peuvent aboutir à des résultats inopinés. Cet alinéa prévoit qu'aucune disposition de la Convention n'a d'incidences sur les droits d'une personne en possession d'un instrument, même s'ils ne découlent pas de cet instrument, ce qui peut poser problème. Par exemple, si un débiteur remet un chèque à un cédant et que celui-ci le conserve, les droits du cédant demeureront intacts et le cessionnaire pourra réclamer le produit en se prévalant des lois de l'État dans lequel l'instrument est situé. Cela n'est évidemment pas le résultat souhaité. Tout bien considéré, le représentant du Canada préfère le texte proposé par le secrétariat au paragraphe 28 du document A/CN.9/491, à savoir "La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de quelque personne que ce soit découlant du droit cambiaire".

11. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le libellé proposé au paragraphe 28 du document A/CN.9/491 peut être modifié comme suit: "La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de quelque personne que ce soit découlant d'un instrument transféré par négociation." Il est fait référence aux droits et obligations de quelque personne que ce soit afin d'englober les droits d'un émetteur qui est partie à l'instrument, ceux d'un porteur de l'instrument et ceux d'autres personnes qui ne sont pas parties à l'instrument, telles que les créanciers saisissants. On peut ajouter une référence à la loi de l'État dans lequel est situé l'instrument si la Commission le souhaite; mais il ne conviendrait peut-être pas d'inclure une règle de conflit sur la loi applicable aux droits découlant d'instruments négociables dans une disposition qui énonce une exception à la Convention.

12. M. COHEN (États-Unis d'Amérique) n'est pas en mesure d'appuyer la proposition de se référer aux instruments transférés par négociation, car le nantissement d'instruments non endossés est une pratique courante aux États-Unis et ailleurs. La règle ne s'appliquerait pas à ces instruments parce qu'ils n'ont pas été transférés par négociation. On pourrait résoudre le problème en employant les mots "par remise" au lieu de "par négociation".

13. Le représentant du Canada a avancé un argument valable dont il faudrait aussi tenir compte, en précisant que le texte se réfère uniquement aux droits découlant de la remise de l'instrument.

14. Le PRÉSIDENT considère que la proposition commune de la France et des États-Unis pose des problèmes de fond et qu'elle a été remplacée par la proposition du secrétariat tirée du paragraphe 28 du document A/CN.9/491, telle que modifiée par les représentants des États-Unis et du Canada.

15. M. BAZINAS (secrétariat) propose de modifier le texte comme suit afin de tenir compte des préoccupations exprimées par le représentant des États-Unis: "La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de quelque personne que ce soit découlant d'un instrument transféré par simple remise ou par remise et endossement."

16. M. WHITELEY (Royaume-Uni), tout en convenant que la proposition commune présentée dans le document A/CN.9/XXXIV/CRP.6 devrait être abandonnée, n'est pas convaincu que le nouveau libellé suggéré par le secrétariat diffère beaucoup de la version de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 4 figurant dans le document A/CN.9/486. Il propose donc de revenir à cette version.

17. M. DESCHAMPS (Canada) dit que les mots "instrument transféré par simple remise ou par remise et endossement" ne contribuent pas à apaiser l'inquiétude qu'il a exprimée précédemment quant au libellé trop général de la proposition commune. Les expressions "instrument transférable par négociation" ou "instrument négociable" renvoient à des concepts établis. Toutefois, les mots "transféré par remise" posent le problème de savoir non seulement quelle loi sera applicable au transfert, mais également comment interpréter le mot "instrument". Un acte mobilier — terme employé au Canada et aux États-Unis pour désigner, par exemple, un document attestant un bail financier — n'est pas un instrument négociable mais peut être considéré comme un instrument si ce terme est interprété d'une certaine manière. À moins qu'une solution plus acceptable ne soit trouvée, l'orateur n'aura malheureusement pas d'autre choix que d'accepter la proposition que vient de faire le représentant du Royaume-Uni.

18. M. BAZINAS (secrétariat) estime que la meilleure solution serait peut-être d'employer la formule "instrument transféré par négociation" proposée par le Royaume-Uni. Le nouvel alinéa pourrait ainsi recueillir l'assentiment de ceux qui ont appuyé la proposition commune présentée par les délégations américaine et française, étant entendu que l'article 41 réglerait toute difficulté subsistant sur ce point.

19. M. JOKO SMART (Sierra Leone) fait sienne la proposition du Royaume-Uni de revenir au libellé initial, dont le texte proposé par les États-Unis ne diffère guère.

20. M. COHEN (États-Unis d'Amérique) dit que, dans le souci de parvenir à un consensus, sa délégation n'insistera pas sur l'amendement proposé. Le problème tient essentiellement au fait que de nombreux instruments sont transférés sans que leur négociation exige un endossement. Le libellé actuel de l'alinéa *b* du paragraphe 1, qui contient la formule "avec endossement, si nécessaire", exclut ces instruments. Il s'ensuit que les règles de rattachement de la Convention renverront au lieu de situation du cédant et non au lieu où se trouve l'instrument. L'article 41 pourrait régler ce problème s'il était modifié comme le propose la délégation américaine dans le document A/CN.9/XXXIV/CRP.8.

21. Le PRÉSIDENT pense que le mieux serait peut-être d'essayer d'améliorer le libellé proposé par le secrétariat au paragraphe 28 du document A/CN.9/491.

22. M. DESCHAMPS (Canada) partage cet avis. La Convention ne devrait pas avoir d'incidences sur les droits d'une personne découlant du droit cambiaire. Bien qu'ayant exprimé son intention d'appuyer la proposition du Royaume-Uni de revenir au texte initial, la délégation canadienne préférerait de loin adopter le texte proposé par le secrétariat.

23. M. HUANG FENG (Chine) convient que, si la Commission ne parvient pas à s'entendre sur un texte totalement nouveau, il serait préférable d'utiliser le libellé proposé par le secrétariat, qui est compatible avec la législation chinoise.

24. Mme BRELIER (France), M. ZANKER (Observateur de l'Australie) et Mme PIAGGI DE VANOSSI (Observatrice de l'Argentine) se prononcent en faveur de l'adoption du texte proposé par le secrétariat au paragraphe 28 du document A/CN.9/491.

25. Mme MANGKLATANAKUL (Thaïlande) dit que sa délégation préférerait conserver le texte initial figurant dans le document A/CN.9/486 et traiter les autres exclusions à l'article 41.

26. M. CHAN (Singapour) se prononce pour l'utilisation du libellé proposé au paragraphe 28 du document A/CN.9/491. Il reste toutefois préoccupé par l'emploi du terme "droit cambiaire". La semaine précédente, le secrétariat a proposé de parler plutôt de "droit régissant les instruments négociables". Une fois qu'elle se sera mise d'accord sur le fond, la Commission pourra laisser au groupe de rédaction le soin de trouver le libellé le plus approprié.

27. M. COHEN (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation pourrait approuver le texte figurant au paragraphe 28 du document A/CN.9/491, avec certaines des modifications proposées par le secrétariat. Toutefois, la délégation américaine aurait beaucoup de réticence à approuver ce texte si l'on se contentait de remplacer le terme "droit cambiaire" par "droit régissant les instruments négociables". Une personne en possession d'un instrument qui a été négocié ne tire pas ses droits de la loi régissant les instruments négociables, mais plutôt du droit relatif au gage.

28. Mme LOMNICKA (Royaume-Uni) demande si sa délégation se trompe en croyant comprendre que les participants sont tous d'accord pour modifier le libellé comme suit: "La présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de quelque personne que ce soit découlant d'un instrument transféré par simple remise ou par remise et endossement".

29. Le PRÉSIDENT dit qu'un consensus est en train de se dégager, car presque toutes les délégations approuvent le libellé proposé au paragraphe 28 du document A/CN.9/491, dont les trois derniers mots seraient remplacés par: "... du droit régissant les instruments négociables". Le problème concernant le droit applicable au gage, sur lequel la délégation des États-Unis a appelé l'attention, pourrait être traité à l'article 41.

30. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) dit que l'emploi des mots "droit régissant les instruments négociables" à la place de "droit cambiaire" confère à la disposition une portée plus générale et devrait donc répondre aux préoccupations exprimées par le représentant des États-Unis. En effet, telle que modifiée, la disposition pourrait englober le droit relatif au gage dans le contexte particulier des instruments négociables.

31. M. COHEN (États-Unis d'Amérique) dit qu'à la lumière des commentaires des deux orateurs précédents sa délégation pourrait se joindre au consensus qui voit le jour.

32. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite renvoyer au groupe de rédaction le texte figurant au paragraphe 28 du document A/CN.9/491, étant entendu que les derniers mots du texte seraient remplacés par "droit régissant les instruments négociables".

33. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 3 (suite) (A/CN.9/XXXIV/CRP.10)

34. Mme LOMNICKA (Royaume-Uni) appelle l'attention sur la proposition d'amendement présentée par le Royaume-Uni dans le document A/CN.9/XXXIV/CRP.10 concernant les créances immobilières. La dernière ligne de cette proposition pourrait être insérée à l'article 5, si le groupe de rédaction le juge approprié, car elle contient une définition.

35. M. CHAN (Singapour) demande des précisions sur la portée et l'effet juridique des sous-alinéas i et ii de l'alinéa *a* du paragraphe 3, proposé par la délégation britannique. S'il est vrai que le libellé actuel des alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 4 est quelque peu obscur, son champ d'application semble plus limité que celui du texte proposé par le Royaume-Uni.

36. M. WHITELEY (Royaume-Uni) dit que le texte proposé pour le sous-alinéa i de l'alinéa *a* du paragraphe 3 correspond au libellé que sa délégation a présenté oralement à la Commission suite à une proposition faite précédemment par la délégation américaine. Le texte proposé pour le sous-alinéa ii de l'alinéa *a* reproduit quant à lui de manière plus succincte le contenu de l'alinéa *a* du paragraphe 3 figurant dans le document A/CN.9/489.

37. Les hypothèques et les loyers, qui constituent les deux concepts importants de cette disposition, sont traités séparément dans la proposition. Le sous-alinéa ii de l'alinéa *a* du paragraphe 3 dispose en effet qu'une personne qui, en tant que titulaire d'un droit foncier, a un droit réel ou un droit préférentiel sur des créances de loyers conserve ce droit préférentiel, nonobstant toute disposition de la Convention concernant la cession de ces loyers. Il en sera ainsi même si, dans certains systèmes juridiques, les loyers ne sont pas considérés comme un droit réel sur un immeuble mais plutôt comme un simple droit personnel. Au Royaume-Uni, les loyers ont toujours été considérés comme un droit réel sur un immeuble, mais nombreux sont ceux qui les qualifient aujourd'hui de droits personnels.

38. Les hypothèques posent problème, car l'article 12 dispose qu'une personne bénéficiant d'une cession obtient automatiquement toute sûreté garantissant le paiement de la créance ainsi cédée. Il y a donc une disposition de fond prévoyant que les biens affectés en garantie seront transférés en même temps que la créance cédée, dont le rang de priorité serait régi par la loi du lieu de situation du cédant. La délégation britannique estime que cette disposition ne serait pas appropriée dans les cas où le bien grevé est un immeuble. Dans ces cas, la loi du lieu où se trouve l'immeuble devrait être applicable. Le sous-alinéa i de l'alinéa *a* du paragraphe 3 apporte donc une restriction à l'article 12 de la Convention.

39. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) dit que la proposition présentée par la délégation du Royaume-Uni règle un problème qu'il a soulevé au sein de la Commission la semaine précédente. Le texte proposé est suffisamment large pour résoudre les nombreux problèmes que pourrait poser par ailleurs la nécessité de ne pas empiéter sur le droit foncier.

40. M. CHAN (Singapour) propose que les explications utiles fournies par le représentant du Royaume-Uni soient insérées dans le commentaire.

41. *Il en est ainsi décidé.*

42. *L'amendement au paragraphe 3 de l'article 4 est approuvé.*

Article 41 (suite) (A/CN.9/XXXIV/CRP.8)

43. M. COHEN (États-Unis d'Amérique) indique que le texte proposé par sa délégation dans le document A/CN.9/XXXIV/CRP.8 pour l'article 41 est une version plus formelle de la liste d'exclusions qu'elle a déjà présentée oralement. La Commission venant de décider d'adopter la proposition du Royaume-Uni pour l'article 4, l'alinéa *c* de la proposition de la délégation américaine semble à présent redondant.

44. Mme BRELIER (France) dit que sa délégation a des hésitations concernant la proposition des États-Unis, qui présente de manière quelque peu rigide et catégorique les cessions pouvant être exclues de la Convention et qui ne résistera peut-être pas à un examen minutieux par les milieux professionnels. La délégation française serait disposée à distribuer son propre texte, libellé de manière non pas à exclure, mais à inclure certains types de cessions.

45. M. SALINGER (Observateur de Factors Chain International) craint que l'alinéa *d* du texte proposé par les États-Unis n'ait pour effet d'exclure la plupart des créances commerciales susceptibles d'être soumises à la Convention, car on a pour habitude dans l'affacturage international de constater des cessions entre parties géographiquement éloignées uniquement par des enregistrements électroniques, contrôlés par l'une de ces parties.

46. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) dit que le chapeau de la version de l'article 41 proposée par la délégation américaine devrait être libellé plus clairement de manière à indiquer qu'un État peut à tout moment déclarer qu'il n'appliquera pas la Convention à un, plusieurs ou tous les types de cessions spécifiés.

47. M. BERNER (Observateur de l'Association du barreau de la ville de New York) dit que, comme il est impossible de prévoir toutes les différences entre pratiques nationales pouvant inciter les pays dans l'avenir à limiter le champ d'application de la Convention, la proposition des États-Unis semble une tentative louable de confiner les exclusions possibles aux domaines les plus problématiques. La crainte qu'un État ne puisse adopter la Convention puis exclure toutes les créances entrant dans son champ d'application n'est pas fondée, puisqu'un tel État n'aurait en fait aucun avantage à devenir partie à cette convention. Autoriser les États à adapter la Convention à leurs intérêts ne posera pas de problème pour les praticiens, car chaque État dressera une liste exhaustive d'exclusions, à laquelle ces praticiens se reporteront. Il importe d'offrir aux États la souplesse leur permettant d'adopter la Convention sans que le cours normal de leurs affaires s'en trouve perturbé.

48. M. CHARASSANGSOMBOON (Thaïlande), soulignant l'importance que son pays attache à la promotion du commerce international, dit que le champ d'application de la Convention déborde largement le domaine des créances commerciales pour couvrir d'autres créances pouvant avoir des incidences sur la stabilité économique de certains États, telles que les créances nées de placements de portefeuille ou des mouvements de capitaux à court terme. La délégation thaïlandaise souhaiterait qu'une clause protégeant les États soit insérée dans la Convention.

49. M. COHEN (États-Unis d'Amérique) dit que le groupe de rédaction peut régler le problème soulevé par le représentant de la Suisse en reformulant soigneusement le chapeau ainsi que le problème posé par l'Observateur de Factors Chain International en expliquant que le mot "contrôle" est censé désigner la pratique consistant à immobiliser électroniquement des enregistrements électroniques, pratique qui se développe dans de nombreux États, si bien qu'aujourd'hui elle équivaut presque à la possession d'un document papier.

50. En ce qui concerne l'argument avancé par l'Observateur de l'Association du barreau de la ville de New York, la délégation américaine considère que le projet d'article 41, dans son libellé actuel, permet d'exclure beaucoup plus de cessions que l'amendement proposé. Quant au point soulevé par le représentant de la Thaïlande, il serait utile que ce dernier apporte des éclaircissements, car il propose apparemment d'ajouter un autre élément à la liste d'exclusions.

51. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le terme "marchés financiers" employé à l'alinéa *a* de la proposition des États-Unis est la seule notion dans cette proposition qui ne figure pas déjà à l'article 4, et qu'il serait de ce fait utile d'expliquer plus en détail sa signification dans le commentaire.

52. M. COHEN (États-Unis d'Amérique) dit que, comme il est difficile de décrire les méthodes de financement futures pour l'heure inconnues, l'objet de l'alinéa *a* de la proposition présentée par sa délégation est d'exclure du champ d'application de la Convention tous les cas dans lesquels une entreprise fait appel aux marchés des valeurs pour se financer, qu'il s'agisse du marché des actions ou de celui des obligations ou de marchés similaires, le terme générique "marchés financiers" ayant été employé pour désigner ce mode de financement faisant appel au public par opposition aux mécanismes de financement individuel.

53. Mme WALSH (Canada), tout en appréciant les efforts de la délégation américaine pour présenter une proposition restreignant la possibilité de faire des déclarations au titre de l'article 41 afin de préserver les créances commerciales, par exemple, des effets de telles déclarations, estime que le libellé du texte proposé est très technique et ne permettra peut-être même pas d'atteindre cet objectif limité, simplement parce qu'il n'est pas compris par tous. Par exemple, l'alinéa *d*, qui fait référence au contrôle d'enregistrements électroniques, peut aisément être interprété à tort comme visant les créances commerciales si le lecteur ne connaît pas ce type particulier d'opération, propre à quelques pays seulement. De plus, la référence aux "marchés financiers" à l'alinéa *a* pourrait bien, en raison de la signification communément admise de ce terme, servir à empêcher les opérations de titrisation de créances commerciales. À certains égards, le texte proposé par les États-Unis conforte en fait la délégation canadienne dans sa crainte que

l'article 4 ne devienne un moyen de transformer la Convention en une loi type, car l'article 41 risque d'être utilisé par un État pour faire une déclaration analogue à la liste figurant dans le texte proposé. Il serait difficile de savoir exactement ce qu'un État exclut dans ce type de description.

54. Le PRÉSIDENT propose que les délégations tiennent des consultations informelles avec la délégation américaine pour se mettre d'accord sur un projet de texte pour l'article 41 répondant à toutes les préoccupations exprimées.

La séance est suspendue à 11 h 25; elle est reprise à 11 h 50.

55. Mme WALSH (Canada) dit qu'il a été conclu, après discussion avec d'autres délégations et observateurs, que la tentative dans la proposition des États-Unis (A/CN.9/XXXIV/CRP.8) de limiter la possibilité de faire des déclarations au titre de l'article 41 pourrait avoir trop d'effets négatifs inattendus, comme celui d'inciter à exclure davantage de cessions qu'il ne serait souhaitable du point de vue des objectifs de la Convention. La délégation canadienne préfère que l'article 41 soit purement et simplement supprimé. Toutefois, elle est disposée à se joindre à tout consensus en faveur du maintien de l'article 41 d'une manière ou d'une autre, à condition que deux modifications soient apportées au texte de cet article tel qu'il figure dans le document A/CN.9/486, à savoir: qu'il soit ajouté un nouveau paragraphe 3 stipulant que l'article 41 ne s'applique pas aux catégories de cessions énumérées au paragraphe 3 de l'article 11; et qu'on apporte une restriction au paragraphe 1 de l'article 41 en indiquant que les États, au moment où ils appliqueront cet article, doivent faire en sorte que les exclusions soient aussi précises et limitées que possible, mais également aussi transparentes que possible pour les autres États. Pour ce faire, le libellé ci-après pourrait être adopté: "Un État peut déclarer à tout moment qu'il n'appliquera pas la présente Convention à des types particuliers de cession ou à la cession de catégories particulières de créance clairement décrites dans une déclaration."

56. M. KOHN (Observateur de la Commercial Finance Association) se dit favorable au maintien de l'article 41, avec les modifications proposées par la représentante du Canada. La proposition des États-Unis risque involontairement d'encourager les États à faire des déclarations qu'ils ne feraient pas autrement.

57. M. MEDIN (Suède) convient que la proposition des États-Unis risque d'encourager les États contractants à exclure tout ce qui est mentionné dans l'article. Il approuve le maintien de la précédente version de l'article 41, qui encouragera les États à bien réfléchir avant de faire des déclarations. Quant aux propositions de la représentante du Canada, il se félicite de l'idée d'insérer les mots "particulier" et "clairement décrit", mais n'est pas totalement convaincu que l'article 41 ne doive pas être applicable aux créances commerciales. Il n'est guère probable qu'un État contractant exclue de vastes catégories de créances commerciales, car s'il ne souhaite pas que la Convention s'applique aux créances commerciales, il ne deviendra probablement pas signataire. Il vaut mieux que le plus grand nombre possible d'États ratifient la Convention, même si certains d'entre eux font des déclarations expresses dans certains domaines, voire excluent la cession de créances commerciales.

58. M. BRINK [Observateur de la Fédération européenne des associations des sociétés d'affacturage (Europafactoring)] comprend que certaines délégations répugnent à l'idée même d'une règle d'exclusion, car celle-ci rappelle que le projet de convention n'est nullement parfait. Toutefois, la perfection n'est pas un objectif réaliste: il faut admettre que certains marchés exigeront une règle d'exclusion. L'orateur se félicite donc des deux propositions faites par la délégation canadienne. Il serait utile de rappeler aux États que leurs déclarations doivent porter sur des catégories de cession ou de créance "particulières" et "clairement décrites". Il est en outre essentiel que la règle d'exclusion ne soit pas appliquée aux créances commerciales, car elles constituent la pierre angulaire de la Convention.

59. Mme LOMNICKA (Royaume-Uni) dit que sa délégation reste opposée au maintien de l'article 41, car le mécanisme de révision prévu à l'article 47 a plus de chances que les déclarations faites par les États au titre de l'article 41 d'aboutir à des amendements clairs. La délégation britannique estime que la Convention serait affaiblie si l'on y maintenait l'article 41. Elle pourrait néanmoins approuver l'article 41 avec les modifications proposées par la représentante du Canada.

60. Mme PIAGGI DE VANOSSI (Observatrice de l'Argentine) pense elle aussi que les créances commerciales ne doivent pas être susceptibles d'exclusion et que l'article 41 devrait être supprimé. La proposition de la délégation américaine est également inacceptable. En l'absence de consensus pour la suppression du projet d'article 41, la délégation argentine approuverait les deux modifications proposées par la représentante du Canada.

61. Mme ZHOU XIAOYAN (Chine) dit que l'article 41 devrait être conservé avec les modifications proposées par la représentante du Canada.

62. M. COHEN (États-Unis d'Amérique) dit que la proposition canadienne permet d'entrevoir un consensus. Toutefois, la description faite par la représentante du Canada des types de cessions pouvant être exclus par les États ne résout pas une question technique: celle de savoir quelle exclusion d'un État entraîne la non-application de la Convention à une opération particulière. Le représentant des États-Unis souhaiterait des précisions sur ce critère de rattachement essentiel.

63. Se référant aux conclusions formulées par le Président à l'issue de l'examen de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 4, dans lesquelles celui-ci a estimé que l'article 41 pourrait servir à résoudre tout problème en suspens concernant le droit relatif au gage, le représentant des États-Unis dit qu'un instrument peut naître d'une opération sur une créance commerciale du type décrit au paragraphe 3 de l'article 11. Pour tenir compte de l'avis exprimé par le Président, il semblerait donc qu'un autre élément doive être ajouté à la liste de la représentante du Canada. Même s'ils naissent dans le cadre d'une créance commerciale, les instruments devront être mentionnés, mais pas nécessairement par le biais d'une exclusion. Il suffirait de prévoir qu'il n'est pas porté atteinte au droit d'un État d'exclure de tels instruments. Dans ces conditions, la délégation américaine serait disposée à approuver la proposition de la représentante du Canada.

64. Mme SABO (Canada) dit que sa délégation reste préoccupée par la nécessité de transparence dans les déclarations des États. Pour assurer cette transparence, les mots "À la suite de consultations avec tous les États signataires et contractants," pourraient être insérés au début de l'article 41. Les échanges de vues qui résulteraient de ces consultations aideraient les États à faire des déclarations aussi claires et limitées que possible.

65. Mme WALSH (Canada) dit que les ajouts suggérés par sa délégation au nouveau projet de paragraphe 3 visent à ne pas compliquer outre mesure les dispositions de l'article 41. Les deux catégories mentionnées par le représentant des États-Unis sont des pratiques existantes que les exclusions prévues à l'article 4 englobent déjà. Prévoir la possibilité de faire des déclarations au titre de l'article 41 pour ces catégories reviendrait à admettre que la Commission n'a pas réussi à traiter ces dernières à l'article 4 de manière appropriée.

66. Le PRÉSIDENT dit que l'examen des propositions concernant le projet d'article 41 reprendra à la 722e séance.

Article 38 (suite)

Proposition présentée par Unidroit (A/CN.9/XXXIV/ CRP.9)

67. M. KRONKE [Observateur de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)] dit qu'on devrait s'attacher à élaborer des dispositions sur le champ d'application et les conflits éventuels avec d'autres accords internationaux qui soient simples et aient des effets prévisibles pour les milieux d'affaires concernés. Le recours aux principes généraux du droit international n'est plus suffisant. En outre, les solutions de compromis seraient acceptables à condition de ne pas compromettre les objectifs, les aspects économiques et la prévisibilité du texte.

68. Mettant l'accent sur les techniques de financement particulières des biens aéronautiques, des biens spatiaux et du matériel roulant ferroviaire, qui sont inextricablement liés aux créances qui leur sont associées, l'orateur appelle l'attention de la Commission sur la proposition figurant dans le document A/CN.9/XXXIV/CRP.9, qui va encore plus loin que le libellé proposé par Unidroit dans le dernier paragraphe de son commentaire publié dans le document A/CN.9/490 et qui serait plus facile à appliquer. Si l'on adoptait toute autre solution consistant par exemple à exclure uniquement les opérations "régies" par le projet de convention d'Unidroit ou à établir un lien avec certains facteurs de rattachement à un moment donné, il serait plus difficile de déterminer quelle est la situation à un stade déterminé de l'opération garantie et en ce qui concerne tout élément ou niveau d'une opération généralement complexe de financement de biens aéronautiques.

69. M. WOOL [Observateur de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)] dit que la question à se poser pour déterminer la relation entre les traités est non pas de savoir si une opération est expressément "régie" par la Convention d'Unidroit, mais de savoir si elle appartient à une catégorie qui entre dans le champ d'application de cette Convention. Quatre raisons justifient cette approche. Premièrement, les opérations complexes de financement d'équipement garanties par les biens financés eux-mêmes impliquent la cession à plusieurs niveaux de créances qui sont elles-mêmes étroitement liées audits biens. Toute tentative visant à identifier un seul facteur de rattachement, comme celui mentionné dans le projet d'article 38, augmenterait la complexité et le coût de toute opération, ce qu'Unidroit et la Commission veulent précisément éviter. Deuxièmement, alors que le projet de convention de la Commission définit la "créance" comme un engagement de payer, la Convention d'Unidroit s'intéresse plus généralement aux obligations de paiement et d'exécution. Dans le financement d'équipement, il est souvent vrai que l'obligation de non-paiement n'a pas seulement un rapport avec l'obligation de paiement: en fait toutes deux sont intimement liées, si bien que toute tentative de les séparer serait impossible. Troisièmement, de nombreux systèmes juridiques disposent déjà de registres publics pour les créances sur des biens aéronautiques et il serait difficile de convaincre les États de remplacer ces registres par un système qui n'a pas encore fait ses preuves. Enfin, en prévoyant une exception fondée sur le champ d'application de la Convention d'Unidroit et non sur ses dispositions, on éliminerait tout conflit risquant de nuire à la ratification de l'une et l'autre conventions. Ces quatre arguments plaident en faveur de l'adoption du texte proposé dans le document A/CN.9/XXXIV/CRP.9.

La séance est levée à 12 h 35.

Compte rendu analytique de la 722e séance

Lundi 2 juillet 2001, à 14 heures

[A/CN.9/SR.722]

Président: M. MORÁN BOVIO (Espagne) (Vice-Président)

En l'absence de M. Pérez-Nieto Castro (Mexique), M. Morán Bovio (Espagne), Vice-Président, prend la présidence.

La séance est ouverte à 14 h 5.

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL *(suite)* (A/CN.9/486, 489 et Add.1, 490 et Add.1 à 5 et 491 et Add.1; A/CN.9/XXXIV/CRP.1 et Add.1 et 2, CRP.2 et Add.1 à 3 et CRP.3 à 10)

Article 4 (suite)

Paragraphe 3 (suite) (A/CN.9/XXXIV/CRP.10)

1. Le PRÉSIDENT suggère que la précision apportée par le Royaume-Uni dans la dernière phrase de sa proposition (A/CN.9/XXXIV/CRP.10) pour lever tout doute quant à la signification du mot "*land*" dans le texte anglais soit insérée dans le commentaire sur le projet de convention.

2. *Il en est ainsi décidé.*

Articles 36 et 37 (suite) (A/CN.9/XXXIV/CRP.4)

3. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) dit que l'article 37 part du principe que la définition du lieu de situation figurant à l'alinéa *h* de l'article 5 indique où se trouve une personne à l'intérieur d'un État comprenant deux unités territoriales ou plus. Or un examen plus attentif de cette définition révèle que le lieu de situation désigne uniquement l'État dans lequel est située la personne, mais non l'endroit exact où elle se trouve à l'intérieur de cet État. L'amendement à l'article 37 proposé par la délégation des États-Unis dans le document A/CN.9/XXXIV/CRP.4 rend la définition générale du lieu de situation figurant à l'alinéa *h* de l'article 5 applicable aux unités territoriales d'un État. Il permet également aux États d'énoncer par une déclaration d'autres règles qui déterminent le lieu de situation d'une personne sur leur territoire.

4. La délégation canadienne a proposé par la suite un amendement à l'article 37 qui reprend l'alinéa *h* de l'article 5 dans son intégralité, à l'exception du mot "État" qui est remplacé, lorsqu'il y a lieu, par "unité territoriale" dans le chapeau. La dernière phrase de l'amendement canadien incorpore la disposition figurant dans la proposition des États-Unis qui autorise les États à énoncer d'autres règles. Alors que la délégation américaine se serait contentée de l'inclusion à l'article 37 de ses propositions d'amendement, la délégation canadienne a soulevé un certain nombre de problèmes, qu'elle a tenté de régler en insérant un paragraphe 3 *bis* à l'article 36 et en ajoutant un article 37 *bis*. La délégation des États-Unis s'associe aux propositions du Canada.

5. Mme SABO (Canada) dit que, soucieuse de faire en sorte que les règles de la Convention puissent être correctement appliquées en cas de répartition des compétences entre un État fédéral et ses unités territoriales, sa délégation souhaite présenter trois propositions. La première consiste à insérer à l'article 36 un paragraphe 3 *bis* libellé comme suit:

"3 *bis*. 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 la loi régissant le contrat initial est la loi en vigueur dans une unité territoriale à laquelle la Convention ne s'applique pas, la loi régissant le contrat initial est considérée comme n'étant pas la loi d'un État contractant."

6. La deuxième proposition s'inspire de la proposition présentée pour l'article 37 par les États-Unis dans le document A/CN.9/XXXIV/CRP.4. Le nouveau texte de l'article 37 serait le suivant:

"Si une personne est située dans un État qui comprend deux unités territoriales ou plus, cette personne est située dans l'unité territoriale dans laquelle elle a son établissement. Si le cédant ou le cessionnaire a des établissements dans plus d'une unité territoriale, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. Si le débiteur a des établissements dans plus d'une unité territoriale, 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. Un État qui comprend deux unités territoriales ou plus peut spécifier par une déclaration faite à tout moment d'autres règles déterminant où est située une personne dans cet État."

7. La troisième et dernière proposition vise à insérer un nouvel article 37 *bis*, qui serait libellé comme suit:

"Article 37 *bis*. Loi applicable dans les unités territoriales

"Toute référence dans la présente Convention à la loi d'un État, dans le cas d'un État qui comprend deux unités territoriales ou plus, est considérée comme visant la loi en vigueur dans l'unité territoriale. Ledit État peut spécifier par une déclaration faite à tout moment d'autres règles déterminant la loi applicable."

8. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) propose, dans un souci de clarté, d'ajouter les mots "y compris les règles qui rendent applicable la loi d'une autre unité territoriale de cet État" à la fin de la deuxième phrase de l'article 37 *bis*.

9. Mme BRELIER (France) souscrit à la proposition des États-Unis tendant à modifier la deuxième phrase de l'article 37 *bis*, qui dans son libellé actuel serait source d'une grande incertitude juridique.

10. M. KOBORI (Japon), tout en adhérant aux propositions de la représentante du Canada, pense qu'il serait utile de préciser la notion d'"unités territoriales" aux articles 37 et 37 *bis* en ajoutant les mots "dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention" qui ont déjà été employés à propos de cette notion au paragraphe 1 de l'article 36.

11. M. HUANG FENG (Chine) dit que le nouveau libellé proposé pour l'article 37, en particulier la deuxième phrase, pose quelques difficultés à sa délégation. Le mot "personne" ne devrait pas englober les succursales d'une banque. En Chine, une banque a plusieurs succursales juridiquement indépendantes les unes des autres dans différentes "juridictions". Les États-Unis et le Canada devraient envisager de revoir ce libellé pour répondre aux préoccupations exprimées par la Chine en ce qui concerne l'article 37 *bis*. La délégation chinoise propose d'ajouter à la fin de la première phrase les mots "où la présente Convention est applicable". L'orateur espère que les délégations qui ont élaboré les propositions tiendront compte du fait que la Chine préfère le terme "juridiction" à "unités territoriales", bien qu'elle puisse accepter d'employer les deux à la fois.

12. M. WHITELEY (Royaume-Uni) adhère aux commentaires formulés par le représentant de la Chine concernant le nouveau libellé de l'article 37. Il importe qu'aucune disposition de la Convention ne supplante le droit interne. On pourrait peut-être modifier la dernière phrase de l'article 37 afin d'apaiser les inquiétudes de la Chine.

13. M. BAZINAS (secrétariat) croit comprendre que la dernière phrase du nouvel article 37 permettra à un État comme la Chine d'énoncer par une déclaration des règles différentes déterminant le lieu de situation d'une personne. Pour plus de clarté, peut-être pourrait-on d'une manière ou d'une autre renforcer cette phrase.

14. Mme SABO (Canada) dit que sa délégation ne voit pas d'objection à la proposition faite par le représentant du Japon d'inclure une explication de la notion d'"unités territoriales" dans les articles 37 et 37 *bis*.

15. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) dit que la proposition du Japon poserait quelques problèmes à sa délégation, car il est souvent difficile de déterminer si un État fédéral et les unités territoriales qui le composent ont ou non des systèmes juridiques différents. On a rédigé les articles 37 et 37 *bis* avec soin pour tenir compte des unités territoriales pouvant ou non avoir des systèmes de droit différents qui adoptent des lois uniformes sur des questions particulières. En ce qui concerne les inquiétudes exprimées par le représentant de la Chine, l'orateur estime comme le secrétariat que le libellé de l'article 37, tel que modifié, est suffisamment général pour répondre à certaines d'entre elles, sinon à toutes. La Commission a déjà très longuement débattu de l'emploi des mots "unités territoriales" et "juridiction". Le représentant des États-Unis espère que le débat ne sera pas rouvert à ce stade.

16. M. KOBORI (Japon), appuyé par M. HUANG FENG (Chine), dit qu'il importe de préciser la notion d'"unités territoriales", en particulier dans le cas des États fédéraux pour indiquer que chaque unité a un statut juridique propre.

17. Mme BRELIER (France) dit que le terme "collectivité territoriale" est préférable à "unité territoriale", car il s'applique à la fois aux États fédéraux et aux États unitaires.

18. Mme SABO (Canada) dit que certaines conventions de la Conférence de La Haye de droit international privé parlent d'entités territoriales dont chacune a son propre système de droit ou ses propres règles de droit. Cette formule serait peut-être utile pour déterminer à quel type d'unité territoriale il est fait référence.

19. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que les termes employés par la Conférence de La Haye ne sont pas habituels. Le libellé de l'article 36 du projet de convention a de fortes connotations politiques et il n'est pas opportun que la Commission essaie de le modifier.

20. M. BAZINAS (secrétariat) dit qu'il ne serait pas souhaitable de parler d'"unités territoriales dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent" à l'article 36 et d'"unités territoriales" tout court aux articles 37 et 37 *bis*, car ce manque de cohérence pourrait donner lieu à des problèmes d'interprétation. Il se demande si l'article 36, sous sa forme actuelle, n'est pas suffisant pour régler les problèmes soulevés par le représentant des États-Unis.

21. Mme SABO (Canada) pense comme le représentant du Japon que la notion d'"unité territoriale" devrait être définie aux articles 37 et 37 *bis* de la même manière qu'à l'article 36. Elle souhaite attirer l'attention du représentant des États-Unis sur le fait que cette notion a été précisée dans de nombreuses conventions de la Conférence de La Haye. Il faut non seulement que la terminologie soit cohérente dans le texte du projet de convention, mais aussi qu'elle soit harmonisée également avec celle d'autres conventions.

22. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation a besoin de plus de temps pour examiner toutes les conséquences des modifications proposées.

La séance est suspendue à 15 heures; elle est reprise à 15 h 15.

23. Le PRÉSIDENT dit que, suite aux consultations informelles, un nombre relativement important de délégations semblent d'accord pour adopter la proposition présentée conjointement par les États-Unis et le Canada et pour ajouter à la fin de l'article 37 *bis* les mots "y compris les règles qui rendent applicable la loi d'une autre unité territoriale de cet État".

24. *Il en est ainsi décidé.*

Article 41 (suite) (A/CN.9/XXXIV/CRP.8)

25. Le PRÉSIDENT rappelle qu'à sa précédente séance la Commission a examiné une proposition des États-Unis, publiée sous la cote A/CN.9/XXXIV/CRP.8, relative à l'article 41. Le Canada a proposé soit de supprimer l'article 41, soit de le conserver en indiquant que les exclusions devraient être aussi précises et limitées que possible et que l'article 41 ne s'applique pas aux catégories de cession énumérées au paragraphe 3 de l'article 11. Les États-Unis ont demandé à la représentante du Canada d'expliquer quelle exclusion d'un État a pour effet de ne pas appliquer la Convention à une opération particulière.

26. M. CHAN (Singapour) dit que le Canada a fait une deuxième proposition visant à insérer les mots "À la suite de consultations avec tous les États signataires et contractants," au début de l'article 41. Cette proposition a de graves conséquences, car elle obligerait les États voulant faire des déclarations à consulter tous les États signataires et contractants. Au lieu d'insérer ces mots dans le corps du texte, la Commission pourrait peut-être conseiller aux États, dans le commentaire, de consulter les États de leur choix ou, de préférence, le secrétariat à propos de toute déclaration qu'ils souhaiteraient faire au titre du projet d'article 41.

27. Mme ZHOU XIAOYAN (Chine) dit que sa délégation n'approuve pas la modification que le Canada a apportée à sa proposition initiale, car le nouveau libellé imposerait une lourde obligation aux États contractants, même si elle était mentionnée dans le commentaire.

28. Mme MANGKLATANAKUL (Thaïlande) dit que sa délégation partage les vues exprimées par les représentants de Singapour et de la Chine. En même temps, elle est d'accord avec la représentante du Canada pour dire que les déclarations faites par les États devraient être précises et transparentes.

29. Mme LOMNICKA (Royaume-Uni) dit qu'aucun consensus clair ne semble se dégager en faveur du maintien de l'article 41.

30. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation pourrait accepter la proposition du Canada selon laquelle les déclarations devraient être aussi précises que possible, mais elle reste préoccupée par le transfert d'instruments non négociables et le nantissement d'instruments sans négociation dans les cas où les règles de rattachement de la Convention ne conviennent peut-être pas toujours. Il faudrait reformuler les propositions d'amendement à l'article 41 de sorte qu'un État puisse protéger les porteurs d'instruments dont la possession a été obtenue non pas par négociation mais par inscription sur les livres comptables ou encore par remise. De nombreux États souhaitent peut-être accorder un droit de préférence à ceux qui détiennent l'instrument sur leur propre territoire et non à ceux qui ont cédé les droits sur l'instrument et résident ou se trouvent dans un autre État. La délégation des États-Unis propose d'ajouter le texte ci-après à l'article 41:

> "À la suite de consultations avec tous les États signataires et contractants, un État peut déclarer à tout moment que la présente Convention n'aura pas d'incidences sur les droits d'un bénéficiaire de créances prouvées par écrit dont les droits découlent du transfert à son profit de l'écrit par inscription dans les livres comptables, contrôle des enregistrements électroniques ou remise et dont les droits, en vertu de la loi de l'État dans lequel l'écrit est situé ou dans lequel l'inscription dans les livres comptables ou le contrôle a lieu, sont supérieurs à ceux d'une personne qui n'est pas bénéficiaire de l'écrit par inscription sur les livres comptables, contrôle des enregistrements électroniques ou remise. La déclaration décrit la nature de l'écrit et les types de cession ou les catégories de créances prouvées par l'écrit et les cas dans lesquels la présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits du bénéficiaire."

31. La délégation des États-Unis estime que la déclaration est suffisamment circonscrite — il s'agit d'une clause de sauvegarde, non d'une règle d'exclusion. Elle est toutefois disposée à supprimer les mots "À la suite de consultations avec tous les États signataires et contractants", qui figurent au début de sa proposition, si tel est le souhait de la majorité.

32. Le PRÉSIDENT dit que la Commission est déjà convenue de supprimer ces mots. Le texte proposé par les États-Unis n'est pas censé remplacer la proposition du Canada, mais vise à la compléter.

33. M. BAZINAS (secrétariat) croit comprendre que la proposition des États-Unis constituerait un nouveau paragraphe 3.

34. M. CHAN (Singapour) dit que sa délégation considère comme celle des États-Unis que la Convention devrait régir les cas où les droits sont transférés par remise. Toutefois, le texte proposé est très complexe et demande un examen attentif. L'orateur n'est pas sûr de comprendre ce que signifient les mots "droits d'un bénéficiaire de créances prouvées par écrit". En outre, la référence au transfert par contrôle d'enregistrements électroniques risque d'avoir pour effet d'exclure du champ d'application de la Convention un plus grand nombre de catégories de créances, ce qui n'est pas l'intention initiale de l'article 41.

35. M. HAHN (Observateur de la République de Corée) convient avec le représentant de Singapour que la proposition des États-Unis est beaucoup trop compliquée. Il faudrait la simplifier et la raccourcir.

36. Mme WALSH (Canada) dit que sa délégation aurait préféré voir l'article 41 purement et simplement supprimé, mais qu'elle a été en mesure d'accepter l'amendement examiné, car il offre un degré considérable de sécurité et de prévisibilité. Toutefois, selon son interprétation de la proposition des États-Unis, celle-ci supprimerait la limitation territoriale des effets des déclarations, telle qu'énoncée au paragraphe 2 de l'article 41, ce qui compromettra gravement cette sécurité et cette prévisibilité. La délégation canadienne craint, comme le représentant de Singapour et l'Observateur de la République de Corée, que cette proposition ne dépasse l'intention initiale de l'article 41.

37. M. WHITELEY (Royaume-Uni) dit que, pour lui, la proposition des États-Unis a pour but de préciser l'article 41 et non d'en élargir le champ d'application. Bien que la délégation britannique ait un certain nombre de commentaires à formuler sur le libellé de cette proposition, elle attendra que la Commission décide si elle accepte ou non le texte proposé par les États-Unis.

38. M. ZANKER (Observateur de l'Australie), appuyé par M. KINYANJUI-MUKIRI (Kenya), dit que la proposition des États-Unis rouvre des questions qui ont été réglées à la séance précédente. Étant donné qu'il ne sera pas possible de prendre une décision sur une proposition aussi complexe au stade actuel des travaux de la Commission, la proposition devrait être retirée.

39. Mme GAVRILESCU (Roumanie), appuyée par M. IKEDA (Japon), dit que, la plupart des délégations étant favorables au maintien de l'article 41 tel qu'initialement modifié par le Canada, la Commission devrait mettre un point final à son débat sur cet article.

40. M. SMITH (États-Unis d'Amérique) dit que, faute de soutien, la proposition de sa délégation sera retirée. Il regrette que la Commission manque l'occasion de traiter des formes modernes de transfert d'instruments financiers par inscription sur les livres comptables et par voie électronique. Les milieux d'affaires feront face à cette situation en désignant des dépositaires dans les pays où se trouvent les cédants ou veilleront à ce que les instruments soient transférés par le biais de comptes de titres tenus par des intermédiaires, auquel cas la Convention ne s'appliquera pas. Il en découlera des frais supplémentaires pour les participants à ce type d'opérations, alors que l'un des objectifs de la Convention est de réduire les coûts.

41. Le PRÉSIDENT propose que le projet d'article 41 tel qu'initialement modifié par la représentante du Canada soit approuvé. Les mots que le Canada a proposé d'insérer au début de l'article 41 seront mentionnés dans le commentaire.

42. *Il en est ainsi décidé.*

Article 47 (suite)

43. *Le projet d'article 47 est adopté.*

Article 38 (suite) (A/CN.9/XXXIV/CRP.5 et A/CN.9/XXXIV/CRP.9)

44. Mme PIAGGI DE VANOSSI (Observatrice de l'Argentine), appuyée par Mme LOMNICKA (Royaume-Uni), dit que sa délégation approuve la proposition présentée par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) dans le document A/CN.9/XXXIV/CRP.9.

45. M. KOHN (Observateur de la Commercial Finance Association) propose le maintien du paragraphe 1 de l'article 38 tel qu'il a été approuvé par la Commission la semaine précédente. L'article 38, dans son libellé actuel, est équitable et laisse primer la Convention d'Unidroit dans les cas où elle s'applique à une opération particulière. Dans sa proposition, Unidroit prévoit l'exclusion du champ d'application du projet de convention sur la cession de créances de toutes les créances mentionnées dans sa Convention, même si celle-ci ne s'applique pas à l'opération en question. De plus, cette exclusion serait illimitée, car sa portée pourrait être étendue par les protocoles futurs qui seront adoptés dans le cadre de la Convention d'Unidroit, ce qui risque de réduire de manière injustifiée le champ d'application du projet de convention sur la cession de créances. En outre, l'article 46 du projet de convention d'Unidroit relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles prévoit que cette dernière l'emportera sur le projet de convention sur la cession de créances dans la mesure où ce dernier s'applique à la cession de créances qui constituent des droits accessoires se rapportant à des garanties internationales sur des biens appartenant aux catégories mentionnées au paragraphe 3 de l'article 2 de la Convention d'Unidroit.

46. Mme BRELIER (France) croit comprendre que la Commission a approuvé la semaine précédente l'article 38, tel qu'il a été modifié compte tenu de la proposition de l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires publiée sous la cote A/CN.9/XXXIV/CRP.5. La délégation française préfère cette proposition à celle d'Unidroit.

47. Mme SABO (Canada) dit que sa délégation appuie les commentaires de l'Observateur de la Commercial Finance Association. Il est difficile de comprendre comment la Commission pourrait adopter une proposition qui se réfère à une convention qui n'existe pas encore.

48. M. KRONKE [Observateur de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)], se référant aux commentaires de l'Observateur de la Commercial Finance Association, dit que l'article 46 a été inséré dans le projet de convention d'Unidroit, car on ignore lequel des deux textes — Convention d'Unidroit ou Convention sur la cession de créances dans le commerce international — sera adopté le premier.

49. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation ne souhaite pas se prononcer pour l'instant sur le paragraphe 2 de la proposition d'Unidroit, qui mentionne la Convention d'Unidroit sur l'affacturage international.

50. Le PRÉSIDENT, constatant le très faible soutien recueilli par la proposition d'Unidroit, considère que la plupart des délégations souhaitent conserver l'article 38 dans son libellé actuel.

51. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) propose de supprimer la condition énoncée au paragraphe 1 de l'article 38.

52. M. KOHN (Observateur de la Commercial Finance Association) dit que sa délégation ne verra aucune objection à ce que cette condition soit supprimée. Si elle l'est cependant, il faudra, pour plus de clarté, remanier les trois premières lignes du paragraphe 1 de l'article 38. L'orateur propose l'amendement suivant: "La présente Convention ne prévaut sur aucun accord international déjà conclu ou à conclure, régissant spécifiquement une opération qui serait sinon couverte par la présente Convention." Le reste du paragraphe 1 serait supprimé.

53. M. BERNER (Observateur de l'Association du barreau de la ville de New York) approuve la proposition faite par l'observateur de la Commercial Finance Association. La condition énoncée au paragraphe 1 de l'article 38 semble redondante et le nouveau libellé proposé pour ce paragraphe lèverait toute ambiguïté.

54. Le PRÉSIDENT dit que les délégations semblent appuyer la proposition d'amendement au paragraphe 1 de l'article 38. Le paragraphe 2 de cet article sera conservé tel qu'il figure dans le rapport du Groupe de rédaction (A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.2).

55. *L'article 38, ainsi modifié, est adopté.*

Articles 11 et 13 (suite)

56. Mme BRELIER (France), rappelant que le Groupe de rédaction a demandé qu'un équivalent français soit trouvé pour le terme "*proprietary information*", dit que sa délégation propose de remplacer les mots "autres informations" par "informations protégées ayant une valeur commerciale" à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 11 et à l'alinéa *b* du paragraphe 4 de l'article 13.

Décision de la Commission et recommandation à l'Assemblée générale (A/CN.9/XXXIV/CRP.3)

57. Mme SABO (Canada), appuyée par Mme BRELIER (France), propose que, dans sa décision et recommandation, la Commission prie l'Assemblée générale d'adopter la Convention et de l'ouvrir à la signature, à condition qu'un État propose d'accueillir une conférence diplomatique au début de 2002.

58. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation n'approuve pas l'amendement proposé par la représentante du Canada, car celui-ci laisserait entendre que les membres de la Commission sont convenus que la Convention devrait être présentée à une conférence diplomatique. Or aucun consensus ne s'est clairement dégagé dans ce sens. Il ne reste plus beaucoup de temps et, à la prochaine session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission devra prendre une décision à propos du projet de convention de sorte que ce dernier puisse être soumis à l'Assemblée pour adoption. Si la Commission adresse un message équivoque à la Sixième Commission, celle-ci, dont le programme de travail est déjà très chargé, risque simplement de décider de renvoyer la question *sine die*.

59. M. SEKOLEC (Secrétaire de la Commission) dit que, faute de temps, la Commission n'a pas examiné les incidences financières d'une conférence diplomatique. En outre, la tenue d'une telle conférence ne devrait pas dépendre uniquement de la proposition d'un État de l'accueillir. Il faut d'abord que la Commission détermine si la Convention est prête ou non pour être soumise à une conférence diplomatique.

60. Mme GAVRILESCU (Roumanie) dit que sa délégation s'associe aux vues exprimées par le représentant des États-Unis et le secrétariat.

61. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) dit que la Commission doit indiquer clairement à l'Assemblée générale que la Convention est suffisamment au point pour être adoptée. La délégation australienne propose que la Commission adopte la décision telle quelle.

62. Le PRÉSIDENT considère que la Commission souhaite adopter la décision et la recommandation figurant dans le document A/CN.9/XXXIV/CRP.3.

63. *Il en est ainsi décidé.*

Projets d'articles 18 à 24 et alinéa g *du projet d'article 5* (A/CN.9/XXXIV/CRP.2)

64. *Les projets d'articles 18 à 24 ainsi que l'alinéa* g *du projet d'article 5 sont adopté*s.

Projets d'articles 25 à 36 (A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.1)

65. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) dit que le Groupe de rédaction a laissé un blanc après le mot "jusqu'au" au paragraphe 1 de l'article 35. Sa délégation croit comprendre que la Convention sera ouverte à la signature pendant deux ans.

66. M. BAZINAS (secrétariat) dit que, si la Commission le souhaite, les mots "pendant deux ans à compter de son ouverture à la signature par l'Assemblée générale" pourraient être insérés entre crochets au paragraphe 1 de l'article 35.

67. *Les projets d'articles 25 à 36 sont adoptés.*

Projets d'articles 38 à 40 et 42 à 46 (A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.2)

68. *Les projets d'articles 38 à 40 et 42 à 46 sont adoptés.*

Projets d'articles 1er à 9 de l'annexe du projet de convention (A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.2)

69. M. WINSHIP (États-Unis d'Amérique) fait remarquer que, dans la version anglaise, l'article 8 de l'annexe parle de "la date du contrat de cession", alors que partout ailleurs dans la Convention on se réfère à la "date de la conclusion du contrat de cession".

70. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le Groupe de rédaction a décidé de parler, à l'article 8 de l'annexe, de la date du contrat de cession et non de la date de la conclusion du contrat de cession pour tenir compte de la situation dans les pays appliquant des règles de priorité fondées sur la date de la notification.

71. *Les projets d'articles 1er à 9 de l'annexe de la Convention sont adoptés.*

Titre, préambule et projets d'articles 1er à 3 du projet de convention (A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.2)

72. *Le titre, le préambule et les projets d'articles 1er à 3 du projet de convention sont adoptés.*

Projets d'articles 4 à 7 (A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.3)

73. M. DUCAROIR (Observateur de la Fédération bancaire de l'Union européenne) félicite le Groupe de rédaction et le secrétariat pour l'excellent libellé de l'article 4, qui correspond exactement aux préoccupations de la profession bancaire et financière.

74. M. DESCHAMPS (Canada) et Mme BRELIER (France) disent que leurs délégations respectives n'ont pas reçu d'exemplaires du document A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.3.

75. Le PRÉSIDENT propose que, certaines délégations n'ayant pas encore reçu le document A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.3, la Commission remette à plus tard l'examen du rapport du Groupe de rédaction.

76. *Il en est ainsi décidé.*

TRAVAUX FUTURS POSSIBLES DANS LE DOMAINE DES SÛRETÉS (A/CN.9/496)

77. Le PRÉSIDENT invite l'Observateur de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), qui ne sera pas présent lorsque la Commission examinera les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés, à faire une déclaration.

78. M. KRONKE [Observateur de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)] félicite le secrétariat de la Commission pour ses travaux préparatoires visant à recenser les domaines du droit des opérations garanties dans lesquels d'autres contributions utiles pourraient être apportées une fois le projet de convention adopté. Unidroit partage pleinement l'avis selon lequel le budget, le temps et les effectifs extrêmement limités dont disposent l'Institut et la Commission, ainsi que les services compétents des administrations des États membres, obligent à tout mettre en œuvre pour éviter que les travaux ne fassent double emploi.

79. Unidroit a réalisé d'importants travaux préparatoires concernant les sûretés sur les valeurs mobilières. Les domaines que recouvrent les opérations garanties sont trop vastes et trop différents pour que des efforts d'harmonisation efficaces puissent être entrepris et tous les experts du secteur privé et du monde universitaire consultés jusqu'à présent par les États membres et le secrétariat d'Unidroit ont recommandé que la question des sûretés et des valeurs mobilières soit traitée dans le volet correspondant du projet d'Unidroit sur les marchés financiers. Ce projet porte sur les règles applicables aux opérations sur valeurs mobilières réalisées sur des marchés interconnectés et des réseaux de communication électroniques, la création de "titres globaux" et les arrangements de compensation, notamment globale, dans le cadre d'opérations internationales sur valeurs mobilières.

80. En réponse à une note verbale adressée par le secrétariat d'Unidroit, les gouvernements qui ont déjà achevé leurs consultations internes ont tous indiqué sans exception qu'une attention toute particulière devrait être accordée aux opérations internationales conclues et exécutées par des intermédiaires et, en particulier, par des organismes de compensation et de règlement et peut-être aussi par des contreparties centrales. Un groupe de travail créé à la demande du Conseil de direction d'Unidroit s'est penché sur ce domaine, qui représente une activité complexe, comprenant non seulement la négociation de titres, à savoir le rapprochement entre les ordres de vente et les ordres d'achat, mais également la fourniture d'un éventail de services intégrés et d'activités étroitement liées entre elles, comme le dépôt de titres, la constitution de sûretés, la gestion des liquidités, le routage des ordres et la gestion des stocks.

81. Il est donc logique que les liens fonctionnels soient mis en évidence et que les efforts de coordination soient activement poursuivis. À cette fin, le secrétariat d'Unidroit a présenté un aperçu des travaux en cours à l'Institut, énumérant neuf thèmes que seul permettra de traiter efficacement un droit matériel harmonisé, au groupe d'experts de la Conférence de La Haye de droit international privé qui élabore actuellement une convention sur la loi applicable aux actes de disposition de titres détenus dans le cadre d'un système de détention indirecte. L'orateur a discuté avec le Secrétaire de la Commission et le Secrétaire général de la Conférence de La Haye de la nécessité de coordonner efficacement les efforts et il a été convenu que la répartition des tâches se ferait en fonction des liens fonctionnels existant entre les problèmes et les différents thèmes, des travaux déjà réalisés dans un domaine quel qu'il soit, des compétences spécialisées des groupes de travail et des groupes d'étude ainsi que des experts dont dispose déjà le secrétariat d'une organisation internationale. La semaine précédente, l'Observateur d'Unidroit a discuté avec la Conférence de La Haye des mesures concrètes que cette dernière pourrait prendre pour coordonner ses travaux sur les questions de droit international privé touchant les sûretés sur titres avec les travaux actuels d'Unidroit sur le droit matériel dans ce même domaine.

82. M. FERRARI (secrétariat) dit que, lorsque la Commission examinera les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés, le secrétariat lui fera une proposition tenant compte de la déclaration que vient de faire l'Observateur d'Unidroit.

La séance est levée à 17 h 5.

Compte rendu analytique de la 723e séance

Mardi 3 juillet 2001, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.723]

Président temporaire: M. SEKOLEC (Secrétaire de la Commission)

Président: M. Abascal ZAMORA (Mexique)

En l'absence du Président, M. Sekolec (Secrétaire de la Commission) prend la présidence.

La séance est ouverte à 10 heures.

ÉLECTION DU BUREAU *(suite)*

1. M. PORTELLA (Brésil), s'exprimant au nom du Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes, propose d'élire M. Abascal Zamora (Mexique) président du Comité plénier sur le projet de loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et le projet de guide pour son incorporation et sur les éventuels travaux futurs relatifs au commerce électronique.

2. M. GAUTHIER (Canada) et M. OLIVENCIA RUIZ (Espagne) appuient cette proposition.

3. *M. Abascal Zamora (Mexique) est élu par acclamation président du Comité plénier sur le projet de loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et le projet de guide pour son incorporation et sur les éventuels travaux futurs relatifs au commerce électronique.*

4. *M. Abascal Zamora (Mexique) prend la présidence.*

PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES ET PROJET DE GUIDE POUR L'INCORPORATION (A/CN.9/492 et Add.1 et 2, A/CN.9/493)

5. M. SORIEUL (secrétariat) dit que le document A/CN.9/493 contient le texte du projet de loi type, tel qu'il résulte des délibérations de la trente-septième session (septembre 2000) du Groupe de travail sur le commerce électronique, et du projet de guide pour l'incorporation, tel qu'il a été révisé par le secrétariat à la suite de la session du Groupe de travail tenue en mars 2001. Le document A/CN.9/492 et ses additifs 1 et 2 regroupent les commentaires qui ont été reçus des gouvernements et des organisations intéressées.

6. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation espère que la Commission pourra achever ses travaux sur les signatures électroniques et avoir une discussion fructueuse sur les éventuels travaux futurs relatifs au commerce électronique. Le document A/CN.9/492/Add.2 contient des propositions des États-Unis visant à modifier les articles 8 à 11 du projet de loi type, qui sont les dispositions qui ont suscité le plus de préoccupations parmi les commentateurs dans diverses régions du monde. Le domaine du commerce électronique évolue plus rapidement que jamais et la Commission devra, comme par le passé, tenir soigneusement compte des changements qui se sont produits récemment en ce qui concerne les applications commerciales des technologies de signature, afin que ses travaux conservent toute leur actualité.

7. M. ARNOTT (Royaume-Uni) dit qu'il comprend la nécessité, exprimée par le représentant des États-Unis, d'examiner attentivement le projet de loi type de façon à tenir compte de changements qui se sont produits récemment sur le marché. Le document A/CN.9/492 et ses additifs contiennent quelques propositions de modification qui ne prêtent pas à controverse et ont un caractère purement rédactionnel et technique. Il serait peut-être souhaitable de commencer par examiner ces propositions, de façon à obtenir un texte à jour sur la base duquel la Commission pourra discuter de propositions de modifications de fond lorsqu'elle examinera le texte article par article.

8. Mme BRELIER (France) fait observer que le projet de loi type est le résultat de discussions qui ont été engagées il y a plusieurs années et ont permis de trouver des équilibres et de parvenir à un consensus sur de nombreux points. Il n'est pas souhaitable que la Commission remette en cause les résultats des délibérations antérieures.

9. Le PRÉSIDENT dit que, bien que la procédure normale de la Commission consiste à examiner le texte article par article, eu égard à la proposition présentée par la délégation du Royaume-Uni, il serait peut-être préférable de commencer par examiner les modifications purement techniques proposées dans les documents A/CN.9/492 et Add.1 et 2, avant d'aborder les questions de fond.

10. M. KURDI (Observateur de l'Arabie saoudite) dit que, lorsque la Commission examinera le projet de loi type article par article, elle devra accorder une attention particulière aux articles à propos desquels des propositions figurent dans les documents A/CN.9/492 et Add.1 et 2.

11. Sa délégation est très intéressée par les travaux de la Commission relatifs au commerce électronique. Le Groupe de travail d'Arabie saoudite qui a été constitué en vue de l'élaboration d'une loi sur le commerce électronique et les signatures électroniques s'est beaucoup inspiré des travaux accomplis par la Commission dans ces domaines.

12. M. PÉREZ (Colombie) dit que les observations générales contenues dans le document A/CN.9/493 ont atténué certaines des craintes de son gouvernement dont rend compte le document A/CN.9/SR.492. La Colombie a accompli des progrès considérables en matière d'adoption d'une législation sur le commerce électronique et a été le premier pays d'Amérique latine à adopter la quasi-totalité du texte de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996. Le Gouvernement colombien a créé une commission intergouvernementale, qui a été soutenue par le secteur privé, et l'a chargée de réviser la législation colombienne sur le commerce électronique compte tenu des travaux accomplis par la Commission dans le domaine des signatures électroniques.

13. Mme CHADHA (Inde) dit que, à la suite de l'adoption par la Commission de la Loi type sur le commerce électronique, le Gouvernement indien a adopté la loi sur les technologies de l'information. Cette loi prévoit la reconnaissance légale des enregistrements électroniques et des signatures numériques, établit une réglementation relative à la surveillance des autorités chargées de délivrer des certificats relatifs aux signatures électroniques et énonce des dispositions sur les enregistrements électroniques et les signatures numériques dans les bureaux et organismes de l'État. Cette loi apporte également d'importantes modifications au code pénal et à la loi sur les preuves, pour établir des dispositions concernant les infractions relatives aux documents et aux opérations reposant sur le papier. On a modifié la loi sur la banque centrale de l'Inde, en vue de faciliter les transferts de fonds électroniques entre établissements financiers et banques; en outre, la loi sur les preuves relatives à la comptabilité des banques a reconnu la légalité de la comptabilité électronique dans le secteur bancaire. La délégation indienne espère que les travaux de la Commission sur les signatures électroniques aideront l'Inde à modifier ses lois et à en adopter de nouvelles, afin de répondre à des besoins de plus en plus importants.

14. Mme ZHOU XIAOYAN (Chine) dit que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 a aidé la Chine à améliorer sa législation sur le commerce. En ce qui concerne la proposition du Royaume-Uni, la délégation chinoise préfère examiner le texte du projet de loi type article par article et aborder les modifications proposées dans les documents A/CN.9/492 et Add.1 et 2 lors de l'examen des différents articles.

15. M. ENOUGA (Cameroun) dit que sa délégation soutient la proposition de la représentante de la Chine. La Commission devrait suivre ses méthodes de travail habituelles et passer tout de suite à l'examen du document A/CN.9/493. Les modifications proposées dans les documents A/CN.9/492 et Add.1 et 2 pourront être prises en compte lors de l'examen des différents articles.

16. De nombreux pays qui n'ont pas encore adopté de législation sur le commerce électronique seront confrontés à deux textes, à savoir la Loi type sur le commerce électronique et la future Loi type sur les signatures électroniques. Un nombre important de pays en développement doivent encore rattraper le retard technologique qui existe entre eux-mêmes et les pays développés. De plus, ils doivent régler le problème des autorités de certification et celui de la reconnaissance des certificats émis par différents États. La Commission devrait envisager de combiner les deux lois types en un texte uniforme.

17. M. SORIEUL (secrétariat) dit que, lors de l'établissement de la dernière version du projet de guide, le Groupe de travail s'est efforcé de clarifier les rapports qui existent entre la Loi type sur le commerce électronique de 1996 et le projet de loi type sur les signatures électroniques. Ces deux instruments sont certes complémentaires, mais l'adoption de l'un n'entraîne pas nécessairement l'adoption de l'autre. Les États peuvent choisir soit de n'adopter que la Loi type de 1996, soit d'adopter les deux textes.

18. La Commission doit décider de la façon de régler le problème de la répétition de l'article 7 de la Loi type de 1996 à

l'article 6 du projet de loi type sur les signatures électroniques. Au cours d'une de ses sessions récentes, le Groupe de travail a examiné s'il serait utile pour un État qui a choisi d'adopter l'article 6 du projet de loi type ou d'adopter l'article 7 de la Loi type de 1996, étant donné que l'article 6 est plus complet. La proposition tendant à ce que les États qui n'avaient pas encore adopté l'article 7 de la Loi type de 1996 choisissent l'article 6 du projet de loi type s'est heurtée à des objections de la part de délégations qui estimaient que la seconde disposition n'était pas nécessaire. Si la Commission souhaite promouvoir le projet de loi type, il sera probablement judicieux d'indiquer clairement que les pays qui choisissent d'adopter l'article 6 du nouvel instrument sont dispensés d'adopter l'article 7 de la Loi type de 1996.

19. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation soutient la proposition du Royaume-Uni. Il n'est pas nécessaire de réexaminer chaque article du projet, en particulier du fait que de nombreux articles se situant au début du texte ont fait l'objet de longues discussions et ne prêtent pas à controverse. Lorsque la Commission commencera à examiner l'article 6, elle pourrait peut-être aborder la question qui vient d'être soulevée par le secrétariat. L'article 6 du projet de loi sur les signatures électroniques ne devrait pas annuler et remplacer l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique de 1996, qui contient de nombreuses dispositions importantes. Une telle démarche dissuaderait certains États d'adopter les dispositions appropriées de la Loi type de 1996.

20. Mme BRELIER (France), M. OKAY (Observateur de la Turquie), M. ZANKER (Observateur de l'Australie) et M. BRITO DA SILVA CORREIA (Observateur du Portugal) soutiennent la proposition du représentant du Royaume-Uni.

21. Le PRÉSIDENT dit qu'il est manifeste que la proposition du Royaume-Uni est largement soutenue. En conséquence, la Commission commencera par examiner les propositions figurant dans les documents A/CN.9/492 et Add.1 et 2, dans l'ordre des articles. Il invite la Commission à examiner la proposition du Royaume-Uni relative à l'alinéa *b* de l'article 2 qui figure dans le document A/CN.9/492/Add.1.

Alinéa b *de l'article 2*

22. M. ARNOTT (Royaume-Uni) dit que, lors de ses sessions antérieures, la Commission a oublié de mentionner la clef publique dans sa définition du mot "certificat". Lors de sa récente session, qui a eu lieu à New York en mars, le Groupe de travail a discuté de cette omission. La modification proposée de l'alinéa *b* de l'article 2 contribuera à faire en sorte que, lorsqu'il existe une clef publique, le certificat confirme le lien entre le signataire et cette clef et, en tout état de cause, le lien entre le signataire et les données afférentes à la création de signature.

23. Le PRÉSIDENT dit que le paragraphe 97 du document A/CN.9/493 contient une explication détaillée de la position du Groupe de travail concernant la question soulevée par le représentant du Royaume-Uni.

24. M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique) dit que le mot "et" qui se trouve à la fin de l'alinéa *i* de la proposition du Royaume-Uni devrait être remplacé par le mot "ou": la proposition vise à faire en sorte qu'un certificat puisse reposer sur le système ICP, mais non à imposer exclusivement un tel système. Il est très probable que des certificats prendront d'autres formes, en fonction de technologies différentes.

25. M. MADRID PARRA (Espagne) déclare que sa délégation soutient pour l'essentiel la proposition du Royaume-Uni quant au fond, mais qu'il faudrait éviter d'utiliser les termes "cryptographie" et "clef publique", étant donné que la Commission a déjà décidé que le texte de l'article 2 ne contiendrait pas les mots "clef publique" mais les mots "données afférentes à la création de signature". S'il faut faire référence à une clef publique, il serait préférable, dans un souci de symétrie, d'utiliser l'expression "données afférentes à la vérification de signature" qui serait utilisée parallèlement à l'expression "données afférentes à la création de signature". Cela serait conforme au principe de neutralité technologique qui caractérise le texte. La délégation espagnole envisagerait même de conserver le texte tel quel et d'ajouter les mots "et, le cas échéant, des données afférentes à la création de signature".

26. Mme BRELIER (France) dit que sa délégation soutient la proposition du Royaume-Uni et que le mot "et" doit être conservé.

27. M. GAUTHIER (Canada) dit que sa délégation ne soutient pas la proposition du Royaume-Uni, non pas pour des raisons de fond, mais parce qu'elle estime que la question de la clef cryptographique publique a déjà été traitée de façon appropriée tant dans le projet de la Loi type que dans le projet de guide pour l'incorporation. Cependant, si cette proposition est acceptée, le mot "et" devrait être remplacé par le mot "ou". Sinon, cela risquerait de rouvrir le débat concernant la question de la neutralité technologique.

28. Mme MANGKLATANAKUL (Thaïlande) estime elle aussi que la question a fait l'objet de longues discussions au sein du Groupe de travail et que le texte actuel doit être conservé.

29. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que, si sa délégation peut accepter l'essentiel de la proposition du Royaume-Uni, elle a de sérieuses réserves quant au mot "et" à la fin de l'alinéa *i*. Étant donné que l'alinéa *a* de l'article 2 se rapporte aux certificats en général et qu'on utilise déjà de nouvelles technologies qui ne reposent pas sur la cryptologie asymétrique pour étayer les certificats, il est très important d'utiliser le mot "ou". Cependant, la définition qui figure à l'alinéa *b* de l'article 2 porte déjà sur cette question.

30. M. STOCCHI (Italie) dit que, s'il soutient la proposition du Royaume-Uni, il estime que le mot "cryptographique" devrait être supprimé. Les clefs cryptographiques ne sont pas nécessairement liées aux signatures numériques et, dans de nombreuses législations, elles sont traitées de différentes façons en fonction de finalités différentes. En conséquence, le libellé actuel pourrait créer de la confusion dans les législations nationales. Il propose la formulation suivante: "Dans le cas où une clef privée et une clef publique sont utilisées respectivement pour créer et vérifier une signature électronique, le lien entre un signataire et une clef publique...". Il est également favorable à la conservation du mot "et".

31. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) dit que la proposition du Royaume-Uni est probablement superflue et introduit une référence relative à une technologie déterminée dans l'article, ce que le Groupe de travail a soigneusement évité de faire. L'aspect essentiel de la définition de la notion de certificat est la confirmation du lien entre le signataire et les données afférentes à la création de signature, et les propositions du Royaume-Uni ne contribuent pas à résoudre cette question.

32. Mme PIAGGI DE VANOSSI (Observatrice de l'Argentine) dit, en ce qui concerne la proposition du Royaume-Uni relative à l'alinéa *b* de l'article 2, qu'il a été convenu d'éviter de se référer à une technologie particulière. Pour les raisons indiquées par l'Observateur de l'Australie, la modification proposée est superflue.

33. Mme ZHOU XIAOYAN (Chine) dit que le libellé actuel répond déjà aux préoccupations du Royaume-Uni.

34. Le PRÉSIDENT dit qu'il semble clair que la proposition de la délégation du Royaume-Uni aille au-delà de changements rédactionnels mineurs et ne puisse être acceptée. Il pense donc qu'en conséquence la proposition du Royaume-Uni concernant l'alinéa 1 *c* de l'article 9 n'est pas non plus retenue.

35. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est suspendue à 11 h 15 et reprend à 11 h 45.

Alinéa 1 d *iv de l'article 9.*

36. M. SORIEUL (secrétariat) dit que la proposition de la France concernant le sous-alinéa iv de l'alinéa 1 *d* de l'article 9, qui figure dans le document A/CN.9/492, vise simplement à apporter une modification rédactionnelle et que cette question peut probablement être réglée par le groupe de rédaction. Il ne faut pas perdre de vue que, pour la rédaction des textes, ce qui compte avant tout c'est la clarté et la facilité de traduction, et non l'élégance du style.

37. Mme GAVRILESCU (Roumanie) soutient la proposition.

38. M. ARNOTT (Royaume-Uni) soutient également la proposition, ainsi que les propositions de la France contenues dans le document A/CN.9/492 en ce qui concerne l'article 8 et l'alinéa *b* de l'article 11.

39. Le PRÉSIDENT dit que, si aucune objection n'est formulée, la proposition sera examinée par le groupe de rédaction.

40. *Il en est ainsi décidé.*

Alinéa b *de l'article 11.*

41. M. CAPRIOLI (France) dit que la proposition contenue dans le document A/CN.9/492 en ce qui concerne l'alinéa *b* de l'article 11 vise à remplacer les mots "si une signature électronique est étayée par" par "si une signature repose sur".

42. Mme REMSU (Canada) dit qu'elle ne peut soutenir cette proposition car, à son avis, celle-ci restreindrait la notion de signature. Une signature électronique existe en soi et peut être étayée par un certificat, mais non reposer sur un certificat.

43. M. MADRID PARRA (Espagne) attire l'attention sur le fait que toute modification de l'alinéa *b* du paragraphe 11 pourrait nécessiter une modification d'autres dispositions, telles que l'alinéa 1 *c* de l'article 8, ou du projet de guide pour l'incorporation.

44. M. CAPRIOLI (France) dit que le représentant de l'Espagne a présenté une observation pertinente. Cependant, la modification de l'alinéa *b* de l'article 11 a été proposée compte tenu de l'obligation de vérification qui est énoncée aux sous-alinéas i et ii de l'alinéa *b*. L'idée de vérification de l'origine ou de l'authenticité est implicite dans le membre de phrase "si une signature électronique repose sur un certificat". Il importe de faire en sorte que les termes utilisés correspondent aux circonstances techniques et juridiques sous-jacentes et d'éviter toute ambiguïté. Cependant, il est disposé à s'incliner devant le souhait de la majorité, si celle-ci souhaite que le texte ne soit pas modifié.

45. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) souscrit aux observations formulées par les représentants du Canada et de l'Espagne. Le libellé de l'alinéa *b* de l'article 11 devrait rester inchangé.

46. M. BRITO DA SILVA CORREIA (Observateur du Portugal) dit que la question soulevée par le représentant de la France est une question de traduction, étant donné que la version anglaise semble acceptable.

47. Mme ZHOU XIAOYAN (Chine) soutient ce qu'ont dit le représentant du Canada et l'Observateur de l'Australie. L'équivalent du mot "étayée" dans la version chinoise correspond bien à l'idée d'attestation qui est celle du projet de loi type.

48. Le PRÉSIDENT propose qu'il soit demandé au groupe de rédaction d'examiner la proposition de la France sans changer l'article 11 quant au fond.

49. *Il en est ainsi décidé.*

Article 5

50. M. BAKER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] présente la proposition de modification de l'article 5 qui figure dans le document A/CN.9/492/Add.2. La CCI craint que cet article n'ait des effets négatifs sur l'utilisation des signatures électroniques et le commerce électronique. Elle propose deux façons possibles de modifier cet article: selon l'option 1, on supprimerait la proposition finale de l'article 5, dont les termes sont "à moins que cette convention soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable". Selon l'option 2, on remplacerait les mots "de la loi applicable" par les mots "des principes d'ordre public obligatoires". Les raisons de la proposition de modification sont les suivantes: il existe un risque d'interprétation trop large de l'expression "loi applicable" par les tribunaux nationaux, en particulier dans les pays de droit romano-germanique, qui pourraient penser qu'il s'agit de toute loi applicable, y compris une loi qui ne serait pas applicable aux signatures numériques ou électroniques; le fait que les parties qui appliqueront la Loi type comprennent déjà que, dans certaines circonstances, la "loi applicable" limite les conventions conclues par les parties; et le risque de donner aux législateurs et tribunaux nationaux l'impression erronée que la Loi type veut limiter l'autonomie des parties dans une mesure plus large que cela n'est déjà le cas dans certains pays.

51. M. KOBORI (Japon) dit qu'il peut soutenir la proposition de la CCI tendant à supprimer la proposition subordonnée finale, mais il propose de modifier plutôt le texte de cette subordonnée pour qu'elle se lise comme suit: "sauf disposition contraire de la loi applicable". Le paragraphe 111 du projet de guide pour l'incorporation indique clairement qu'il ne faut pas interpréter l'article 5 comme s'il autorisait les parties à déroger aux règles obligatoires de la loi applicable.

52. M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique) dit qu'il peut soutenir l'une et l'autre des deux options proposées par la CCI. Il est manifeste que les membres de la CCI, qui présentent une grande diversité, considèrent que l'autonomie des parties revêt beaucoup d'importance sur le plan commercial. Cette idée est du reste confirmée par des observations formulées récemment par des entreprises américaines, qui sont préoccupées par cette question. C'est à juste titre que la CCI attire l'attention sur l'importante distinction entre la "loi applicable" et les "principes d'ordre public obligatoires". Si l'article 5 n'est pas modifié, la mention de la loi applicable risque d'affaiblir l'important principe de l'autonomie des parties.

53. M. BRITO DA SILVA CORREIA (Observateur du Portugal) dit qu'il préférerait conserver le libellé actuel de l'article 5. Si celui-ci ne mentionne pas de limitation par la loi applicable, cet article pourrait être interprété par certains pays comme un traité international qui prime le droit interne. Il faut apporter certaines restrictions à l'autonomie des parties au moyen, par exemple, de règles obligatoires et de principes d'ordre public. L'expression "loi applicable" est très claire et il n'y a pas de raison de craindre qu'elle ne crée une confusion dans l'esprit des juges.

54. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) souscrit à la proposition de modification de la CCI dans son option 1. Sinon, il ne voit pas d'inconvénient à ce que le texte reste inchangé.

55. La modification proposée par le représentant du Japon semble élargir le champ d'application de l'article 5, en permettant à la loi applicable d'indiquer d'autres raisons que l'invalidité ou l'absence d'effets pour écarter ou ne pas autoriser une dérogation conventionnelle.

56. Comme l'a dit l'Observateur du Portugal, le projet de loi type n'est pas un projet de traité international et l'un des grands principes régissant son application est qu'il est possible d'y déroger ou de modifier ses effets par convention. Il y a des cas dans lesquels de telles dérogations ou modifications ne seraient pas souhaitables, mais ils seront rares dans la pratique.

57. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) dit qu'il préconise de conserver le libellé de l'article 5 proposé par le Groupe de travail. Il faut garder présent à l'esprit que certaines dispositions du projet de loi type, qui n'est pas un traité international, auront un caractère obligatoire dans certains pays. L'option 2 de la proposition de modification de la CCI, qui mentionne les principes d'ordre public obligatoires, n'a pas de sens dans une Loi type, car il va de soi que les tribunaux tiennent compte des principes d'ordre public de leur pays.

58. M. JOZA (Observateur de la République tchèque) dit que l'autonomie des parties doit être limitée si la loi de l'État adoptant contient une disposition prévoyant une telle limitation. Sinon, un conflit surgit entre la Loi type et les dispositions de la législation nationale. En République tchèque, de telles limitations devront être incorporées dans la loi adoptée par le parlement et il existe des dispositions constitutionnelles analogues dans d'autres pays de droit romano-germanique. Lorsque le champ d'application de la Loi type est élargi par l'État adoptant de la façon indiquée au paragraphe 90 du projet de guide pour l'incorporation, les dispositions régissant les limitations ont encore plus de chances d'être incluses dans la loi de l'État adoptant. En conséquence, l'article 5 devrait rester inchangé ou être modifié selon l'option 2.

59. M. CAPRIOLI (France) dit que sa position est identique à celle de l'Observateur de la Suisse. La question de l'autonomie des parties a déjà fait l'objet de longues discussions. En conséquence, il ne faut pas modifier l'article 5.

60. M. LEE SUNG-KYU (Observateur de la République de Corée) soutient l'option 2 de la modification proposée par la CCI. Cependant, il ne voit pas d'inconvénient à ce que l'article 5 reste inchangé.

61. M. GAUTHIER (Canada) dit qu'il ne soutiendra aucune modification de l'article 5, qui correspond bien aux discussions qui ont eu lieu au sein du Groupe de travail et au consensus auquel on est parvenu à cet égard. L'expression "loi applicable" ne prête pas à confusion et a obtenu un soutien considérable. L'adoption de la proposition tendant à supprimer la subordonnée finale conduirait à une discussion sur la nécessité de l'article 5 lui-même et sur l'opportunité de mentionner l'autonomie des parties dans la Loi type. Le Groupe de travail a décidé que cette notion devait figurer dans la Loi type, mais qu'il fallait l'assortir d'une réserve. Le libellé actuel est équitable et approprié, en particulier compte tenu de la délimitation de son champ d'application qui figure dans le projet de guide pour l'incorporation.

La séance est levée à 12 h 35.

Compte rendu analytique de la 724e séance

Mardi 3 juillet 2001, à 14 heures

[A/CN.9/SR.724]

Président: M. Abascal ZAMORA (Mexique)

La séance est ouverte à 14 h 5.

PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES ET PROJET DE GUIDE POUR SON INCORPORATION *(suite)* (A/CN.9/492 et Add.1 à 3 et A/CN.9/493)

Article 5 (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen des deux options proposées par l'Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI) lors de la séance précédente: soit supprimer le dernier membre de phrase de l'article 5, ainsi libellé: "à moins que cette convention soit invalide ou sans effet en vertu de la loi applicable", soit remplacer les mots "la loi applicable" par les mots "les principes d'ordre public obligatoires".

2. M. JOKO SMART (Sierra Leone) dit que sa délégation n'est favorable à aucune de ces deux options. L'expression "loi applicable" doit être conservée, car elle fait référence non seulement aux principes d'ordre public obligatoires, mais aussi aux dispositions obligatoires de la législation nationale, notamment la Constitution et les dispositions pertinentes du droit écrit. En outre le libellé existant de l'article 5 est conforme à celui de l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Par souci de cohérence, sa délégation préfère que le texte reste inchangé.

3. M. ENOUGA (Cameroun) dit que sa délégation pense elle aussi que le libellé actuel de l'article 5 doit être conservé. Ce libellé est le résultat de négociations ardues et représente un équilibre qu'il convient de ne pas perturber. La liberté contractuelle absolue n'existe dans aucun système juridique, et les tribunaux, lorsqu'ils règlent des différends, déterminent si une convention est ou non contraire à l'ordre public.

4. M. BAKER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] dit qu'en proposant de supprimer le dernier membre de phrase de l'article 5 la CCI a voulu souligner que l'autonomie des parties était primordiale et éviter ainsi que le public se méprenne. Si ce membre de phrase devait être conservé, peut-être pourrait-il être modifié de manière à se lire comme suit: "à moins que cette convention soit illégale".

5. M. ALHWEIJ (Observateur de la Jamahiriya arabe libyenne) dit que sa délégation appuie la proposition de la CCI.

6. Mme ZHOU XIAOYAN (Chine) dit que, bien que sa délégation comprenne les préoccupations exprimées par l'Observateur de la Chambre de commerce internationale, elle est en faveur de la rétention du texte original. Le document à l'examen est une loi type et non une convention. Une loi type doit défendre le principe de l'autonomie des parties, tout en respectant le droit national. La délégation chinoise estime que le texte exprime un juste équilibre. Une solution de compromis pourrait consister à remplacer le dernier membre de phrase de l'article 5 par les mots "à moins que cette convention ne soit pas conforme aux dispositions obligatoires de la loi applicable".

7. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation n'oppose pas d'objection au libellé proposé par la délégation chinoise, ni à celui proposé par la CCI. Elle n'avait pas l'intention de faire d'observations sur l'article 5, mais elle se rend aux arguments avancés par la CCI. Vu que la Loi type a vocation de servir la communauté internationale des affaires, il importe d'examiner comment ses dispositions seront accueillies par cette communauté.

8. M. KURDI (Observateur de l'Arabie saoudite) dit que, par souci de clarté, sa délégation appuie la proposition de la CCI tendant à remplacer les mots "la loi applicable" par "les principes d'ordre public obligatoires".

9. M. KOTTUT (Kenya) dit que sa délégation préfère conserver le texte tel quel.

10. Mme LAHELMA (Observateur de la Finlande) dit que, bien que sa délégation préfère conserver l'article 5 tel quel, elle pourrait accepter la modification proposée par la délégation chinoise.

11. M. BAKER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] dit que le libellé de l'amendement de l'article 5 présenté par la CCI est emprunté au projet de guide pour l'incorporation, au paragraphe 111, duquel il est dit que l'article 5 "ne devrait pas être interprété à tort comme autorisant les parties à déroger à des règles obligatoires, par exemple à des règles adoptées pour des raisons d'ordre public". Une harmonisation du texte de l'article 5 et de celui du projet de guide réduirait le risque de confusion.

12. M. MADRID PARRA (Espagne) dit que sa délégation est en faveur de la rétention des mots "la loi applicable". Toutefois, le groupe de rédaction souhaitera peut-être envisager de remplacer le verbe "déroger" par une autre formulation.

13. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la plupart des délégations souhaitent que le texte de l'article 5 reste inchangé.

14. *Il en est ainsi décidé.*

Article 7, paragraphe 1

15. M. PÉREZ (Colombie), présentant la proposition colombienne de modification du paragraphe 1 de l'article 7, telle qu'elle est exposée dans le document A/CN.9/492, dit que, dans sa formulation actuelle, le paragraphe 1 semble signifier que les exigences de fiabilité de la signature électronique énoncées à l'article 6 ne seraient satisfaites que dans les circonstances décrites à l'article 7. Or cela restreindrait l'application des principes de neutralité technologique, de non-discrimination et d'autonomie des parties que reconnaît la Loi type. La délégation colombienne propose que le membre de phrase "sans préjudice de toute convention des parties pour utiliser une méthode de création de signature électronique" soit ajouté à la fin du paragraphe 1.

16. M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique) dit que les parties seraient libres d'établir par convention ou d'apporter ultérieurement devant un tribunal la preuve qu'une signature électronique particulière satisfait aux exigences de l'article 6, mais que le libellé actuel de l'article 7 pourrait être interprété comme signifiant qu'un État, ou une entité publique ou privée désignée par celui-ci, pourrait interdire à une partie de le faire. Une solution pourrait consister à limiter l'applicabilité du paragraphe 1 de l'article 7 au paragraphe 3 de l'article 6.

17. M. CAPRIOLI (France), appuyé par M. GAUTHIER (Canada), dit que sa délégation estime que la modification qu'il est proposé d'apporter au paragraphe 1 de l'article 7 est inutile, vu que la possibilité recherchée par la Colombie est déjà prévue au paragraphe 1 de l'article 6, qui contient la mention "y compris toute convention en la matière". La délégation française ne peut appuyer la proposition des États-Unis, qui ne porte que sur le paragraphe 3 de l'article 6, car le représentant de la Colombie s'est référé à l'article 6 dans son ensemble.

18. M. ZANKER (Observateur de l'Australie), appuyé par M. ENOUGA (Cameroun), partage le point de vue exprimé par les représentants de la France et du Canada. Si la question n'était pas déjà suffisamment couverte par l'article 6, elle le serait par l'article 5.

19. M. ARNOTT (Royaume-Uni) dit que sa délégation comprend le raisonnement qui sous-tend la proposition de la Colombie, mais estime que ce point est convenablement couvert par l'article 6 et qu'il n'est pas nécessaire d'apporter de changement à l'article 7.

20. M. PÉREZ (Colombie) dit que les observations de son gouvernement reproduites dans le document A/CN.9/492 contiennent une proposition tendant à ce que les normes internationales en matière de signatures électroniques soient déterminées par un organe international désigné par la Commission. Si cette proposition n'était pas retenue, l'article 7 devrait être modifié de telle sorte qu'il ne restreigne pas la liberté des parties d'utiliser des techniques de signature qui satisfont aux exigences de l'article 6.

21. M. JOZA (Observateur de la République tchèque) dit que l'article 7 habilite les personnes ou les autorités compétentes à déterminer quelles signatures électroniques doivent être considérées comme fiables. Une signature électronique acceptée par les parties doit au moins être étayée par une convention verbale, écrite ou conclue par des moyens électroniques. En cas de différend, une telle signature devra satisfaire aux critères de fiabilité définis à l'article 6. La délégation tchèque estime donc que la modification proposée est inutile.

22. M. CAPRIOLI (France) dit que l'expression "peut déterminer" au paragraphe 1 de l'article 7 permet à l'État adoptant de prendre des mesures pour déterminer la fiabilité, mais ne l'oblige pas à le faire. La France, par exemple, laisserait aux parties le soin de déterminer quelles signatures électroniques elles jugent appropriées.

23. M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique) dit que le représentant de la Colombie a soulevé un point important qui pourrait avoir des conséquences dans deux cas distincts. Dans le premier cas, à savoir lorsque les parties conviennent d'une forme de signature électronique différente de celles que l'entité désignée a déclarées fiables, il se demande si une telle convention serait exécutoire. Bien que le paragraphe 1 de l'article 6 dispose que toute convention en la matière doit être prise en compte, cette convention pourrait être invalidée par la loi applicable en vertu de l'article 5. Dans le deuxième cas, à savoir lorsque les parties utilisent une méthode de signature autre que celles indi-

quées par l'entité désignée mais sans avoir souscrit à une convention, il se demande si l'article 7 empêcherait les parties de chercher à prouver, dans le cadre d'un différend, que la méthode de signature utilisée présentait une fiabilité suffisante compte tenu des circonstances.

24. Mme ZHOU XIAOYAN (Chine) dit qu'il semble y avoir une contradiction entre le paragraphe 1 de l'article 7 et le paragraphe 1 de l'article 6 en ce qui concerne les critères permettant de déterminer la fiabilité des signatures électroniques. Il faudrait peut-être examiner de plus près la relation entre ces deux dispositions.

25. M. MADRID PARRA (Espagne) dit que, si toutes les délégations sont convenues de la nécessité de respecter le principe de l'autonomie des parties, certaines estiment que l'article 5, qui autorise des dérogations conventionnelles, est suffisant pour répondre à la préoccupation de la Colombie, tandis que d'autres estiment qu'un libellé plus explicite est nécessaire. Il souhaite faire valoir aux délégations favorables à la modification de l'article 7 que dans plusieurs paragraphes du projet de guide pour l'incorporation, notamment les paragraphes 127 et 133, il est dit explicitement que la Loi type n'a pas pour objet de limiter l'application du principe de l'autonomie des parties. Mentionner ce principe tout au long du texte de la Loi type irait à l'encontre de la bonne pratique rédactionnelle. Si des éclaircissements supplémentaires étaient jugés nécessaires, peut-être ce point pourrait-il être exposé plus en détail dans le guide.

26. M. GAUTHIER (Canada) convient avec le représentant de l'Espagne qu'aucune modification de l'article 7 n'est nécessaire. La Commission débat d'une loi type, et non d'une convention. L'autonomie des parties est établie en tant que principe directeur à l'article 5 du projet de loi type, et il y est fait référence à plusieurs reprises dans le projet de guide. L'article 6 décrit comment les exigences de fiabilité de la signature électronique peuvent être satisfaites, et l'article 7 ajoute que les États qui le souhaitent peuvent charger une entité publique ou privée de déterminer si une signature satisfait ou non à ces exigences. Il n'a été nullement envisagé de faire passer l'autonomie des parties au second plan. S'agissant de la rédaction, il serait exagéré de préciser au début de chaque paragraphe que celui-ci s'applique sous réserve de l'article 5.

27. M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique) dit que la question qui se pose n'est pas seulement celle de l'autonomie des parties, mais aussi celle de savoir si les parties peuvent apporter la preuve que la signature électronique choisie par elles est suffisamment fiable, même si elle ne figure pas sur la liste des signatures choisies par l'entité désignée.

28. M. CAPRIOLI (France) dit que sa délégation souscrit aux observations du représentant du Canada. Bien qu'un État adoptant puisse déterminer quelles signatures électroniques il juge les plus appropriées, le principe de l'autonomie des parties permet à celles-ci de convenir d'utiliser une technique de signature. Il n'y a donc pas de contradiction.

29. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) dit que sa délégation souscrit aux observations faites par les représentants du Canada et de la France. Elle ne peut pas appuyer la proposition des États-Unis tendant à rendre l'article 7 exclusivement applicable au paragraphe 3 de l'article 6, vu que le paragraphe 4 de l'article 6 dispose que le paragraphe 3 ne restreint pas la possibilité pour toute personne d'établir la fiabilité d'une signature électronique ou d'apporter la preuve de sa non-fiabilité.

30. M. PÉREZ (Colombie) dit que, ayant entendu les observations faites par les délégations et noté l'explication donnée au paragraphe 133 du projet de guide au sujet de la portée des conventions conclues par les parties quant à l'utilisation des techniques de signature, il peut accepter la nature discrétionnaire du paragraphe 1 de l'article 7. Peut-être le titre de l'article 7 pourrait-il être modifié pour être libellé comme suit: "Détermination de la fiabilité d'une signature", afin de traduire la relation entre cet article et l'article 6.

31. Le PRÉSIDENT dit que les titres des articles des textes de la CNUDCI sont purement indicatifs et que le groupe de rédaction pourrait étudier la suggestion de la Colombie. Il croit comprendre que la proposition de modification du paragraphe 1 de l'article 7 n'a pas reçu un appui suffisant et propose donc que le texte reste inchangé.

32. *Il en est ainsi décidé.*

Article 10 f

33. M. PÉREZ (Colombie), présentant la proposition de modification de l'alinéa *f* de l'article 10 figurant dans le document A/CN.9/492, dit que cette proposition se fonde sur l'expérience acquise par son gouvernement dans la mise en œuvre de la législation relative au commerce électronique. En Colombie, c'est à des organes d'audit indépendants qu'il incombe de déterminer si les autorités de certification ont les compétences techniques, financières et juridiques voulues pour s'acquitter de leur mandat. Il n'est pas jugé approprié que le prestataire de services de certification fasse lui-même une déclaration quant à la fiabilité de ses propres systèmes, procédures ou ressources humaines. La délégation colombienne propose que les termes "du prestataire de services de certification" soient remplacés par les termes "d'un organisme d'audit indépendant" de sorte que l'alinéa *f* du paragraphe 10 soit libellé ainsi: "L'existence d'une déclaration de l'État, d'un organisme d'accréditation ou d'un organisme d'audit indépendant concernant le respect ou l'existence des critères énumérés ci-dessus; ou".

34. M. MADRID PARRA (Espagne) dit que sa délégation pourrait accepter que l'on ajoute, dans l'alinéa *f* du paragraphe 10, les mots "d'un organisme d'audit indépendant", puisque l'article 10 contient une liste non exhaustive de facteurs permettant d'évaluer la fiabilité des systèmes, des procédures et ressources humaines utilisés par les prestataires de services de certification. Toutefois, elle ne peut accepter que soit supprimée la référence au prestataire de services de certification, dont les déclarations sont importantes dans le développement du commerce électronique.

35. M. GAUTHIER (Canada) dit que sa délégation souscrit aux observations faites par le représentant de l'Espagne. Si l'ajout de la mention d'un organisme d'audit indépendant est concevable, il serait regrettable d'omettre la référence aux autres organismes mentionnés à l'alinéa *f* du paragraphe 10.

36. M. CAPRIOLI (France) dit que sa délégation souscrit à l'opinion exprimée par les représentants de l'Espagne et du Canada. Il importe que le prestataire de services de certification puisse faire une déclaration relative à la conformité de ses services aux prescriptions. Une telle déclaration est obligatoire en France.

37. M. ARNOTT (Royaume-Uni) dit que sa délégation est elle aussi favorable au maintien de la référence au prestataire de services de certification. Il est important que celui-ci puisse faire des déclarations le concernant. Tout en pouvant accepter que l'on ajoute, à l'alinéa *f* du paragraphe 10, les mots "d'un organisme d'audit indépendant", sa délégation estime que ceux-ci sont déjà sous-entendus dans la mention "tout autre facteur pertinent" figurant à l'alinéa *g* du paragraphe 10.

La séance est suspendue à 15 h 30; elle est reprise à 16 heures.

38. M. KURDI (Observateur de l'Arabie saoudite) dit que sa délégation ne voit pas d'objection à ce que l'on fasse mention d'un organisme indépendant à l'alinéa *f* du paragraphe 10.

39. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission ne juge pas nécessaire de modifier l'alinéa *f* de l'article 10.

40. *Il en est ainsi décidé.*

Article 8, paragraphe 1, alinéa a

41. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que les observations reçues au cours de l'année écoulée de la part de juristes et d'entreprises ont montré clairement que les articles 8 à 11 devaient être modifiés, car s'ils étaient adoptés sans changement, ils auraient des effets négatifs sur l'économie des États et feraient obstacle au développement du commerce électronique. Sans ces changements, il ne serait pas possible d'obtenir du monde des affaires l'appui nécessaire pour légiférer, et le produit final ne rendrait pas justice au travail que la Commission a investi dans la Loi type sur le commerce électronique.

42. M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique), rappelant la proposition de sa délégation telle qu'elle figure dans le document A/CN.9/492/Add.2, dit qu'il a été constaté que l'application de l'alinéa 1 *a* de l'article 8 pourrait conduire à des problèmes, notamment lorsque la responsabilité du signataire pouvait être engagée parce que celui-ci n'avait pas pris des dispositions raisonnables pour éviter une utilisation non autorisée de ses données afférentes à la création de signature. Des problèmes de cet ordre se poseraient dans le contexte d'un système à clefs publiques, faisant obligation au signataire de préserver la confidentialité de sa clef privée. Bien souvent, les signataires ne savent que faire des clefs parce qu'ils n'ont pas les compétences techniques voulues et ils ignorent comment et où ces clefs sont archivées dans leur système informatique. Il n'est donc pas réaliste d'imposer simplement au signataire l'obligation inconditionnelle de prendre des dispositions raisonnables pour protéger la clef. La délégation des États-Unis propose que le membre de phrase "conformément aux pratiques commerciales acceptées" soit inséré après les mots "des dispositions raisonnables" à l'alinéa 1 *a* de l'article 8. Une obligation exprimée en ces termes pourrait être plus acceptable pour les signataires et serait susceptible de favoriser le commerce électronique.

43. M. ARNOTT (Royaume-Uni) dit que les dispositions du projet de loi type ne sont pas toutes applicables partout, mais que la Commission a été sensible au cours des deux années passées aux mouvements du marché et a modifié certains articles en conséquence. Néanmoins, certaines des propositions des États-Unis méritent d'être étudiées, car elles correspondent à des mises au point de dernière minute qui pourraient faire toute la différence. En ce qui concerne la modification qu'il est proposé d'apporter à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 8, la délégation du Royaume-Uni n'a pas d'objection à opposer au libellé "conformément aux pratiques commerciales acceptées", mais elle estime que cette formulation pourrait inciter les utilisateurs de la Loi type à poser la question de savoir par qui ces pratiques sont acceptées. Il considère donc que l'expression "conformément aux pratiques commerciales pertinentes" serait préférable au libellé proposé par les États-Unis.

44. M. MADRID PARRA (Espagne) dit que, tout en partageant le point de vue de la délégation des États-Unis en ce qui concerne le rôle de la Commission dans la promotion du commerce électronique, sa délégation ne pense pas que la modification proposée soit nécessaire dans le cas du système juridique espagnol. Toutefois, elle ne fera pas objection à cette modification si d'autres délégations estiment qu'elle est utile. Elle comprend la crainte qu'inspire à la délégation du Royaume-Uni le terme "acceptées" et considère que l'emploi d'un terme comme "habituelles" contribuerait à éviter toute confusion.

45. Mme MANGKLATANAKUL (Thaïlande) dit que sa délégation n'est pas opposée à l'ajout proposé par les États-Unis, sauf si celui-ci a pour effet d'imposer aux signataires l'obligation de prouver qu'ils se conforment aux pratiques commerciales acceptées en sus de leur obligation de prouver devant les tribunaux qu'ils ont pris des dispositions raisonnables. D'autres éclaircissements de la part de la délégation des États-Unis seraient les bienvenus.

46. M. BAKER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] dit que la CCI, qui représente des entreprises de plus de 140 pays, appuie pleinement l'observation générale formulée par les États-Unis au sujet des articles 8 à 11, et espère que la Commission restera déterminée à faire en sorte que les dispositions de la Loi type traduisent fidèlement les attentes de la communauté internationale des affaires. En ce qui concerne l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 8, la CCI appuie à la fois la proposition des États-Unis et la modification proposée par le Royaume-Uni.

47. M. JOZA (Observateur de la République tchèque) dit que sa délégation souhaiterait elle aussi obtenir un éclaircissement au sujet de l'expression "pratiques commerciales acceptées", car la protection des données afférentes à la création de signature est plus étroitement liée aux pratiques internes de sécurité qu'aux pratiques commerciales. Si la modification proposée par les États-Unis était adoptée, il pourrait être nécessaire de faire figurer une explication dans le projet de guide.

48. M. CAPRIOLI (France) dit que sa délégation ne peut appuyer ni la proposition des États-Unis, ni la modification proposée par le Royaume-Uni. Le marché de la signature électronique est un marché nouveau où il n'existe pour l'heure aucune pratique commerciale établie. "Pratiques acceptées" ou "pratiques pertinentes" sont des formulations vagues qu'il vaut mieux éviter.

49. M. BRITO DA SILVA CORREIA (Observateur du Portugal) dit que sa délégation souscrit aux observations faites par le représentant de la France. Un signataire saura ce qu'il faut entendre dans la pratique par "dispositions raisonnables" s'agissant de la protection de la clef privée, mais il aura du mal à concevoir ce qui constitue une pratique commerciale acceptée. La proposition des États-Unis pose plus de problèmes qu'elle n'en résout.

50. M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique), se référant aux observations faites par la représentante de la Thaïlande, dit que la modification proposée vise à alléger la charge qui pèse sur le signataire, en particulier sur un marché axé sur la technologie où l'adoption de dispositions qui paraissent raisonnables pour protéger les données afférentes à la création de signature de toute utilisation non autorisée peut placer le signataire dans une situation où il n'a pas les capacités techniques voulues pour mettre en œuvre le mécanisme de protection. Bien que la délégation des États-Unis admette qu'il n'existe pas actuellement de pratiques commerciales établies en matière de signatures électroniques, elle se demande comment on pourrait, sans se référer à la pratique effective, imposer aux signataires l'obligation de prendre des dispositions raisonnables. La proposition du Royaume-Uni de remplacer "acceptées" par "pertinentes" pourrait contribuer à résoudre ce problème.

51. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) dit que, comme il n'existe pas encore de pratiques commerciales acceptées dans le secteur naissant de la signature électronique, sa délégation ne peut accepter l'application d'une norme de diligence dépourvue de sens. L'O bservateur de la République tchèque a signalé que cette question avait davantage trait aux pratiques de sécurité interne qu'aux pratiques commerciales. Tout ce que l'article 8 exige du signataire qui a généré des données afférentes à la création de signature, soit seul ou avec le concours d'un organisme

de certification, soit par convention avec une autre partie à une opération commerciale, est qu'il s'engage à préserver le caractère confidentiel de ces données.

52. M. GAUTHIER (Canada) dit que sa délégation ne partage pas le pessimisme exprimé par la délégation des États-Unis en ce qui concerne les articles 8 à 11 et ne pense pas que l'expression "dispositions raisonnables" puisse poser des difficultés du point de vue tant du droit de tradition romaine que de la *common law*. Si l'on estime nécessaire d'apporter un ajout à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 8, la proposition du Royaume-Uni va dans le bon sens. Peut-être le problème pourrait-il être résolu par l'ajout d'un paragraphe ou d'une phrase ainsi libellé: "Pour déterminer ce qui constitue des dispositions raisonnables, il peut être tenu compte d'une éventuelle pratique commerciale pertinente." Une autre solution pourrait consister à traiter de cette question dans le projet de guide.

53. M. BAKER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] dit que la CCI peut difficilement souscrire à l'idée qu'il existe des pratiques commerciales "acceptées", mais qu'elle peut plus facilement admettre qu'il existe des pratiques commerciales "pertinentes". Elle juge donc acceptable la proposition de la délégation canadienne.

54. M. CAPRIOLI (France) dit que le texte proposé par la délégation des États-Unis ne produirait pas l'effet souhaité, mais ajouterait à la confusion sur un marché où l'information technique relative aux systèmes utilisés n'est pas, tant pour des motifs de sécurité que pour des raisons économiques, accessible à tous sur un pied d'égalité. Bien qu'il ne faille pas nécessairement attendre que tous les utilisateurs possèdent des connaissances techniques, ceux-ci devraient être censés connaître l'étendue de leur responsabilité. Le marché de la signature électronique est un marché concurrentiel sur lequel on trouve aussi bien des systèmes d'archivage hautement sécurisés que des systèmes d'archivage sur disque dur plus économiques mais moins sûrs. Si, par exemple, la clef privée d'un signataire était archivée sur un système à disque dur et si le serveur subissait les conséquences d'une protection insuffisante, il serait difficile à un juge de déterminer ce qui constitue des dispositions raisonnables par référence à la pratique commerciale.

La séance est levée à 17 heures 5.

Compte rendu analytique de la 725e séance

Mercredi 4 juillet 2001, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.725]

Président: M. Abascal ZAMORA (Mexique)

La séance est ouverte à 9 h 40.

PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES ET PROJET DE GUIDE POUR SON INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE *(suite)* (A/CN.9/ 492 et Add.1 et 2 et A/CN.9/493)

Article 8, paragraphe 1 a (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT rappelle que la Commission, à sa séance précédente, a examiné une proposition des États-Unis d'Amérique tendant à modifier comme suit le libellé du paragraphe 1 *a* de l'article 8: "prend des dispositions raisonnables, conformément aux pratiques commerciales établies, pour éviter toute utilisation non autorisée de ses données afférentes à la création de signature". Le Royaume-Uni a par la suite proposé de remplacer le membre de phrase "pratiques commerciales établies" par "pratique commerciale pertinente". Les délégations ont été toutefois nombreuses à insister pour que le texte initial soit maintenu. Le représentant du Canada a dit que le problème pourrait être résolu par l'insertion d'un texte additionnel non seulement au paragraphe 1 *a* de l'article 8, mais aussi dans les autres paragraphes.

2. M. LEE SUNG-KYU (Observateur de la République de Corée) dit que sa délégation répugne à insérer un membre de phrase quelconque après les mots: "dispositions raisonnables". Il appartient au juge de définir ce que sont des "dispositions raisonnables" et un juge avisé prendra les pratiques commerciales acceptées en considération dans chaque cas d'espèce. La délégation de la République de Corée n'est pas d'avis qu'il faille interpréter la notion de "dispositions raisonnables" d'une manière moins rigoureuse, car même si l'on pouvait ainsi inciter un plus grand nombre de personnes à recourir au commerce électronique, on réduirait en revanche la responsabilité du point de vue de l'utilisateur. Certains utilisateurs pourraient éviter de recourir aux signatures électroniques précisément à cause d'une telle interprétation moins rigoureuse.

3. M. GAUTHIER (Canada) estime que le membre de phrase "pour déterminer ce qui constitue des dispositions raisonnables, il peut être tenu compte d'une éventuelle pratique commerciale pertinente" pourrait être inséré après le paragraphe 1 *a* de l'article 8, ou devenir l'alinéa *a* ii dudit paragraphe. Cela serait largement conforme à ce que la Commission a fait à l'article 10.

4. M. LEBEDEV (Fédération de Russie) dit que sa délégation souscrit à l'idée générale formulée par le représentant des États-Unis, à savoir qu'il est important que le projet de loi type encourage un recours plus large aux nouvelles technologies. Les innovations technologiques, notamment celles qui intéressent les opérations commerciales internationales, suscitent dans un premier temps de sérieuses réticences et il est très important que les utilisateurs des nouvelles technologies soient sûrs que celles-ci sont fiables.

5. En ce qui concerne les amendements proposés et la référence à la pratique acceptée ou pertinente, la délégation de la Fédération de Russie se demande comment on peut savoir de quel genre de pratique il s'agit. Lorsque la Loi type sera effectivement appliquée, le terme "pratique" sera peut-être interprété comme désignant la pratique internationale et non la pratique d'un État donné ou celle d'un secteur donné dans cet État. Si la Commis-

sion décide d'incorporer une référence à la pratique dans le projet de loi type, elle devra s'assurer que cette pratique sera interprétée non pas comme une pratique locale, mais comme la pratique internationale.

6. Mme ZHOU XIAOYAN (Chine) indique que sa délégation peut accepter la proposition présentée par le Royaume-Uni ou la proposition de compromis faite par le représentant du Canada.

7. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) dit que sa délégation comprend la préoccupation exprimée par les États-Unis qui estiment qu'il est dangereux de fixer des normes trop élevées pour l'utilisateur. Il se demande en revanche si une référence à la "pratique commerciale pertinente" produirait les résultats souhaités. En faisant référence à cette pratique commerciale, la Commission relèverait la norme au lieu de l'abaisser. Il faut examiner ce que l'on peut raisonnablement attendre d'une personne n'ayant que des connaissances commerciales ou techniques moyennes; à cet égard, les mots "dispositions raisonnables" semblent bien choisis et devraient être retenus. Si la Commission décide de ne pas les conserver, la délégation suisse pourra accepter la proposition de compromis faite par le Canada.

8. M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique) et M. BRITO DA SILVA CORREIA (Observateur du Portugal) appuient la proposition du représentant du Canada.

9. M. CAPRIOLI (France) dit que sa délégation reste convaincue que le mot "raisonnables" est suffisant. Par souci de clarté, la pratique commerciale acceptée ou pertinente pourrait être discutée dans le projet de guide pour l'incorporation de la Loi type.

10. M. MAZZONI (Italie) estime que les observations faites par le représentant de la Fédération de Russie sont très pertinentes, car le véritable danger vient de la possibilité d'appliquer des normes nationales pour déterminer le caractère "raisonnable" des dispositions, ce qui pourrait causer le problème que l'article 4 cherche à éviter. Si la Commission souhaite faire en sorte que la norme énoncée au paragraphe 1 *a* de l'article 8 soit la bonne, il faut mettre l'accent sur son caractère international. M. Mazzoni propose d'inclure dans l'article 8 le membre de phrase suivant: "pour déterminer ce qui constitue des dispositions raisonnables, il doit être tenu compte des pratiques internationales bien établies et largement reconnues, s'il en existe". Ce libellé garantirait que les juges appliquent des normes internationales et permettrait de tenir compte des pratiques qui apparaîtront à l'avenir.

11. Selon M. ARNOTT (Royaume-Uni), la Commission devrait veiller à ne pas restreindre la portée de l'expression simple "dispositions raisonnables" en appelant l'attention sur une question particulière dont il faut tenir compte alors que d'autres sont exclues ou écartées. Ce point devrait être précisé dans le Guide.

12. Mme MANGKLATANAKUL (Thaïlande) dit que, de l'avis de sa délégation, il n'est pas nécessaire de compléter la notion de dispositions raisonnables énoncée au paragraphe 1 *a* de l'article 8. Si la Commission veut toutefois la préciser, la proposition du représentant du Canada serait acceptable. La proposition de l'Italie est très rigide et poserait des problèmes.

13. Selon M. PÉREZ (Colombie), toute référence à une pratique commerciale acceptée ou pertinente restreindrait l'application du paragraphe 1 *a* de l'article 8. Le texte devrait rester en l'état. Il serait toutefois utile de faire référence à la pratique commerciale acceptée ou pertinente dans le projet de guide.

14. M. MARADIAGA (Honduras) dit que le libellé du paragraphe 1 *a* de l'article 8 est tout à fait clair. La délégation du Honduras estime, comme les représentants de la France et de la Colombie, que les mots "dispositions raisonnables" sont suffisants.

15. M. MOHAN (Singapour) s'étonne que ce soient précisément les représentants des pays où la notion de dispositions raisonnables est bien établie qui proposent des amendements au paragraphe 1 *a* de l'article 8. La délégation singapourienne appuie les délégations qui sont favorables au maintien du libellé actuel du paragraphe 1 *a* de l'article 8. La notion de dispositions raisonnables laisse une marge de manœuvre et permettra aux juges de tenir compte des pratiques commerciales nouvelles dès qu'elles apparaîtront.

16. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) dit que sa délégation continue à être opposée à toute référence aux pratiques commerciales. S'il était forcé de faire un choix entre les propositions canadienne et italienne, il choisirait la dernière, parce qu'elle fait référence à la pratique commerciale internationale, fournissant ainsi des garanties d'uniformité.

17. M. JOKO SMART (Sierra Leone) dit que sa délégation appuie les opinions exprimées par les délégations de Singapour, de la Colombie, de la République de Corée et de la Thaïlande. Toute restriction de portée de la notion de "dispositions raisonnables" entraînerait une interprétation étroite de ce terme, qui est bien connu dans tous les systèmes judiciaires.

18. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) ne peut, pour les raisons données par le représentant de Singapour, appuyer aucun des deux amendements proposés.

19. M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique) dit que c'est précisément l'expérience de son pays concernant la notion de dispositions raisonnables qui a incité sa délégation à présenter sa proposition. La jurisprudence des États-Unis montre que les parties tenues de prendre des dispositions raisonnables ont souvent été obligées d'entreprendre des activités qui ne constituaient pas nécessairement des pratiques commerciales acceptées à l'époque. Dans un cas particulier, il a été décidé que le recours à la radiotransmission, qui n'était pas une technique couramment utilisée sur le plan commercial, était néanmoins indispensable pour respecter l'obligation de prendre des dispositions raisonnables. La délégation des États-Unis a donc pour souci de veiller à ce que la norme appliquée en la matière soit appropriée.

20. M. UCHIDA (Japon), appuyé par Mme GAVRILESCU (Roumanie), estime que le texte devrait rester inchangé et que les éléments à prendre en compte pour déterminer si des dispositions raisonnables sont prises devraient être expliqués dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type.

21. M. ADENSAMER (Autriche) souhaite lui aussi que le texte reste inchangé.

22. Le PRÉSIDENT constate qu'un consensus clair se dégage en faveur du maintien du texte établi par le Groupe de travail, mais qu'il faudrait faire référence dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type aux éventuelles pratiques commerciales internationales.

23. *Il en est ainsi décidé.*

Article 8, paragraphe 1 b

24. M. FIELD (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation craint que les obligations que le paragraphe 1 *b* de l'article 8 impose au signataire ne soient impossibles à remplir dans certains cas. Dans ce qu'on appelle habituellement un système fermé, les signataires peuvent localiser toutes les parties se fiant à la signature et sont donc en mesure de les aviser. Toutefois, dans les systèmes ouverts, comme dans le cas des cartes de crédit, il se peut qu'un certain nombre de parties se fiant à la signature ne puissent pas être immédiatement localisées par le signataire. En principe, il est rare que celui-ci soit la personne qui a

mis en place le système de notification et il n'a donc guère d'emprise sur ce système. La proposition figurant dans le document A/CN.9/492/Add.2 vise à tenir compte du fait que les signataires ne peuvent aviser les parties se fiant à la signature dans la mesure permise par les procédures mises à leur disposition. Selon cette proposition, l'alinéa serait modifié de manière à se lire comme suit: "*b)* déploie, sans retard injustifié, des efforts raisonnables pour entamer les procédures éventuelles lui permettant d'aviser les parties se fiant à la signature électronique si:".

25. Selon M. ENOUGA (Cameroun), la proposition faite par le représentant des États-Unis affaiblit l'obligation au point de la rendre quasiment inopérante et devrait donc être rejetée.

26. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) dit que sa délégation appuie l'orientation générale de la proposition des États-Unis, qui semble cependant pêcher par excès d'indulgence. La formule "efforts raisonnables" devrait donc être renforcée. M. Markus n'appuie pas la proposition de remplacer le membre de phrase "toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique..." par les mots "les parties se fiant à la signature électronique", puisque les signataires ne sont pas censés connaître l'identité de toutes ces parties.

27. M. ARNOTT (Royaume-Uni) pense comme l'Observateur de la Suisse que le libellé "toute personne dont il peut raisonnablement penser..." est préférable à l'expression "les parties se fiant à la signature électronique". Il faudrait aussi conserver le passage du texte initial se référant à toute personne qui "fournit des services visant à étayer la signature électronique", lequel a été supprimé dans la proposition des États-Unis, car le prestataire de services de certification doit si possible être avisé, d'autant qu'il est peut-être aussi chargé de tenir la liste de révocation. La délégation du Royaume-Uni peut toutefois accepter qu'il soit fait mention des "efforts raisonnables" et des "procédures éventuelles" comme cela est proposé.

28. M. BAKER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] estime que si l'article 8 traite spécialement de la question de la sécurité, le partage bien équilibré des responsabilités constitue la considération la plus importante. La délégation de la Chambre de commerce internationale est favorable à ce que la notion d'"efforts raisonnables" soit introduite dans le texte pour les raisons données par le représentant des États-Unis et dans un souci de cohésion avec les autres parties de l'article 8. Comme l'Observateur de la Suisse et le représentant du Royaume-Uni, M. Baker souhaite toutefois conserver le texte initial après le mot "injustifié".

29. Selon M. CAPRIOLI (France), la Commission revient sur du terrain connu. Par ailleurs, comme le représentant du Cameroun l'a noté, la proposition est si floue qu'elle vide quasiment la disposition de toute substance. Le texte actuel doit être conservé.

30. M. TATOUT (France) indique que sa délégation craint comme les États-Unis que le signataire ne connaisse pas nécessairement le mode de fonctionnement technique du système qu'il utilise. Toutefois, ce n'est pas une raison de diluer la responsabilité du signataire. Le texte doit établir clairement les responsabilités de chaque partie, y compris celles du signataire, car le succès de la technique des signatures électroniques en dépend. Le développement des signatures électroniques et de la sécurité des technologies de l'information se poursuit sur un marché hautement concurrentiel, ce qui aggrave le déséquilibre entre prestataires et utilisateurs en matière d'information. Il est donc d'autant plus important de définir clairement les responsabilités. En mettant l'accent sur la responsabilité du signataire, on a indiqué par un message très fort que les prestataires ont le devoir de tenir les utilisateurs bien informés.

Suspendue à 10 h 40, la séance est reprise à 11 h 15.

31. M. MADRID PARRA (Espagne) dit que la délégation espagnole partage les préoccupations que le représentant des États-Unis a exprimées quant au paragraphe 1 *b* de l'article 8. Le paragraphe 139 du Guide ne tient pas pleinement compte des échanges de vues sur cette disposition dont on peut estimer qu'elle impose au signataire une responsabilité excessive, à savoir faire en sorte que toute personne se fiant à la signature soit localisée et avisée dès qu'il y a un risque que les données afférentes à la création de signatures aient été compromises. Toutefois, l'intention était simplement de garantir que, dans de tels cas, le signataire informe, par exemple, la partie chargée de tenir la liste de révocation des certificats et s'efforce de bonne foi d'aviser toute autre partie qui doit raisonnablement en être informée comme les partenaires commerciaux qui se fient à la signature. Le paragraphe 139 du Guide devrait insister sur ces considérations et faire aussi référence à l'article 15 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui définit l'expédition et la réception de messages, indiquant clairement que l'obligation d'aviser ne signifie pas nécessairement que les tiers doivent recevoir le message, mais seulement que le message doit être expédié. Une référence à ces questions dans le Guide serait un moyen plus efficace de les régler que l'insertion dans la Loi type d'un membre de phrases susceptible de prêter à confusion comme celui proposé par la délégation des États-Unis.

32. M. JOKO SMART (Sierra Leone) croit comprendre que le paragraphe 1 *b* de l'article 8 vise à imposer au signataire l'obligation d'aviser, sans retard injustifié, toute personne se fiant à la signature ou fournissant des services visant à étayer la signature électronique. Cette notification peut être faite par tout moyen disponible conformément au droit national. À son avis, la proposition des États-Unis est incompatible avec cette intention, puisqu'il y est seulement question d'engager des procédures qui permettent d'aviser les parties. Le texte établi par le Groupe de travail doit donc être maintenu.

33. M. MARADIAGA (Honduras) est favorable à ce que le paragraphe 1 *b* de l'article 8 reste inchangé. Les sous-alinéas i et ii de alinéa *b* précisent les circonstances dans lesquelles une notification est requise. Un signataire agissant de bonne foi qui sait que les données afférentes à la création de signature ont été compromises a le devoir d'aviser toute personne qui est ainsi exposée à un risque.

34. M. JOZA (Observateur de la République tchèque) est disposé à appuyer la proposition du Royaume-Uni, qui combine certains aspects de la proposition des États-Unis et du texte existant. Cependant, le paragraphe 1 *b* de l'article 8 doit être interprété comme exprimant non seulement une obligation, mais aussi une nécessité pour tout signataire qui ne souhaite pas assumer de responsabilité. Il peut se révéler impossible pour un signataire d'aviser "toute personne" dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à une signature alors que les données afférentes à la création de celle-ci ont été compromises. Mais cela ne vaut pas pour un prestataire de services de certification. Dans ce cadre de relations, le signataire a l'obligation absolue de notifier toute utilisation non autorisée s'il ne veut pas que sa responsabilité puisse être engagée.

35. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) n'est pas convaincu par les arguments présentés en faveur de la modification du paragraphe 1 *b* de l'article 8. Les signatures électroniques seront sans doute utilisées par des personnes qui concluent des contrats ou qui ont des relations raisonnablement suivies avec des clients ou d'autres partenaires. Une entreprise entièrement informatisée qui dispose d'une base de données sur les personnes avec lesquelles elle effectue des opérations régulières ne devrait pas éprouver des difficultés particulières à aviser ces personnes si les données afférentes à la création de signature viennent à être altérées ou à manquer de fiabilité. Le prestataire de services de certification doit être bien entendu avisé immédiatement. M. Zanker est favorable à ce que le texte reste inchangé.

36. M. GAUTHIER (Canada) dit que sa délégation estime que le texte proposé par le Groupe de travail est tout à fait acceptable et que le projet d'amendement où figure le membre de phrase "peut entamer les procédures éventuelles" est foncièrement inacceptable. Dans tout débat de principe, on tendrait à se concentrer sur la question de savoir si le paragraphe 1 *b* devrait énoncer une obligation de résultats ou une obligation de moyens. C'est ce que semble sous-tendre les amendements actuellement à l'étude. S'il est décidé de modifier le texte, le changement le plus acceptable consisterait, de l'avis de M. Gauthier, à atténuer le membre de phrase initial pour qu'il se lise comme suit: "sans retard injustifié, fait des efforts raisonnables pour aviser toute personne".

37. M. MAZZONI (Italie) pense d'une manière générale comme le représentant du Canada que le texte existant est acceptable. L'amendement proposé par le Canada serait aussi acceptable à condition que l'on remplace les mots "fait des efforts raisonnables" par "fait tous les efforts possibles".

38. Mme MANGKLATANAKUL (Thaïlande) appuie la proposition des États-Unis, avec l'amendement proposé par le représentant du Royaume-Uni. Il faudrait conserver la référence aux "procédures éventuelles", car elle aiderait le signataire à déterminer les mesures à prendre pour aviser les parties concernées.

39. Pour M. KOTTUT (Kenya), le texte actuel est acceptable, même s'il établit en matière de notification des exigences très élevées que le signataire pourrait ne pas être en mesure de satisfaire dans certaines circonstances. En revanche, le libellé de la proposition des États-Unis est extrêmement vague et n'indique pas clairement que le signataire est tenu d'adresser une notification lorsque les données afférentes à la création de signature ont été compromises. M. Kottut est donc disposé à appuyer l'amendement proposé par le représentant du Canada.

40. M. ALHWEIJ (Observateur de la Jamahiriya arabe libyenne) est favorable à ce que le libellé initial du paragraphe 1 *b* de l'article 8 soit maintenu.

41. M. BRITO DA SILVA CORREIA (Observateur du Portugal) marque sa préférence pour le texte proposé par le Groupe de travail et souscrit aux observations faites par les représentants de la France et du Canada. D'une part, le libellé "sans retard injustifié" est suffisamment souple pour répondre aux besoins pratiques; de l'autre, il importe d'énoncer une obligation de notification orientée vers le résultat.

42. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) suggère un compromis qui combinerait les différents amendements proposés. La proposition du représentant du Canada, telle que modifiée par le représentant de l'Italie, répond à la préoccupation que lui inspire le libellé trop vague de la proposition des États-Unis. En même temps, le membre de phrase de la proposition des États-Unis où il est fait mention des "procédures éventuelles lui permettant d'aviser" pourrait être incorporé dans le texte initial. Il appartient au prestataire de services de certification de mettre de telles procédures à la disposition du signataire, qui n'est pas nécessairement familiarisé avec les procédures électroniques.

43. M. ARNDT (Observateur de la Pologne) appuie la proposition de l'Observateur de la Suisse.

44. M. PÉREZ (Colombie) souscrit à la proposition faite par l'Observateur de la Suisse, qui retient l'esprit de la version initiale du paragraphe 1 *b* de l'article 8, tout en en améliorant l'équilibre général.

45. M. ARNOTT (Royaume-Uni) appuie également la proposition de l'Observateur de la Suisse. Il préfère toutefois les mots "fait des efforts raisonnables" à "fait tous les efforts possibles", parce que cette dernière exigence serait assez difficile à satisfaire.

46. M. FIELD (États-Unis d'Amérique), peut appuyer le compromis proposé par l'Observateur de la Suisse.

47. Selon M. MADRID PARRA (Espagne), toute diminution du risque encouru par le signataire entraînerait une augmentation proportionnelle du risque pour les tiers qui se fient à la signature, réduisant ainsi l'intérêt qu'ils auraient à accepter des signatures électroniques. Si le signataire fait un effort raisonnable sans pour autant aviser un client régulier de ce que les données ont été compromises, le client peut de ce fait subir un préjudice. Il importe de faire en sorte que le risque soit partagé de manière équilibrée.

48. M. CAPRIOLI (France), tout en admettant que le texte du paragraphe 1 *b* pose des problèmes d'interprétation à certaines délégations, continue à être favorable à ce qu'il reste inchangé. La dichotomie qui existe entre, d'une part, les parties se fiant à la signature et, de l'autre, le prestataire de services de certification est le point principal. M. Caprioli propose de remplacer les mots "fait des efforts raisonnables pour aviser" par "aviser de manière diligente", ce qui clarifie les relations entre les parties contractantes, qui se fient aux signatures et doivent être avisées, et le prestataire de services de certification, dont la tâche consiste à établir une liste des certificats qui ont été révoqués. En l'absence de notification, le prestataire de services est dégagé de cette obligation, qui est le pendant de l'obligation qui pèse sur le signataire.

49. M. BAKER (Observateur de la Chambre de commerce internationale) appuie le compromis proposé par l'Observateur de la Suisse, de préférence sous la forme modifiée par le représentant du Royaume-Uni.

50. Mme ZHOU XIAOYAN (Chine) souscrit à l'observation faite par le représentant de l'Espagne à propos des conséquences fâcheuses que toute réduction du risque assumé par le signataire pourrait avoir pour la partie se fiant à la signature, ce qui entamerait la confiance dans le commerce électronique. Les droits et devoirs des différentes parties devraient être répartis de manière équilibrée. Mme Zhou Xiaoyan appuie l'amendement proposé par le représentant de la France.

51. Le PRÉSIDENT propose que les représentants des États-Unis, du Canada, de la France et de l'Italie, l'Observateur de la Suisse et toute autre partie intéressée tiennent des consultations officieuses afin d'établir un texte commun du paragraphe 1 *b* de l'article 8 que la Commission examinera à sa prochaine séance.

52. *Il en est ainsi décidé.*

Article 8, paragraphe 2

53. M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique) indique que la question abordée par sa délégation dans le document A/CN.9/492/Add.2, celle de la responsabilité, intéresse également le paragraphe 2 de l'article 9 et figure parmi les plus importants sujets que la Commission est appelée à examiner. Elle a aussi été le sujet de préoccupations le plus souvent mentionné par les représentants de l'industrie et des milieux d'affaires.

54. La Loi type ne doit pas empêcher le recours au commerce électronique ni répartir le risque de façon inappropriée entre les parties. Le libellé actuel du paragraphe 2 de l'article 8 n'offre pas la souplesse nécessaire à l'épanouissement du commerce électronique. En particulier, les mots "est responsable" vont trop loin dans l'allocation du risque et la détermination de la responsabilité. Ce libellé néglige le fait que certains systèmes juridiques prévoient une responsabilité relative des parties et non la responsabilité absolue d'une seule partie. Il y a aussi des différences entre les législations nationales. Par exemple, en Australie, les

détenteurs de cartes de crédit sont, semble-t-il, responsables de l'usage abusif de leurs cartes, alors qu'aux États-Unis et dans d'autres pays ils ne le sont pas nécessairement. Par ailleurs, le libellé ne tient pas compte des cas où les manquements visés ne causeraient pas de préjudice.

55. Le texte actuel du projet de loi type énonce deux normes différentes pour l'allocation du risque et la responsabilité. Les projets d'articles 8 et 9, qui concernent respectivement le signataire et le prestataire de services de certification, contiennent le libellé "est responsable de tout manquement", alors que le projet d'article 11, qui concerne la partie se fiant à la signature, se lit comme suit: "assume les conséquences juridiques découlant du fait qu'elle s'est abstenue de". Il faudrait réviser le libellé du paragraphe 2 de l'article 8 afin de tenir compte de la norme utilisée à l'article 11, laissant aux tribunaux et au législateur le soin d'imposer différents degrés de responsabilité dans différentes circonstances. Le texte se lirait donc comme suit: "Un signataire assume les conséquences juridiques de tout manquement ...".

56. M. SORIEUL (secrétariat) dit que le Groupe de travail, à sa session précédente, a examiné d'une manière assez approfondie la question soulevée par le représentant des États-Unis et a noté que le libellé des articles 8 et 9 pourrait être interprété comme créant un régime de responsabilité objective opposable au signataire et au prestataire de services de certification — ce qui n'avait jamais été l'intention du Groupe de travail. La proposition présentée par la délégation des États-Unis paraît conforme aux vœux du Groupe de travail.

57. Selon M. MAZZONI (Italie), la partie se fiant à la signature ne saurait avoir d'obligation et ne peut que subir les conséquences du risque assumé, alors que le signataire et le prestataire de services de certification ont l'obligation de prendre certaines mesures. À condition que le texte conserve cette distinction importante, la délégation italienne n'est pas opposée à l'idée de rechercher pour les articles 8 et 9 un autre libellé qui adoucisse le membre de phrase "est responsable". On ne ferait toutefois pas passer le bon message en reprenant le libellé du projet d'article 11.

58. M. GAUTHIER (Canada) dit que la délégation canadienne peut accepter l'amendement proposé par le représentant des États-Unis dans la mesure où il précise l'intention de la Commission. De l'avis de sa délégation, le changement de libellé proposé ne modifie aucunement la disposition quant au fond.

59. M. MADRID PARRA (Espagne) appuie pleinement la position du représentant de l'Italie: il existe une différence fondamentale entre le signataire et le prestataire de services de certification, d'une part, et la partie se fiant à la signature, de l'autre, et la Loi type doit mettre en évidence cette différence. Le signataire est lié par un contrat et le prestataire de services de certification fait des déclarations publiques et reçoit des paiements, si bien que tous les deux assument une responsabilité. La partie se fiant à la signature, en revanche, n'assume des risques que dans la mesure où elle fait excessivement confiance au prestataire de services de certification ou au signataire.

60. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en sa qualité de membre de la Commission, note que la Loi type établirait automatiquement la responsabilité conformément à la législation nationale. Aux États-Unis et dans d'autres pays de *common law,* il s'agirait d'une responsabilité objective. Selon le système juridique mexicain, toutefois, la responsabilité ne serait pas absolue dans bien des cas. Si la Loi type définissait une telle responsabilité absolue, ces cas seraient exclus.

61. M. LEE SUNG-KYU (Observateur de la République de Corée) dit que sa délégation appuie pleinement l'amendement proposé par la délégation des États-Unis.

62. M. BAKER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] dit qu'il est peut-être nécessaire d'établir une distinction entre le signataire, le prestataire de services et la partie se fiant à la signature, mais l'essentiel est d'éviter toute confusion en ce qui concerne les concepts de responsabilité, et on peut certainement le faire tout en conservant cette distinction. Il appuie le projet d'amendement du paragraphe 2 présenté par les États-Unis, étant entendu qu'il sera peut-être nécessaire de mettre en évidence la distinction sur laquelle la délégation italienne a appelé l'attention.

63. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) appuie la proposition des États-Unis. Il n'est pas nécessaire en l'occurrence de faire une distinction entre les signataires, les prestataires de services de certification et les parties se fiant à la signature qui peuvent tous jouer un rôle dans une situation où des données sont altérées et avoir à assumer une responsabilité ou les conséquences juridiques découlant d'un tel incident.

64. M. CAPRIOLI (France) souscrit à l'opinion exprimée par les représentants de l'Espagne et de l'Italie en ce qui concerne la nécessité d'établir une distinction entre les signataires, les prestataires de services de certification et les parties se fiant à la signature. Le libellé actuel, qui établit cette distinction, doit être conservé. Le texte évoque seulement la question de la responsabilité et il appartiendra à la législation nationale de déterminer l'étendue de cette responsabilité.

65. M. SORIEUL (secrétariat) dit que le Groupe de travail n'a pas réussi à établir un régime de responsabilité qui tienne compte de toutes les distinctions pouvant être faites entre les trois parties et a donc décidé de s'en remettre à la loi locale applicable. Cela est indiqué de façon explicite et claire à l'article 11, mais le libellé actuel des articles 8 et 9 pourrait être interprété comme imposant l'obligation d'apporter à la loi locale une modification établissant la responsabilité objective ou absolue du signataire ou du prestataire de services de certification. Cela n'a pas été l'intention du Groupe de travail et pourrait nuire à l'acceptabilité de la Loi type. La Commission devrait s'efforcer de préciser le texte afin d'écarter le risque d'une telle interprétation erronée. Il ne s'agit pas d'éliminer la distinction entre le degré de responsabilité des différentes parties, qui est bien entendu régi par la loi locale.

66. M. ARNOTT (Royaume-Uni) fait part des préoccupations que lui inspirent les mots "est responsable" qui, dans son pays, pourraient être interprétés comme dénotant une responsabilité objective. Bien que telle n'ait apparemment pas été l'intention, les praticiens du commerce électronique ont indiqué dans leurs observations qu'ils considéraient que ces mots étaient excessivement forts. La proposition présentée par la délégation des États-Unis mérite donc d'être fermement appuyée. La distinction entre les trois parties serait en tout cas réglée par la loi nationale. Toutefois, il serait peut-être possible de modifier le projet d'article 11 afin de tenir compte de cette distinction.

67. M. LEBEDEV (Fédération de Russie) estime que l'essentiel réside moins dans le libellé de la disposition que dans les questions de fond qui la sous-tendent. Si la Commission souhaite établir une responsabilité objective, elle doit le faire. Si elle estime en revanche que les questions de responsabilité doivent être tranchées conformément à la loi nationale, la question du libellé sera dans une large mesure secondaire. La Commission doit arrêter sa position à cet égard. M. Lebedev estime que la responsabilité devrait être régie par la loi locale. La disposition qui sera adoptée devra traduire les opinions de la Commission et pas seulement celles du Groupe de travail.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 726e séance

Mercredi 4 juillet 2001, à 14 heures

[A/CN.9/SR.726]

Président: M. Abascal ZAMORA (Mexique)

La séance est ouverte à 14 h 10.

PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES ET PROJET DE GUIDE POUR SON INCORPORATION DANS LE DROIT INTERNE *(suite)* (A/CN.9/492 et Add. 1 à 3 et 493)

Articles 8, 9 et 11

1. M. MAZZONI (Italie) dit que, puisqu'il faut trouver une expression autre que "est responsable", qui soit applicable non seulement au signataire mentionné à l'article 8, mais aussi au prestataire de services de certification mentionné à l'article 9, sa délégation propose que le paragraphe 2 de l'article 8 soit libellé comme suit: "Un signataire assume la responsabilité ou toute autre conséquence juridique applicable de tout manquement aux exigences du paragraphe 1". Il ressortirait ainsi clairement qu'un tel manquement, outre qu'il engagerait sa responsabilité, aurait d'autres conséquences pour le signataire, par exemple il ne pourrait plus refuser de reconnaître la signature électronique, ce qui n'est pas une question de responsabilité mais d'obligation contractuelle. Ce libellé pourrait, au moins en partie, répondre aux préoccupations de la délégation des États-Unis et également être repris au paragraphe 2 de l'article 9. Par souci de cohérence, le chapeau de l'article 11 pourrait être modifié comme suit: "La partie se fiant à la signature assume les conséquences juridiques découlant du fait qu'elle s'est abstenue de:".

2. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) dit que le véritable problème réside dans l'emploi du terme "responsabilité", qui est un terme très technique dans certains systèmes juridiques et recouvre non seulement des conséquences juridiques particulières, mais aussi les conditions qui doivent être remplies pour que celles-ci prennent effet. C'est pourquoi sa délégation préfère que l'expression "assume les conséquences juridiques" soit employée au paragraphe 2 de l'article 8, au paragraphe 2 de l'article 9 et à l'article 11. Si une distinction devait être faite entre tous ces différents cas, elle le serait par la loi applicable dans le pays concerné. Pour que ce point soit clair, il propose l'emploi de l'expression "assume les conséquences juridiques découlant de la loi applicable".

3. Mme GAVRILESCU (Roumanie), appuyée par M. ENOUGA (Cameroun), dit que, dans un esprit de consensus, sa délégation peut accepter la proposition des États-Unis. Elle ne peut concevoir une situation dans laquelle la responsabilité n'aurait pas de conséquences juridiques. Avec la formulation proposée par le représentant de l'Italie, à savoir "assume la responsabilité ou toute autre conséquence juridique", il pourrait être difficile de déterminer quand une situation donnée entraîne la responsabilité et quand elle entraîne des conséquences juridiques. Il est donc préférable d'adopter la proposition des États-Unis ou, à défaut de consensus, de conserver le libellé initial.

4. M. ARNOTT (Royaume-Uni) est reconnaissant au représentant de l'Italie de s'être efforcé de faire une distinction entre l'article 11 et les articles 8 et 9, mais fait observer que celle-ci sera de toute façon opérée par la loi nationale. La Commission ne devrait pas insérer dans les articles 8 et 9 des termes différents de ceux de l'article 11. Sa délégation est favorable à ce qu'on emploie dans les trois articles l'expression proposée par le représentant des États-Unis.

5. M. CAPRIOLI (France) dit que le libellé proposé par le représentant des États-Unis est le plus neutre et le plus clair. Si la Commission convient que la responsabilité n'est pas absolue, il appartiendra alors au juge ou au législateur, dans un système juridique donné, de déterminer la distinction devant être faite entre le signataire, le prestataire de services de certification et la partie qui se fie à la signature. La discussion qui a eu lieu a montré que les éventuelles divergences d'opinion portent davantage sur la forme que sur le fond et que la proposition des États-Unis recueille un soutien général.

6. M. JOKO SMART (Sierra Leone) dit que, dans le système juridique de la Sierra Leone, les conséquences juridiques d'un acte comprennent la responsabilité. Sa délégation soutient le libellé proposé par les États-Unis.

7. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite adopter la proposition des États-Unis.

8. *Il en est ainsi décidé.*

9. Le PRÉSIDENT dit que, dans le document A/CN.9/492, la France avait proposé qu'un paragraphe soit ajouté à la fin de l'article 8.

10. M. CAPRIOLI (France) déclare qu'il pourrait être utile de faire une distinction entre les parties visées aux articles 8, 9 et 10 — les signataires et les prestataires — et celles visées à l'article 11 — les parties qui se fient à la signature. Pour assurer la cohérence avec l'article 9, sa délégation propose qu'un nouveau paragraphe, libellé comme suit, soit ajouté à la fin de l'article 8: "Il fournit au prestataire de services de certification à l'intention de toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer, s'il y a lieu, à partir du certificat prévu à l'article 9 ou de toute autre manière, toute restriction relative à sa responsabilité".

11. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) se demande si le texte proposé par la France, bien que portant sur une question qui n'a pas été traitée par la Loi type, a sa place dans l'article 8. On pourrait peut-être atteindre le même objectif en ajoutant les mots "ou le signataire" à la fin du sous-alinéa iv de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 9, car cela imposerait au signataire d'indiquer au prestataire de services de certification toute restriction éventuelle quant à l'étendue de sa responsabilité.

12. M. FIELD (États-Unis d'Amérique) dit que, tout en étant consciente du problème soulevé par le représentant de la France, sa délégation estime que le libellé de l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 8 suffit à couvrir cette question.

13. M. GAUTHIER (Canada) déclare que sa délégation ne sait pas exactement quel type de restriction relative à la responsabilité résulterait de l'amendement proposé par la France. Elle réserve donc ses commentaires jusqu'à ce qu'elle ait reçu des éclaircissements.

14. M. ARNOTT (Royaume-Uni) dit que la proposition du représentant de l'Australie visant à ajouter les mots "ou le signataire" à la fin du sous-alinéa iv de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 9 suppose que l'amendement proposé par la France est fondé sur l'hypothèse qu'il existe un certificat, ou du moins un prestataire de services de certification. Si tel est le cas, la solution australienne est excellente. En revanche, si la France propose un moyen qui permettrait au signataire, qu'il existe ou non un prestataire de services de certification, de limiter la responsabilité en vertu de l'article 8, la solution proposée par l'Australie ne conviendra pas.

15. M. CAPRIOLI (France) dit que sa proposition s'appliquerait uniquement aux cas où il y aurait un prestataire de services de certification et un certificat. La proposition faite par le représentant de l'Australie est constructive, et sa délégation peut la soutenir. En réponse aux observations du représentant du Canada, il dit que la proposition de sa délégation n'a pas été faite dans l'intention de limiter ou de réduire la valeur de la signature mais de donner au signataire la possibilité de mettre à jour le certificat.

16. M. ARNOTT (Royaume-Uni), soutenu par M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique), M. GAUTHIER (Canada) et M. MADRID PARRA (Espagne), déclare que sa délégation est favorable à la modification proposée par le représentant de l'Australie.

17. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite adopter la modification que l'Australie propose d'apporter au sous-alinéa iv de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 9.

18. *Il en est ainsi décidé.*

Alinéa f *du paragraphe 1 de l'article 9*

19. M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique), présentant la modification de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9 proposée par sa délégation dans le document A/CN.9/492/Add.2, dit que la question est de savoir si le prestataire de services de certification doit pouvoir limiter l'étendue des services qu'il propose. Cette question a été soulevée du fait que cet alinéa dispose que le prestataire de services de certification doit utiliser des systèmes fiables. La délégation des États-Unis propose que l'alinéa *f* devienne le sous-alinéa vii de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 9 de sorte que, au lieu d'exiger du prestataire qu'il utilise des systèmes fiables, la Loi type dispose qu'il fournisse à la partie qui se fie à la signature un moyen lui permettant de vérifier si le prestataire a utilisé un système fiable. En d'autres termes, l'accent serait mis sur l'obligation de divulgation plutôt que sur l'obligation d'utiliser systématiquement un système fiable.

20. Nombre d'entités qui commencent à fournir des services de certification ne le font qu'à titre accessoire, afin de faciliter leurs autres activités commerciales. La délégation des États-Unis estime que l'obligation absolue d'utiliser des systèmes fiables est floue, dans la mesure où il est parfois malaisé d'établir clairement si les normes énoncées à l'article 10 ont été respectées. Elle propose que le prestataire de services de certification soit simplement tenu, en vertu de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 9, de divulguer aux parties qui se fient à la signature les informations qui leur permettront de déterminer le degré de fiabilité d'un prestataire, et donc de décider d'utiliser ou non les certificats que celui-ci émet.

21. M. MADRID PARRA (Espagne) soutient la proposition faite par le représentant des États-Unis. Cependant, il conviendrait peut-être de mentionner la raison pour laquelle un système fiable serait requis. Faire passer le texte de l'alinéa *f* à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 9 présenterait l'inconvénient de rendre superflu l'article 10, puisque l'obligation de fiabilité disparaîtrait. Il rappelle que la Commission a décidé, au terme d'un long débat, qu'il était important de conserver l'article 10.

22. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) dit que sa délégation peut accepter la proposition faite par les États-Unis. L'adoption de cette modification n'exigerait pas la suppression de l'article 10. Cependant, il serait peut-être plus simple d'incorporer le libellé de l'alinéa *d* à l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9, de sorte que celui-ci se lise comme suit: "fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer, s'il y a lieu, que l'émetteur du certificat utilise des systèmes, des procédures et des ressources humaines fiables pour la prestation de ses services". Il ne serait donc pas nécessaire de modifier l'article 10.

23. M. ARNOTT (Royaume-Uni) dit que la solution la plus simple serait d'accepter la proposition des États-Unis et de conserver l'article 10.

24. M. CAPRIOLI (France) dit qu'exiger du prestataire de services de certification qu'il fournisse à la partie qui se fie au certificat les moyens de déterminer que le prestataire utilise des systèmes fiables n'est pas la même chose que dire que ce prestataire utilise des systèmes fiables. Celui-ci peut fournir des moyens de différentes manières: il peut publier sa politique de certification, faire une déclaration au sujet de ses pratiques de certification ou publier un audit attestant son accréditation volontaire auprès d'une autorité désignée par l'État. En revanche, si l'on exige que le prestataire utilise des systèmes fiables, il en dé-coulera des conséquences juridiques plus fortes, étant donné que le fait d'utiliser des systèmes fiables est un acte qui peut être vérifié, alors que dans le cas d'une déclaration il faudra prouver que ce qui a été déclaré ne correspond pas à ce qui est affirmé. En outre, la transformation de l'alinéa *f* en sous-alinéa vii de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 9 entraînerait la disparition des critères indicatifs qui figurent à l'article 10 et donc de la base permettant de déterminer ce qui est fiable. La délégation française est donc favorable au maintien de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9.

25. M. OLAVO BAPTISTA (Brésil) dit que la modification proposée par les États-Unis créerait un déséquilibre dans les relations entre le prestataire de services de certification et l'utilisateur, dans la mesure où il appartiendrait à ce dernier de vérifier si des systèmes fiables ont été utilisés, alors que cette obligation incombe au prestataire. L'adoption de cette modification pourrait donc avoir des conséquences graves, parce qu'elle risquerait de rendre la Loi type plus favorable au prestataire qu'aux autres parties. Les lois nationales relatives à la protection des consommateurs pourraient alors interdire l'utilisation internationale des services du prestataire. Si la Commission souhaite promouvoir l'utilisation des signatures électroniques au plan international, la Loi type devrait établir un meilleur équilibre entre les obligations des utilisateurs et celles des prestataires de services.

26. M. BAKER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] dit qu'il serait plus simple de supprimer la référence à l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9 faite à la première phrase de l'article 10, de sorte que celle-ci serait libellée comme suit: "Pour déterminer si, ou dans quelle mesure, tous systèmes, toutes procédures et ressources humaines utilisés par le prestataire de services de certification sont fiables, il peut être tenu compte des facteurs suivants:". La proposition visant à faire passer l'alinéa *f* à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 9 est logique d'un point de vue organisationnel, et la CCI peut l'appuyer.

27. M. JOZA (Observateur de la République tchèque) dit que sa délégation accueille avec certaines réticences la proposition des États-Unis, dans la mesure où le fait de transformer une

obligation de fiabilité en une obligation de fournir aux parties qui se fient à la signature les informations pertinentes en vertu de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 9 diminuerait l'importance de l'article 10.

28. M. FIELD (États-Unis) dit que sa délégation ne propose pas la suppression de l'article 10. La modification proposée s'accorde bien avec l'article 10, puisqu'elle vise essentiellement à énoncer une obligation de divulgation.

29. M. PÉREZ (Colombie), faisant référence aux observations faites par le représentant de l'Espagne, dit que la loi colombienne impose une obligation de fiabilité au prestataire de services de certification. Cela signifie qu'un prestataire potentiel doit obtenir l'autorisation de l'État avant de pouvoir commencer ses activités et que sa fiabilité est établie par un vérificateur indépendant. Étant donné que la proposition des États-Unis risque de créer un déséquilibre dans les relations entre prestataires de services et utilisateurs, sa délégation préfère conserver l'article 9 sous sa forme actuelle.

30. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) dit que la modification proposée par les États-Unis changerait considérablement les normes de conduite du prestataire de services. Si l'alinéa *f* devenait l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 9, cela signifierait que le prestataire de services ne serait pas tenu de recourir à des systèmes fiables, mais simplement d'indiquer à l'utilisateur si l'on peut s'attendre ou non que le système qu'il emploie est fiable. Si tel est l'objectif de la modification proposée par les États-Unis, sa délégation ne peut le soutenir.

31. Mme MANGKLATANAKUL (Thaïlande) dit que la proposition des États-Unis créerait un déséquilibre entre la conduite exigée des prestataires de services et celle exigée des utilisateurs et affaiblirait la portée de l'article 10. Sa délégation préfère donc conserver le libellé actuel de l'article 9.

32. M. GAUTHIER (Canada), soutenu par Mme CHADHA (Inde), dit que sa délégation n'est pas favorable à la proposition des États-Unis pour les raisons avancées par les intervenants précédents. L'article 10 tel qu'il est rédigé n'est pas une norme en soi, mais fournit plutôt des orientations pour vérifier la fiabilité. La proposition des États-Unis s'écarte fondamentalement des principes posés par le Groupe de travail, étant donné qu'il incomberait à la partie qui se fie au certificat de déterminer la fiabilité du prestataire de services, alors que celui-ci se verrait exonéré de cette obligation.

33. Mme XIAOYAN ZHOU (Chine) dit que la suppression de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9 allégerait sensiblement les obligations du prestataire de services et aurait donc des répercussions sur la sécurité de l'opération. L'article 10 deviendrait de ce fait inutile, puisque ce serait à la partie qui se fie au certificat et non au prestataire de services qu'il incomberait de déterminer la fiabilité.

34. M. ADENSAMER (Autriche) dit que sa délégation ne peut soutenir la proposition des États-Unis, étant donné que le prestataire de services devrait être tenu non seulement d'utiliser des systèmes fiables, mais aussi de fournir des informations sur ces systèmes.

35. M. FIELD (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation souhaite proposer un compromis afin de répondre aux préoccupations exprimées par certaines délégations. Il propose que l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9 soit modifié comme suit: "utilise, pour la prestation de ses services, des systèmes, des procédures et des ressources humaines suffisamment fiables pour les fins auxquelles il est prévu d'utiliser le certificat". Ce nouveau libellé préserverait la pertinence de l'article 10.

La séance est suspendue à 15 h 25; elle est reprise à 16 heures.

Alinéa b *du paragraphe 1 de l'article 8*

36. M. GAUTHIER (Canada) dit que le Groupe de travail a proposé que l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8 soit formulé comme suit: "sans retard injustifié, fait des efforts raisonnables, par exemple en utilisant les moyens fournis par le prestataire de services de certification conformément à l'article 9, pour aviser toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique si:".

37. M. MADRID PARRA (Espagne) dit que sa délégation a de sérieuses difficultés à accepter la notion d'"efforts raisonnables", qu'il serait malaisé d'incorporer dans le système juridique espagnol. Il peut arriver qu'un signataire ait fait des efforts raisonnables pour aviser un tiers que les données afférentes à la création de signature ont été compromises, mais qu'en dépit de ces efforts le tiers ne reçoive pas cette information. En conséquence, celui-ci aurait à supporter le dommage alors que le signataire serait dégagé de toute responsabilité, puisqu'il aurait fait des "efforts raisonnables".

38. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'autre objection au libellé proposé par le Groupe de travail il croit comprendre que la Commission souhaite adopter la modification proposée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8. La Commission rendra compte dans son rapport des observations faites par l'Espagne.

39. *Il en est ainsi décidé.*

Alinéa f *du paragraphe 1 de l'article 9* (suite)

40. Le PRÉSIDENT invite la Commission à présenter des observations sur la proposition de compromis précédemment faite par les États-Unis en ce qui concerne l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9.

41. M. KOBORI (Japon) dit que le premier membre de phrase de l'article 9 indique clairement que le champ d'application de l'article 9 est plus limité que celui de l'article 6. Ce membre de phrase devrait suffire à répondre aux préoccupations exprimées par le représentant des États-Unis.

42. M. CAPRIOLI (France) dit que sa délégation ne peut soutenir la proposition de compromis présentée par les États-Unis. La signature relève de la responsabilité du prestataire de services de certification et n'a rien à voir avec la fiabilité du système. L'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 9 devrait être conservé sous sa forme actuelle.

43. M. STOCCHI (Italie) dit que, compte tenu des arguments avancés par les représentants du Japon et de la France, sa délégation a décidé de ne pas soutenir la modification proposée par le représentant des États-Unis.

44. M. ARNOTT (Royaume-Uni) dit que, tout en étant sensible aux préoccupations exprimées par les représentants du Japon et de la France, il soutient le libellé proposé par les États-Unis, qui serait pleinement satisfaisant dans la pratique.

45. M. GAUTHIER (Canada) dit que sa délégation est favorable au libellé actuel. Le paragraphe 144 du projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type traite largement de la question soulevée par le représentant des États-Unis.

46. M. JOZA (Observateur de la République tchèque) dit que la proposition des États-Unis clarifie l'alinéa *g* de l'article 10, qui est directement lié à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 9. Si l'article 10 ne définit pas la fiabilité, il en précise des aspects importants, notamment le fait qu'elle doit être suffisante.

47. M. BAKER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] dit que sa délégation appuie la modification proposée par le représentant des États-Unis.

48. M. MARADIAGA (Honduras) dit que sa délégation est favorable au libellé soumis par le secrétariat.

49. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite conserver le libellé de l'alinéa f du paragraphe 1 de l'article 9 sous sa forme actuelle.

50. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 2 de l'article 9

51. M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique) dit qu'il faudrait harmoniser le libellé du paragraphe 2 de l'article 9 avec celui du paragraphe 2 de l'article 8, dans lequel "est responsable" a été remplacé par "assume les conséquences juridiques de". Il conviendrait également d'ajouter une clause introductive rappelant les limites de responsabilité énoncées aux sous-alinéas ii et iv de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 9. La délégation des États-Unis propose donc que le paragraphe 2 de l'article 9 soit libellé comme suit: "Sous réserve des restrictions éventuelles pouvant être déterminées en application de l'alinéa *d* du paragraphe 1, le prestataire de services de certification assume les conséquences juridiques de tout manquement aux dispositions du paragraphe 1."

52. M. MAZZONI (Italie), soutenu par M. ENOUGA (Cameroun) et M. KOBORI (Japon), dit que la responsabilité ne devrait pas être mentionnée expressément au paragraphe 2 de l'article 9, étant donné qu'elle sera entièrement régie par la loi nationale applicable. Par souci de cohérence, le paragraphe 2 ne devrait pas faire référence aux limites de responsabilité.

53. M. GAUTHIER (Canada) dit que sa délégation peut accepter la proposition des États-Unis d'aligner le paragraphe 2 de l'article 9 sur le paragraphe 2 de l'article 8. Cependant, il n'est pas nécessaire de faire expressément référence, au début du paragraphe, aux "restrictions éventuelles pouvant être déterminées en application de l'alinéa *d* du paragraphe 1".

54. M. CAPRIOLI (France) dit que le paragraphe 2 de l'article 9 devrait être formulé dans les mêmes termes que le paragraphe 2 de l'article 8. Il n'est pas nécessaire de faire référence aux restrictions quant aux fins ou à la valeur ou quant à l'étendue de la responsabilité, car la législation de l'Union européenne prévoit d'ores et déjà de telles restrictions.

55. M. MADRID PARRA (Espagne) dit que la promotion du commerce électronique international ne devrait pas nécessairement entraîner la suppression de toute mention de la "responsabilité", car cela pourrait avoir des effets négatifs. Même s'il est prévu que les systèmes juridiques nationaux détermineront les conséquences juridiques, la Loi type devrait néanmoins indiquer qu'une certaine forme de responsabilité existe. La mention de la responsabilité qui est faite au paragraphe 2 de l'article 9 devrait donc être conservée.

56. M. JOKO SMART (Sierra Leone) dit que sa délégation soutient les points de vue exprimés par les représentants du Canada et de la France concernant la proposition des États-Unis. Il n'est pas nécessaire de s'écarter du libellé qui a été approuvé pour le paragraphe 2 de l'article 8.

57. Mme ZHOU XIAOYAN (Chine) dit que sa délégation pense, comme les représentants du Canada, de la France et de la Sierra Leone, que le libellé du paragraphe 2 de l'article 9 devrait être aligné sur celui du paragraphe 2 de l'article 8. La clause introductive proposée par le représentant des États-Unis n'est pas nécessaire.

58. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) dit que le libellé du paragraphe 2 de l'article 9 devrait correspondre à celui du paragraphe 2 de l'article 8. Les limites de la responsabilité devraient être fixées par la loi nationale. L'article 5, qui traite des dérogations conventionnelles, devrait suffire à couvrir les limites de la responsabilité dans la mesure où elles sont conformes à la loi nationale applicable.

59. M. BAKER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] dit que sa délégation soutient la première partie de la proposition faite par le représentant des États-Unis. S'il peut-être utile de faire référence, dans le paragraphe 2 de l'article 9, aux restrictions énoncées à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 9, ce n'est toutefois pas absolument nécessaire. Sa délégation peut accepter la modification de la proposition des États-Unis qui a été présentée par le représentant du Canada et appuyée par la France et la Chine.

60. M. PÉREZ (Colombie) dit que sa délégation soutient les points de vue exprimés par le représentant de l'Espagne. Il est important de protéger l'utilisateur des services de certification, et la Loi type devrait indiquer clairement que la partie qui détient cette technologie est responsable. Des garanties suffisantes devraient être mises en place pour veiller à ce que cette technologie continue à bien fonctionner et ne devienne pas obsolète.

61. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission est favorable à ce que le libellé du paragraphe 2 de l'article 9 soit aligné sur celui du paragraphe 2 de l'article 8.

62. *Il en est ainsi décidé.*

63. M. LEBEDEV (Fédération de Russie) dit qu'il serait utile aux pays qui adopteront ultérieurement une législation nationale fondée sur la Loi type que la Commission explique dans son rapport que les modifications du paragraphe 2 de l'article 8 et du paragraphe 2 de l'article 9 ont été apportées afin d'indiquer que la question des conséquences juridiques serait déterminée par la loi nationale.

64. Le PRÉSIDENT dit que cette explication figurera non seulement dans le rapport, mais aussi dans le projet de guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne.

Article 10

65. M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique) dit que l'article 10 devrait être modifié afin de répondre aux préoccupations suscitées par le fait qu'il ne tient pas nécessairement compte des différents niveaux de services que peuvent proposer les prestataires de services de certification, ni des différents degrés de fiabilité qui peuvent être nécessaires pour une signature juridiquement contraignante selon les circonstances. Il serait également utile que l'article 10 fasse mention de la pratique commerciale générale. La délégation des États-Unis propose que le membre de phrase "si et dans la mesure où il en est généralement tenu compte dans la pratique commerciale pour le niveau de services fourni" soit ajouté après le mot "facteurs" dans la première phrase de l'article 10.

66. M. MAZZONI (Italie), soutenu par M. ARNOTT (Royaume-Uni), M. TATOUT (France), M. MOHAN (Singapour) et M. BRITO DA SILVA CORREIA (Observateur du Portugal), dit que la modification proposée par le représentant des États-Unis est redondante, car les termes "il peut être tenu compte" répondent suffisamment aux préoccupations exprimées par les États-Unis.

67. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que, si les membres de Commission conviennent que les termes "il peut être tenu compte" peuvent recouvrir une grande variété de situations, il est important de savoir comment les utilisateurs interpréteront ces mots. Bien que sa délégation puisse accepter l'article 10 sous sa forme actuelle, elle estime que la modification proposée apporterait une plus grande sécurité au monde des affaires.

68. M. SORIEUL (secrétariat) dit que la dernière phrase du paragraphe 142 du projet de guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne, qui précise que "Cette liste a pour objet de définir une notion souple de la fiabilité, dont les contours pourraient varier en fonction de ce que l'on attend du certificat dans le contexte dans lequel il est créé", répond de manière appropriée aux préoccupations exprimées par le représentant des États-Unis.

69. M. MAZZONI (Italie) dit que, si les États-Unis insistent pour que soit ajoutée dans l'article 10 une formule qui donne des assurances au monde des affaires, on pourrait faire mention du niveau de service fourni dans un nouvel alinéa *g* qui serait inséré entre l'alinéa *f* et l'actuel alinéa *g*.

70. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation peut accepter la proposition faite par le représentant de l'Italie.

71. M. JOZA (Observateur de la République tchèque) dit que sa délégation souhaite savoir quel est le rapport entre l'expression "généralement tenu compte dans la pratique commerciale" et les ressources financières et humaines. La proposition des États-Unis pourrait créer de nombreux problèmes pour le commerce électronique à plus petite échelle.

72. M. BAKER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] dit que les membres de la CCI, qui sont plus de 140, estiment que certaines dispositions de la Loi type ne tiennent pas suffisamment compte de leurs préoccupations. Sa délégation soutient donc la modification proposée par le représentant des États-Unis.

73. M. ALHWEIJ (Observateur de la Jamahiriya arabe libyenne) dit que le libellé de l'article 10 devrait être conservé sous sa forme actuelle.

74. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite conserver le libellé actuel de l'article 10. Le projet de guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne tiendra compte des préoccupations exprimées par les États-Unis.

75. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 727e séance

Jeudi 5 juillet 2001, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.727]

Président: M. Abascal ZAMORA (Mexique)

La séance est ouverte à 9 h 35.

PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES ET PROJET DE GUIDE POUR SON INCORPORATION *(suite)* (A/CN.9/492 et Add.1 et 2 et A/CN.9/493)

Article 11 (suite)

1. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que, suite à l'examen de ses précédentes propositions reproduites dans le document A/CN.9/492/Add.2, qui a permis un rééquilibrage des responsabilités entre les parties, sa délégation a réexaminé sa position sur l'article 11 et retire donc sa proposition relative à cet article.

Article 12

2. M. PÉREZ (Colombie) dit que les préoccupations de son pays énoncées dans le document A/CN.9/492 à propos de la définition du "niveau de fiabilité substantiellement équivalent" avaient été formulées avant la publication du projet de guide pour l'incorporation sous la cote A/CN.9/493. Le projet de guide a depuis lors fourni une explication satisfaisante des critères de détermination de ce concept. Néanmoins, sa délégation ayant été absente des débats correspondants au sein du Groupe de travail, il serait heureux que le secrétariat ou des délégations de pays dotés de systèmes juridiques analogues à celui de son propre pays lui expliquent comment l'article 12 s'appliquerait dans des pays de droit écrit.

3. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en sa qualité de membre de la délégation mexicaine, dit que l'application de l'article dans son pays ne poserait pas de difficultés particulières, essentiellement parce que, conformément au paragraphe 1 de l'article 4, pour l'interprétation de la Loi type, il doit être tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application. En conséquence, au lieu de s'appuyer sur des interprétations juridiques internes, les juges devraient se référer à la jurisprudence internationale, aux travaux préparatoires et au Guide pour l'incorporation, ainsi qu'aux décisions rendues par des tribunaux d'autres États adoptants.

4. M. SORIEUL (secrétariat) dit qu'un équilibre délicat a été réalisé à l'article 12 et dans les sections correspondantes du Guide. Il est expliqué, au paragraphe 154 du Guide, que le niveau de fiabilité d'un certificat étranger ne doit pas nécessairement être exactement identique à celui d'un certificat national. Cela signifie qu'il ne peut y avoir, pour les prestataires ou utilisateurs de services de certification, de norme générale pour obtenir une autorisation dans chaque pays dans lequel ils souhaitent qu'une signature s'applique. Il est admis que les critères de fiabilité ou les prescriptions administratives peuvent être exprimés différemment d'un endroit à l'autre, tant à l'intérieur d'un seul pays qu'entre différents pays, et qu'il est important de se référer aux fonctions de ces critères pour établir l'équivalence. Ces considérations, ainsi que les prescriptions générales de la Loi type, comme le principe de non-discrimination, et les dispositions de l'article 4 concernant son origine internationale et la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application, devraient fournir des orientations aux autorités nationales pour déterminer l'équivalence.

5. M. MADRID PARRA (Espagne) souscrit pleinement à l'analyse des deux orateurs précédents. Le critère d'équivalence établi par l'article 12 ne pose pas de problème à sa délégation. Il est en outre totalement cohérent avec l'article 7 de la directive 1999/93/EC de l'Union européenne et la législation espagnole ultérieure sur les signatures électroniques. Le principe général énoncé à l'article 12 permettrait une plus grande souplesse dans la reconnaissance de certificats étrangers et favoriserait le développement du commerce électronique international. M. Madrid Parra est particulièrement satisfait de constater que l'on n'a pas tenté d'instituer une norme définitive de fiabilité des certificats, mais que l'on a préféré établir des critères de détermination de l'équivalence.

6. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit qu'il serait utile de rappeler, en préface à la section du Guide concernant l'article 12, que le but de la Loi type est de favoriser le commerce international. La détermination de l'équivalence en vue de la reconnaissance de certificats étrangers doit se situer non seulement dans le cadre de l'article 4, mais aussi compte tenu de l'objectif général de promotion du commerce.

7. M. SORIEUL (secrétariat) dit qu'il convient naturellement de replacer chaque article dans le cadre des principaux objectifs de la Loi type, lesquels, y compris celui de favoriser le commerce international, sont déjà visés au paragraphe 5 du Guide. Il serait peut-être sage néanmoins de renvoyer le lecteur de la section du Guide relative à l'article 12 au paragraphe 5.

8. Le PRÉSIDENT demande s'il y a d'autres observations générales sur le projet de loi type et le projet de guide pour son incorporation.

9. M. MADRID PARRA (Espagne) demande si, à l'article 5, le groupe de rédaction pourrait trouver un autre mot pour remplacer la formule "déroger aux" qui risque d'induire en erreur. Ce que l'on veut réellement dire est clairement énoncé dans le titre de l'article, à savoir "dérogation conventionnelle": les États adoptants peuvent convenir de ne pas appliquer certaines dispositions, mais, si sa délégation comprend bien la situation, ils ne peuvent pas déroger à ces dispositions. En espagnol, le mot "*derogar*" ne peut s'appliquer qu'à une décision des autorités publiques à l'égard de la législation interne.

10. M. SORIEUL (secrétariat) dit que le libellé de l'article 5 s'inspire de l'article 6 de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) ainsi que de l'article correspondant de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, et qu'il est nécessaire d'assurer une cohérence avec ces textes. Le terme "déroger" ayant été utilisé dans la Convention de 1980, l'emploi de tout autre mot pourrait susciter des problèmes d'interprétation. Cela est vrai au moins pour les textes français et anglais, bien qu'il ne puisse pas confirmer immédiatement que le même terme ait été employé en espagnol.

11. Le PRÉSIDENT croit se rappeler que le mot employé dans le texte espagnol de la Convention de 1980 est "*excluir*", et non "*derogar*".

12. M. OLAVO BAPTISTA (Brésil) dit que la question est apparemment d'ordre terminologique et pourrait peut-être faire l'objet d'une explication dans le Guide.

13. Le PRÉSIDENT dit que la question sera résolue au sein du groupe de rédaction, éventuellement par l'insertion d'une note dans le Guide. Il invite la Commission à examiner le projet de loi type article par article, en commençant par le titre.

Titre

14. *Le titre est approuvé.*

Article premier

15. *L'article premier est approuvé.*

Article 2 (suite)

Article 2 a

16. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) sait bien que le membre de phrase "indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue" a été longuement débattu par le Groupe de travail et il regrette de devoir y revenir. À son avis cependant, cela n'a aucun sens de viser l'approbation du signataire, parce que l'intention de celui-ci lorsqu'il produit le message est immatérielle. Ce qui importe est de savoir si le signataire est l'expéditeur du message. Il propose de supprimer le membre de phrase.

17. M. SORIEUL (secrétariat) dit que ce libellé est le résultat d'une dizaine d'années de discussion. Il est presque identique à celui de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, l'idée étant que la signature peut être utilisée non seulement pour identifier le signataire, mais aussi pour indiquer que celui-ci approuve le message de données auquel la signature est jointe. Dans la présente définition cependant, la formule "pouvant être utilisées" laisse supposer qu'il ne s'agit que de reconnaître qu'un certain nombre d'effets, dont l'approbation du signataire, peuvent résulter d'une telle signature électronique. Il serait imprudent d'ouvrir un débat de fond sur le point de savoir si la signature suppose l'approbation du contenu du message ou ne constitue qu'une décision consciente et informée du signataire d'associer son nom à certaines informations.

18. M. ENOUGA (Cameroun) se dit satisfait des explications du secrétariat. Cependant, la formule "lu et approuvé" est généralement apposée sur un message par le destinataire, et non par l'expéditeur. Il comprend dès lors l'inquiétude exprimée par l'Observateur de la Suisse.

19. Mme ZHOU XIAOYAN (Chine) dit qu'il y a deux façons de traduire le concept d'"approbation" en chinois, selon que l'approbation a lieu avant ou après la transmission du message de données. Elle aimerait avoir des précisions sur ce point.

20. M. SORIEUL (secrétariat) dit que, selon lui, l'approbation est exprimée à l'instant où la signature est apposée sur le message de données, ce qui ne se confond pas nécessairement avec le moment où la signature électronique est créée.

21. M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique) dit que la disposition prévoyant qu'un signataire approuve un message de données est également source de préoccupation pour les États-Unis, puisque, selon leur législation interne, des signatures peuvent être employées à toutes sortes de fins dont, entre autres, l'approbation de l'information.

22. M. KOBORI (Japon) et M. UCHIDA (Japon), appuyés par M. KURDI (Observateur de l'Arabie saoudite) proposent que la formule "pouvant être utilisées", à l'article 2 *a*, soit remplacée par une expression telle que "techniquement capables".

23. M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique) dit que la modification proposée par le Japon n'est pas un bon moyen de traiter la question de l'approbation du signataire, car elle impose une condition d'approbation plus rigide que la formule "pouvant être utilisées".

24. M. GAUTHIER (Canada) souscrit au point de vue exprimé par le représentant des États-Unis. Une expression telle que "techniquement capables" est inappropriée dans un texte législatif en ce qu'elle limiterait le champ d'application de la définition et la rendrait moins compréhensible.

25. S'agissant de l'utilisation de signatures à d'autres fins, la définition ne vise pas à exclure de telles fins mais à fixer une base de référence. Il met en garde contre une modification des définitions qui risquerait d'avoir des conséquences imprévues pour le projet de loi type dans son ensemble.

26. M. MAZZONI (Italie), tout en étant conscient des risques liés à une modification des définitions, comprend l'intérêt de la proposition faite par le représentant du Japon. La capacité technique vise les caractéristiques de la signature par opposition à l'utilisation qu'une personne peut souhaiter en faire. À son avis, la formule "pouvant être utilisées" a une connotation subjective. Toutefois, vu l'opportunité de clore le débat, il est prêt à accepter la définition telle qu'elle est libellée et propose que les préoccupations exprimées par le représentant du Japon et l'Observateur de la Suisse soient mentionnées dans le Guide.

27. M. CAPRIOLI (France) appuie le point de vue exprimé par les représentants des États-Unis et du Canada. Toute réouverture du débat sur les définitions risquerait de compromettre l'équilibre du projet de loi type dans son ensemble.

28. M. MARADIAGA (Honduras) dit que lorsqu'une signature est apposée sur un document papier, cela suppose que le signataire en approuve le contenu. Cela vaut pour une signature électronique. La formule "pouvant être utilisées" pourrait être remplacée par "utilisées" pour éliminer tout élément de conditionnalité, mais l'idée fondamentale est à son avis parfaitement claire et il est d'avis de ne pas modifier la définition.

29. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) est bien conscient des risques liés à une modification des définitions à un stade aussi tardif, mais l'amendement qu'il souhaite proposer est très modeste. La définition mentionne deux fins pour lesquelles des signatures électroniques peuvent être utilisées, à savoir l'identification électronique et l'indication de l'approbation du signataire, ce qui laisse supposer qu'elles sont également importantes. Mais il est clair que l'identification est la principale fin de l'exercice, tandis que l'approbation n'est qu'une fin subsidiaire parmi d'autres. Un moyen d'établir la distinction pourrait consister à insérer le mot "pouvant" devant l'expression "indiquer qu'il approuve".

30. M. SORIEUL (secrétariat) dit que l'idée de traiter différemment les deux fins a été examinée au cours du processus de rédaction, mais qu'on a fait valoir à son encontre qu'il n'y avait aucune distinction de ce type à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, laquelle était déjà appliquée dans de nombreux pays. Un défaut de concordance sur une question aussi fondamentale que la définition d'une signature risquerait de créer des problèmes non seulement pour ces pays, mais aussi pour ceux qui envisagent l'adoption de l'un ou l'autre instrument, ou des deux.

31. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) se dit fermement opposé à toute modification des définitions, y compris la légère modification proposée par l'Observateur de la Suisse. Une signature est apposée à la main pour indiquer que le signataire est associé au document et approuve l'information qui y est contenue. Les deux fins ne se situent pas sur des plans différents.

32. M. SMEDINGHOFF (États-Unis d'Amérique) souligne que le paragraphe 29 du Guide pour l'incorporation traite plusieurs des questions soulevées. Peut-être pourrait-on dire au début de ce paragraphe qu'il ne faut pas déduire de la définition que l'utilisation de la signature pour indiquer l'approbation du signataire est obligatoire, et que la formule "pouvant être utilisées" vise à tenir compte des différents modes d'utilisation des signatures dans différents régimes juridiques.

33. M. GAUTHIER (Canada) dit que la définition fait l'objet d'une explication supplémentaire au paragraphe 93 du projet de guide et qu'il est très important qu'elle soit conforme à la définition figurant à l'article 7 de la Loi type sur le commerce électronique. Toute modification, aussi inoffensive qu'elle puisse paraître, se traduirait par un déplacement de sens. La définition reconnaît que les signatures peuvent être utilisées pour toutes sortes de fins, mais distingue deux de ces fins comme étant particulièrement pertinentes en l'occurrence.

34. Le PRÉSIDENT note que le représentant du Canada, qui préside actuellement le Groupe de travail sur le commerce électronique, est d'avis qu'il ne faut pas modifier le texte existant. En sa qualité d'ancien président du Groupe de travail, il approuve ces remarques.

35. M. BRITO DA SILVA CORREIA (Observateur du Portugal) est d'avis de laisser la définition inchangée.

36. M. CAPRIOLI (France) appuie les observations du Président.

37. M. JOKO SMART (Sierra Leone) appuie sincèrement les observations du représentant du Canada. Dans le cas de signatures manuscrites, les signataires acceptent intrinsèquement les signatures comme étant les leurs propres. Si un signataire utilise une signature électronique, il est aussi censé l'avoir approuvée. À propos d'une autre question, il demande quel est le sujet grammatical du membre de phrase "indiquer qu'il approuve l'information".

38. M. SORIEUL (secrétariat) dit que le sujet est le mot "données".

39. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) dit qu'il est prêt à retirer sa proposition. Plusieurs délégations ont évoqué la possibilité de préciser le texte du paragraphe 29 du Guide afin de différencier les principales fonctions d'une telle signature de ses fonctions moins importantes. Cette voie serait peut-être préférable.

40. *L'article 2* a *est approuvé sans modification.*

La séance est suspendue à 10 h 50; elle est reprise à 11 h 25.

Article 2 b (*suite*)

41. Le PRÉSIDENT rappelle à la Commission que l'article 2 *b* a été intégralement examiné au cours de la 723e séance, lors de l'examen de la proposition du Royaume-Uni publiée sous la cote A/CN.9/492/Add.1.

42. *L'article 2* b *est approuvé.*

Article 2 c

43. M. MADRID PARRA (Espagne) souligne que la définition du terme "message de données" à l'alinéa *c* est la seule définition de l'article 2 qui a été reprise textuellement de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Toutefois, par suite d'une erreur, les versions espagnoles diffèrent. Il prie le secrétariat d'aligner les textes.

44. *L'article 2* c *est approuvé.*

Article 2 d

45. M. MADRID PARRA (Espagne) relève une divergence entre les textes anglais, espagnol et français. Le libellé du texte espagnol pourrait être interprété comme une restriction du concept général de représentation figurant dans les textes anglais et français. Le texte espagnol "*en nombre propio o de la persona a la que representa*" devrait être remanié pour se lire "*por cuenta propia, o de la persona a la que representa*".

46. Le PRÉSIDENT dit que ce problème sera traité par le groupe de rédaction.

47. M. MAZZONI (Italie) demande si la définition du terme "signataire" soulèverait des doutes quant à la personne qui, aux termes du paragraphe 2 de l'article 8, tel que modifié, assumerait les conséquences juridiques d'un manquement aux exigences visées au paragraphe 1 de l'article 8. Serait-ce la partie représentée ou la partie représentante qui supporterait ces conséquences?

48. M. SORIEUL (secrétariat) dit que selon l'interprétation du secrétariat, le paragraphe 2 de l'article 8 se réfère simplement à la loi applicable. Il incombe donc à la loi applicable de décider qui doit supporter les conséquences juridiques.

49. Mme PIAGGI DE VANOSSI (Observatrice de l'Argentine) appuie cette interprétation. Lorsque le paragraphe 2 de l'article 8 s'applique à un signataire agissant pour son propre compte, le problème ne se pose pas. Lorsqu'il s'applique à un signataire agissant pour le compte d'une partie représentée, il semble alors clair que la loi interne devrait s'appliquer.

50. M. FIELD (États-Unis d'Amérique) dit que le point soulevé par le représentant de l'Italie est pertinent. Il devrait être clairement indiqué au paragraphe 2 de l'article 8 que, dans de telles circonstances, ce n'est pas au signataire qu'il incomberait de supporter les conséquences juridiques d'un manquement aux exigences visées au paragraphe 1, mais à la partie représentée par le signataire. Par exemple, si l'employé d'une société est le signataire, ce serait à la société de supporter les conséquences juridiques.

51. M. JOKO SMART (Sierra Leone) souscrit pleinement au point de vue exprimé par l'Observatrice de l'Argentine. La question du mandat est manifestement hors du champ d'application de la Loi type.

52. M. FIELD (États-Unis d'Amérique) dit que, après réflexion sur l'observation faite par le représentant de la Sierra Leone, sa délégation retire sa proposition tendant à remanier le libellé du paragraphe 2 de l'article 8.

53. *L'article 2* d *est approuvé.*

Article 2 e

54. M. JOZA (Observateur de la République tchèque) dit que l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8 vise "toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique", tandis que l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 2 emploie le mot "émetteur". Compte tenu de la définition générale figurant à l'article 2 *e*, cette distinction est-elle nécessaire? De plus, au paragraphe 139 du Guide, il est fait une distinction entre les prestataires de services de certification et les prestataires de services de révocation de certificats. Peut-être faudrait-il préciser si les prestataires de services de révocation de certificats sont couverts par la définition de l'article 2 *e*.

55. M. SORIEUL (secrétariat) pense que le terme "émetteur" peut être maintenu à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 12 sans qu'il y ait contradiction avec la définition de l'article 2 *e*. En revanche, il serait peut-être opportun de modifier le libellé de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 8 pour qu'il se lise "services liés aux signatures électroniques", afin de l'aligner sur la définition de l'article 2 *e*. À son avis, le concept de prestataires de services de révocation de certificats doit être considéré comme un sous-ensemble de la notion de prestataires de services de certification, ce qui pourrait être indiqué plus clairement au paragraphe 139 du Guide.

56. *L'article 2* e *est approuvé.*

Article 2 f

57. M. MADRID PARRA (Espagne) dit que, telle qu'elle est libellée, la définition de la "partie se fiant à la signature ou au certificat" pourrait s'appliquer au signataire et au prestataire de services de certification. Le Guide devrait préciser clairement que la partie se fiant à la signature doit être un tiers.

58. M. SORIEUL (secrétariat) dit que l'omission de toute référence à un tiers est intentionnelle. La motivation de cette décision est expliquée au paragraphe 150 du Guide pour l'incorporation.

59. *L'article 2* f *est approuvé.*

60. *L'article 2 dans son ensemble est approuvé.*

Article 3

61. *L'article 3 est approuvé.*

Article 4

62. *L'article 4 est approuvé.*

Article 5 (suite)

63. *L'article 5 est approuvé.*

Article 6

64. *L'article 6 est approuvé.*

Article 7 (suite)

65. *L'article 7 est approuvé.*

Article 8 (suite)

66. *Sous réserve des délibérations antérieures de la Commission, l'article 8 est approuvé.*

Article 9 (suite)

67. M. CAPRIOLI (France) dit que, la veille, le représentant de l'Australie a proposé que la France transpose sa proposition relative à l'article 8 dans l'article 9. Sa délégation s'est toutefois rendu compte ultérieurement que le sous-alinéa ii de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 9 pouvait être compris comme intégrant sa proposition d'amendement. Si l'Observateur de l'Australie en est d'accord, sa délégation est prête à retirer sa proposition.

68. M. SORIEUL (secrétariat) dit que la solution la plus simple consisterait à maintenir les articles 8 et 9 en l'état.

69. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) et M. FIELD (États-Unis d'Amérique) appuient la proposition du secrétariat tendant à ne pas modifier les articles 8 et 9.

70. *Sous réserve des délibérations antérieures de la Commission, l'article 9 est approuvé.*

Article 10

71. *L'article 10 est approuvé.*

Article 11 (suite)

72. M. MADRID PARRA (Espagne) dit que le titre de l'article 11 est sensiblement différent dans les textes anglais, espagnol et français. Alors que le texte anglais ne vise que "*the relying party*", le texte français vise la partie se fiant à la signature ou au certificat, et le texte espagnol ne vise que la partie qui se fie au certificat. Il est donc nécessaire d'aligner le titre dans toutes les langues.

73. Le PRÉSIDENT dit qu'il sera pris note de la proposition du représentant de l'Espagne.

74. *Sous cette condition, l'article 11 est approuvé.*

Article 12

75. M. KUNER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] dit qu'au paragraphe 5 la formule "certains types de signatures électroniques" est trop étroite et qu'elle devrait plutôt se lire "certaines signatures électroniques", ce qui s'accorderait mieux avec les termes du paragraphe 160 du projet de guide.

76. M. MADRID PARRA (Espagne) dit que l'on a inséré le mot "types" au paragraphe 5 afin de tenir compte de différents types, modèles ou catégories de signatures. Dans certains pays par exemple, il se peut qu'il existe des types de signatures ou de certificats qui n'existent pas dans d'autres pays.

77. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) dit que sa délégation n'est pas favorable à la modification proposée.

78. M. ENOUGA (Cameroun) dit qu'une référence à l'article 5 réglerait peut-être la question soulevée par l'Observateur de la Chambre de commerce internationale, puisque cet article prévoit des dérogations à la Loi type.

79. Le PRÉSIDENT dit qu'apparemment la proposition de l'Observateur de la Chambre de commerce internationale ne bénéficie d'aucun appui.

80. M. UCHIDA (Japon), appuyé par M. MAZZONI (Italie) et M. KUNER (Observateur de la Chambre de commerce internationale), propose que l'on supprime le paragraphe 3 afin de rendre la Loi type plus compréhensible et attrayante. Sa délégation ne peut imaginer une situation dans laquelle le lieu de création d'une signature électronique aurait une quelconque signification juridique.

81. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique), appuyé par M. CAPRIOLI (France), dit que sa délégation n'appuie pas la proposition de suppression faite par le représentant du Japon. La présence d'un libellé tel que celui figurant au paragraphe 3 a incité la communauté des affaires à appuyer la Loi type, ce qui est un facteur très important.

82. Le PRÉSIDENT dit que la proposition faite par le représentant du Japon ne recueille apparemment guère d'appui.

83. *L'article 12 est approuvé.*

PROJET DE GUIDE POUR L'INCORPORATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES

84. M. BAKER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] dit que, conformément à sa proposition reproduite dans le document A/CN.9/492/Add.2, il conviendrait de modifier les paragraphes 135 et 159 du projet de guide pour tenir compte des modifications qui ont été apportées au paragraphe 69. Sa délégation a entrepris d'élaborer des propositions de modification de ces paragraphes.

La séance est levée à 12 h 25.

Compte rendu analytique de la 728e séance

Jeudi 5 juillet 2001, à 14 heures

[A/CN.9/SR.728]

Président: M. Abascal ZAMORA (Mexique)

La séance est ouverte à 14 h 10.

PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES ET PROJET DE GUIDE POUR SON INCORPORATION *(suite)* (A/CN.9/492 et Add.1 à 3 et A/CN.9/493)

Projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (suite)

1. M. SORIEUL (secrétariat) dit que le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques figurant dans le document A/CN.9/493 ressemble beaucoup à la précédente version. Étant donné que le Groupe de travail a déjà examiné ce projet en détail à sa trente-huitième session, il ne sera pas nécessaire, à son avis, d'y apporter beaucoup de changements. Le texte définitif du projet de guide tiendra compte des délibérations de la Commission.

2. M. BAKER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] déclare qu'à la précédente séance sa délégation avait proposé de modifier les paragraphes 135 et 159 du projet de guide afin de tenir compte des changements apportés au paragraphe 69. Dans la deuxième phrase du paragraphe 135, le mot "volontaires" devrait être ajouté après "pratiques", et il faudrait insérer après "usages commerciaux" le membre de phrase ", qui pourraient assurer la souplesse nécessaire à la pratique commerciale, promouvoir des normes ouvertes afin de faciliter l'interopérabilité et servir l'objectif de reconnaissance internationale (au sens de l'article 12)". La troisième phrase devrait se lire ainsi: "Les textes qui peuvent servir d'exemple sont notamment ceux qui émanent d'organisations internationales comme la Chambre de commerce internationale, les organismes régionaux d'accréditation fonctionnant sous l'égide de l'ISO (voir A/CN.9/484, par. 66), le World Wide Web Consortium (W3C), ainsi que les travaux de la CNUDCI elle-même (y compris la Loi type à l'examen et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique)." Le reste du paragraphe 135 resterait inchangé.

3. M. CAPRIOLI (France), ainsi que Mme PROULX (Canada) et M. OLAVO BAPTISTA (Brésil) estiment que le texte du paragraphe 135 devrait simplement faire référence au paragraphe 69 plutôt que d'en répéter le contenu.

4. M. TATOUT (France) dit que l'Initiative européenne de normalisation des signatures électroniques (EESSI) devrait figurer parmi les normes énumérées au paragraphe 135.

5. M. MAZZONI (Italie) dit que le texte proposé par la CCI ne semble introduire aucun nouveau concept et pourrait par conséquent être considéré comme une précision de l'information déjà contenue dans le Guide.

6. M. BRITO DA SILVA CORREIA (Observateur du Portugal) dit que sa délégation se range à l'avis des représentants de la France et du Canada. Si le texte proposé était retenu, cela pourrait donner à penser que seuls les normes ou usages commerciaux mentionnés dans le paragraphe sont admis. Le texte actuel est préférable, puisqu'il autorise tous les usages commerciaux.

7. M. BAKER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] déclare que le Groupe de travail a déjà examiné la question de la modification du texte des paragraphes 135 et 159 du projet de guide. Une simple référence au paragraphe 69 dans les paragraphes 135 et 159 ne suffirait pas, puisqu'il n'y aurait aucune garantie que la notion de norme telle qu'elle est exprimée aux paragraphes 135 et 159 serait comprise dans le sens que le Groupe de travail avait convenu d'y donner dans le paragraphe 69.

8. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation avait cru comprendre que l'information descriptive contenue au paragraphe 69 se retrouverait dans les paragraphes 135 et 159. Comme la discussion n'a pas porté sur la manière dont il conviendrait de le faire, le secrétariat pourrait peut-être s'en occuper.

9. M. SORIEUL (secrétariat) suggère qu'au paragraphe 135 les mots "les normes volontaires, au sens du paragraphe 69 ci-dessus," soient insérés après les mots "les pratiques des divers secteurs d'activité et les usages commerciaux".

10. M. TATOUT (France) propose qu'au paragraphe 135 les mots "tels que l'Initiative européenne de normalisation des signatures électroniques (EESSI)," soient insérés après les mots "les pratiques des divers secteurs d'activités et les usages commerciaux".

11. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que même si sa délégation ne voit aucune objection à la proposition du représentant de la France, le fait de mentionner l'EESSI, qui est une organisation régionale, rendrait nécessaire l'inclusion d'autres organismes régionaux, comme l'Organisation des États américains. Bien qu'elle soit disposée à dresser une liste de références pour sa région, afin de l'inclure au paragraphe 135 de manière à éviter de donner à penser que toutes les initiatives sont prises dans une seule région, la délégation des États-Unis préférerait que le paragraphe ne soit pas alourdi par une longue liste de références régionales.

12. M. CAPRIOLI (France), appuyé par Mme GAVRILESCU (Roumanie), dit que sa délégation comprend parfaitement les préoccupations exprimées par le représentant des États-Unis. Il propose qu'au lieu de mentionner expressément l'EESSI, on ajoute les mots "y compris les initiatives régionales," après les mots "les pratiques des divers secteurs d'activités et les usages commerciaux" au paragraphe 135.

13. M. LEBEDEV (Fédération de Russie) dit que la discussion concernant le paragraphe 135 devrait être suspendue en attendant que le secrétariat en modifie le texte de manière à tenir compte des observations qui ont été faites. Sa délégation n'est pas favorable à l'insertion de l'expression "*voluntary industry practices*", qui serait difficile à traduire dans d'autres langues. Il admet qu'il serait utile de mentionner en termes généraux les initiatives régionales dans le paragraphe 135.

14. M. BAKER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] dit que sa délégation propose que le paragraphe 159 soit libellé de la façon suivante:

"159. La notion de "norme internationale reconnue" devrait être interprétée de façon large comme englobant à la fois les normes internationales techniques et commerciales (c'est-à-dire les normes du marché) et les normes et règles adoptées par des organismes gouvernementaux ou intergouvernementaux (ibid., par. 49). Des "normes internationales reconnues" peuvent prendre la forme de déclarations sur les pratiques techniques, juridiques ou commerciales acceptées, qu'elles aient été mises au point par le secteur public ou par le secteur privé (ou les deux), de nature normative ou interprétative, généralement acceptées comme internationalement applicables. De telles normes peuvent se présenter sous forme d'exigences, de recommandations, de principes directeurs, de codes de conduite ou de déclarations de bonnes pratiques ou de règles (ibid., par. 101 à 104). Les normes techniques et commerciales internationales volontaires peuvent être à la base des spécifications de produits, des critères en matière d'ingénierie et de conception, et du consensus pour la recherche-développement concernant les nouveaux produits. Pour garantir la souplesse nécessaire à cette pratique commerciale, promouvoir des normes ouvertes en vue de faciliter l'interopérabilité et servir l'objectif de reconnaissance internationale (au sens de l'article 12), les États pourront souhaiter tenir dûment compte des relations entre les spécifications pouvant figurer dans les réglementations nationales ou être autorisées par celles-ci et le processus de normalisation technique volontaire."

15. M. MAZZONI (Italie), appuyé par M. GAUTHIER (Canada), M. TATOUT (France) et M. ZANKER (Observateur de l'Australie), dit que sa délégation ne voit pas le rapport entre la dernière phrase du nouveau texte proposé par la CCI et la reconnaissance des certificats étrangers. Il avait cru comprendre que le texte supplémentaire serait une déclaration générale visant à promouvoir l'interopérabilité internationale plutôt qu'un moyen d'interpréter l'article 12.

16. M. BAKER [Observateur de la Chambre de commerce internationale (CCI)] dit que la référence à l'article 12 dans la modification du paragraphe 159 proposée par sa délégation a pour but de préciser l'exigence énoncée au paragraphe 4 de l'article 12, aux termes duquel il doit être tenu compte des normes internationales pour déterminer si des certificats ou des signatures électroniques offrent un niveau de fiabilité substantiellement équivalent. Bien que cette référence ne soit pas vitale, la CCI estime que la partie du texte décrivant les normes est essentielle si l'on veut que le paragraphe 159 tienne compte des changements apportés au paragraphe 69.

17. M. MADRID PARRA (Espagne) dit que, par souci d'homogénéité, il faudrait que le paragraphe 159 renvoie au paragraphe 135, si celui-ci contient un renvoi au paragraphe 159. La Commission devrait demander au secrétariat de veiller à ce que tous les paragraphes du projet de guide qui font référence à des articles particuliers donnent une explication plus détaillée du contenu de ces articles, notamment dans les cas où ces derniers sont très concis. En outre, pour faciliter la tâche des utilisateurs, il faudrait ajouter dans le chapitre II du Guide, qui contient des observations article par article, des renvois aux informations données dans le chapitre premier.

18. M. SORIEUL (secrétariat) dit que le secrétariat n'est pas en mesure de commencer à remanier le Guide. Même sans instructions explicites de la Commission, le secrétariat a l'intention de mettre à jour le Guide pour tenir compte des débats qui ont eu lieu à la trente-quatrième session et d'ajouter des renvois entre paragraphes. À ce stade, il incombe à la Commission d'informer le secrétariat de toute modification qu'elle souhaite apporter à tel ou tel paragraphe.

19. Le PRÉSIDENT présume que la Commission souhaite conserver en l'état le paragraphe 159 et insérer les remarques du représentant de la CCI dans le rapport de la Commission.

20. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est suspendue à 15 h 15, et elle est reprise à 15 h 50.

21. M. LINARES GIL (Espagne), appuyé par M. PÉREZ (Colombie), M. CAPRIOLI (France) et M. MARADIAGA (Honduras), dit que le paragraphe 54 du Guide devrait mentionner la situation actuelle en matière d'utilisation de signatures numériques. Sa délégation propose d'ajouter la nouvelle phrase suivante après la seconde phrase du paragraphe 54: "La clef publique du prestataire de services de certification peut être contenue dans un certificat délivré par lui-même et connu sous le nom de certificat source." Il faudrait modifier la dernière phrase du paragraphe 54 de la manière suivante: "Selon la législation de certains États, on pourrait inspirer la confiance dans la signature numérique du prestataire de services de certification en publiant certaines données concernant le certificat source, par exemple une empreinte digitale numérique, dans un bulletin officiel." Cela ne changerait pas le fond du paragraphe, mais indiquerait quelle est la pratique suivie à l'heure actuelle dans certains pays.

22. M. LEBEDEV (Fédération de Russie) dit que sa délégation est favorable à la proposition présentée par le représentant de l'Espagne. Il suggère que la nouvelle phrase qu'il est proposé d'ajouter au paragraphe 54 soit modifiée afin d'indiquer que l'on a actuellement tendance à utiliser des certificats sources.

23. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation ne voit aucune objection à la proposition de l'Espagne concernant l'inclusion d'une référence aux certificats sources. Toutefois, il ne peut pas accepter la proposition de la Fédération de Russie d'indiquer dans le paragraphe 54 que l'on a tendance à utiliser des certificats sources. Bien que l'on puisse observer une telle tendance dans certaines régions, les États-Unis abandonnent les formules de certification source verticales au profit de systèmes de certification par deux entités, qui sont plus efficaces et beaucoup moins coûteux.

24. Mme PROULX (Canada) dit que sa délégation est satisfaite du libellé actuel du paragraphe 54, mais qu'elle ne s'opposera pas à l'inclusion d'exemples. Toutefois, comme les certificats ne sont mentionnés qu'en termes généraux ailleurs dans le Guide, il serait illogique de passer du général au spécifique dans le paragraphe 54. Sa délégation est favorable à ce que l'on conserve la mention de la clef publique dans la dernière phrase et à ce que l'on ajoute simplement au texte existant les mots proposés par le représentant de l'Espagne.

25. M. CAPRIOLI (France) dit que les modifications proposées par l'Espagne seraient très utiles aux utilisateurs et aux marchés sur lesquels ceux-ci opèrent.

26. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que la Commission a pour tâche de rédiger des normes juridiques et non pas de débattre de la manière dont certains systèmes pourraient fonctionner dans la pratique. Bien que la certification source puisse être techniquement efficace, il n'est pas exact de dire qu'elle est économique et qu'on y a largement recours dans de nombreux pays.

27. M. LEBEDEV (Fédération de Russie) déclare que la proposition de sa délégation a pour but de préciser que la proposition de l'Espagne n'est pas acceptée universellement mais signale une tendance récente parmi d'autres. Peut-être le Guide pourrait-il mentionner qu'il existe plusieurs approches possibles.

28. Le PRÉSIDENT suggère que la Commission adopte dans son principe la proposition du représentant de l'Espagne, sous réserve des précisions apportées par les représentants de la Fédération de Russie et du Canada. Le secrétariat apportera les modifications nécessaires au texte du paragraphe 54.

29. *Il en est ainsi décidé.*

30. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) dit que le fait de mentionner expressément la certification source au paragraphe 54 donnerait à penser que la Commission est favorable à cette approche. Par souci d'équilibre, il faudrait indiquer clairement dans le Guide que de fortes objections ont été opposées dans certains pays à l'utilisation de certificats sources pour plusieurs raisons, notamment le coût social et l'ampleur de la réglementation gouvernementale.

31. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat a pris note des remarques du représentant des États-Unis et veillera à ce que le libellé du paragraphe 54 soit bien équilibré.

32. M. LINARES GIL (Espagne) appelle l'attention sur la deuxième phrase de l'alinéa 3 du paragraphe 62, où il est dit: "La création de la signature numérique utilise un résultat de hachage découlant à la fois du message signé et d'une clef privée donnée et qui leur est unique". Dans certains cas, tout au moins en ce qui concerne la technologie utilisée par les services gouvernementaux espagnols, le résultat de hachage provient en fait du message et est donc particulier à ce message, mais pas à la clef privée. Par conséquent, la délégation espagnole propose que la deuxième phrase de l'alinéa 3 soit remaniée pour indiquer que le mot "unique" ne s'applique qu'au message signé. Cela permettra d'éviter toute confusion lorsque le Guide sera appliqué dans les différents États.

33. M. KOBORI (Japon), M. CAPRIOLI (France) et M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) appuient la modification proposée par l'Espagne.

34. Le PRÉSIDENT présume que la Commission souhaite adopter la modification proposée par le représentant de l'Espagne.

35. *Il en est ainsi décidé.*

36. M. MARKUS (Observateur de la Suisse) dit que le paragraphe 29 énumère d'abord plusieurs fonctions traditionnelles, ou essentielles, d'une signature, dont l'une est l'association d'une personne avec la teneur d'un document, puis plusieurs fonctions supplémentaires, dont l'une est l'intention d'une partie d'être liée par le contenu d'un contrat signé. Il est dit au paragraphe 93 que l'intention de signer n'est que le plus petit commun dénominateur des différentes conceptions de la "signature" que l'on trouve dans les divers systèmes juridiques. Étant donné que, selon le paragraphe 29, l'intention de signer est considérée comme une fonction supplémentaire, mais non obligatoire, d'une signature, elle ne devrait pas, selon la délégation suisse, être présentée dans le paragraphe 93 comme le plus petit commun dénominateur des différentes conceptions de la "signature". Étant donné que l'intention de signer est purement subjective, il ne faudrait pas en parler au paragraphe 93 et mentionner à la place la fonction essentielle visée au paragraphe 29, à savoir l'association d'une personne avec la teneur d'un document.

37. Le PRÉSIDENT déclare qu'en l'absence d'objection le secrétariat tiendra compte de la proposition de l'Observateur de la Suisse et apportera les modifications nécessaires.

38. *Il en est ainsi décidé.*

39. M. LINARES GIL (Espagne) dit que sa délégation a des difficultés à comprendre le sens de la dernière phrase du paragraphe 121, selon laquelle lorsque plusieurs employés partagent certaines données afférentes à la création de signatures électroniques d'une société, ces dernières doivent néanmoins permettre d'identifier sans ambiguïté un utilisateur dans le contexte de chaque signature électronique. Il sera difficile d'identifier cet utilisateur, étant donné que le signataire ne sera pas nécessairement aussi l'utilisateur; si l'utilisateur est l'un des employés autorisé à utiliser les mêmes données, le représentant de l'Espagne souhaite savoir comment ces données permettront d'identifier cet utilisateur particulier. Sa délégation demande des précisions également sur la signification des termes "dynamique des signatures" figurant au paragraphe 82.

40. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique) déclare que le problème évoqué par le représentant de l'Espagne n'est pas imputable au Guide, qui traduit correctement le contenu de la Loi type. Pendant la rédaction, certains membres de la Commission se sont inquiétés de ce que nombre de dispositions de la Loi type étaient axées sur une application plus ancienne de la technologie numérique et ne prévoyaient pas l'évolution future. Le paragraphe 3 de l'article 6 porte sur un domaine pratique très étroit, et les applications les plus récentes, notamment la nouvelle technologie informatique XTML et les nouvelles applications des signatures, ne répondraient probablement pas aux normes qui y sont définies. Cela est dû au fait que les critères ont été définis à un stade trop précoce du processus de développement de la technologie.

41. M. SEKOLEC (secrétariat) suggère, afin de répondre à la préoccupation du représentant de l'Espagne, de remplacer, dans la dernière phrase du paragraphe 121, les mots "permettre d'identifier sans ambiguïté un utilisateur" par les mots "permettre d'identifier sans ambiguïté une personne". Ainsi, on alignerait cette phrase sur le paragraphe 3 de l'article 6, et on établirait la distinction nécessaire entre un utilisateur et des utilisateurs multiples.

42. M. ZANKER (Observateur de l'Australie) appuie la suggestion du secrétariat. On pourrait peut-être remplacer le mot "utilisateur" au paragraphe 121 par les mots "personne" ou "signataire".

43. Le PRÉSIDENT propose que le secrétariat remanie la dernière phrase du paragraphe 121, en tenant compte des préoccupations qui ont été exprimées.

44. *Il en est ainsi décidé.*

45. M. BURMAN (États-Unis d'Amérique), répondant à la question posée par le représentant de l'Espagne, dit que l'expression "dynamique des signatures" désigne une technologie britannique très complexe qui, dans les circonstances appropriées, permet un taux élevé de reconnaissance des signatures manuelles. Cette technologie, qui est commercialisée sous divers noms de marque, est très répandue et il y a assurément un terme pour la désigner en Espagne.

46. Le PRÉSIDENT suggère que le secrétariat s'efforce de trouver le terme espagnol correct pour "dynamique des signatures" ou bien mettre le terme anglais entre guillemets ou entre parenthèses dans le texte espagnol.

47. *Il en est ainsi décidé.*

48. M. KOBORI (Japon) dit que le début de la première phrase du paragraphe 153 devrait tenir compte du libellé du paragraphe 31 du document A/CN.9/483, qui traite de la même question. Par conséquent, sa délégation propose que les mots "le paragraphe 2 a pour objet de définir le caractère général..." devrait être modifié ainsi: "le paragraphe 2 a pour objet non pas de mettre les

prestataires étrangers de services de certification en meilleure posture que les prestataires nationaux, mais de définir le critère général pour la reconnaissance".

49. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection il demandera au secrétariat de veiller à ce que la version finale du Guide tienne compte des remarques du représentant du Japon.

50. *Il en est ainsi décidé.*

51. *Le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, tel que modifié, est adopté.*

La séance est levée à 16 h 45.

Compte rendu analytique (partiel)* de la 730e séance

Vendredi 6 juillet 2001, à 14 heures

[A/CN.9/SR.730]

Président: M. MORÁN BOVIO (Espagne) (Vice-Président)

En l'absence de M. Abascal Zamora (Mexique), M. Morán Bovio (Espagne), Vice-Président, prend la présidence.

La séance est ouverte à 14 h 25.

PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES DANS LE COMMERCE INTERNATIONAL *(suite)* (A/CN.9/486, 489 et Add.1, 490 et Add.1 à 5 et 491 et Add.1; A/CN.9/XXXIV/CRP.1 et Add.1 à 13, CRP.2 et Add.1 à 4 et CRP.3 à 11)

Rapport du groupe de rédaction (suite) (A/CN.9/XXXIV/CRP.2 et Add.1 à 4)

Projets d'articles 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16 et 17 (A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.3)

1. M. HUANG FENG (Chine) dit que sa délégation aimerait savoir pourquoi l'article 10 a été supprimé.

2. M. BAZINAS (secrétariat) dit que le projet d'article 10 a été supprimé parce que la partie liminaire de l'article le privait de toute signification quant à la détermination du moment de la cession.

3. *Les projets d'articles 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16 et 17 sont adoptés.*

Projets d'articles 4, 11, 12, 28 bis, *35, 36, 37, 37* bis, *38, 41 et 47 et projet d'article 8 de l'annexe* (A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.4)

4. Mme BRELIER (France) dit que, pour plus de clarté, il conviendrait de remplacer le mot "régie" par "couverte" dans le texte français du paragraphe 1 de l'article 38.

5. M. MARADIAGA (Honduras) dit qu'une modification rédactionnelle analogue pourrait être apportée au texte espagnol afin d'éviter la répétition de "*regule*" et "*regulada*".

6. *Les projets d'articles 4, 11, 12, 28* bis, *35, 36, 37, 37* bis, *38, 41 et 47 et le projet d'article 8 de l'annexe sont adoptés.*

*Aucun compte rendu analytique n'a été établi pour le reste de la séance.

PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR LES SIGNATURES ÉLECTRONIQUES ET PROJET DE GUIDE POUR SON INCORPORATION *(suite)* (A/CN.9/492 et Add.1 à 3 et 493; A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.5 et 6)

Rapport du groupe de rédaction (A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.6)

7. M. SORIEUL (secrétariat) dit que le rapport du groupe de rédaction (A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.6) contient la dernière version du texte intégral du projet de loi type, qui a subi relativement peu de modifications, excepté au paragraphe 2 de l'article 8 et aux paragraphes 1 et 2 de l'article 9.

8. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le rapport du groupe de rédaction article par article.

Projet d'article premier (A/CN.9/XXXIV/CRP.2/ Add.6)

9. *Le projet d'article premier est adopté.*

Projet d'article 2 (A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.6)

10. M. JOKO SMART (Sierra Leone) s'interroge sur l'opportunité de remplacer le mot "indiquer" par "indiquant" à l'alinéa *a* de l'article 2.

11. M. GAUTHIER (Canada), appuyé par M. MARKUS (Observateur de la Suisse), propose d'insérer le mot "pour" avant "indiquer" pour rendre le texte plus clair.

12. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que le libellé proposé est acceptable.

13. *Il en est ainsi décidé.*

14. *Le projet d'article 2, tel que modifié, est adopté.*

Projets d'articles 3 à 6 (A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.6)

15. *Les projets d'articles 3 à 6 sont adoptés.*

Projet d'article 7 (A/CN.9/XXXIV/CRP.2/Add.6)

16. M. SORIEUL (secrétariat) dit que le texte placé entre crochets au paragraphe 1 de l'article 7 devrait aussi être en italique.

17. *Le projet d'article 7, tel que modifié, est adopté.*

Projets d'articles 8 à 12 (A/CN.9/XXXIV/CRP.2/ Add.6)

18. *Les projets d'articles 8 à 12 sont adoptés.*

Le débat correspondant au compte rendu analytique prend fin à 16 h 15.

IV. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI[1]

Note du secrétariat (A/CN.9/517) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
I.	QUESTIONS GÉNÉRALES	621
II.	VENTE INTERNATIONALE DE MARCHANDISES	622
III.	ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION	624
IV.	TRANSPORTS INTERNATIONAUX	627
V.	PAIEMENTS INTERNATIONAUX	627
VI.	COMMERCE ÉLECTRONIQUE	627
VII.	GARANTIES INDÉPENDANTES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY	628
VIII.	PASSATION DES MARCHÉS	628
IX.	L'INSOLVABILITÉ INTERNATIONALE	628
X.	FINANCEMENT PAR CESSION DE CRÉANCES	628
XI.	CONTRATS INTERNATIONAUX DE CONSTRUCTION	629
XII.	PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ	629
XIII.	SÛRETÉS	629
Annexe.	TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI	630

I. Questions générales

Bergsten, E. E. Teaching about international commercial law and arbitration; the eighth annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. *Journal of international arbitration* (La Haye) 18:4:481-486, 2001.

Bonell, M. J. Do we need a global commercial code? *Dickinson law review* (Carlisle, Pennsylvanie) 106:1:87-100, 2001.

Diesse, F. Travaux des organisations internationales: droit du commerce international. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris) 6:793-801, 2001.

Goode, R. Insularity or leadership; the role of the United Kingdom in the harmonization of commercial law. *International and Comparative Law Quarterly* (Londres) 50:4:751-765, 2001.

Herrmann, G. The role of UNCITRAL. *Dans* Foundations and perspectives of international trade law. *Publié sous la direction de* I. Fletcher, L. Mistellis et M. Cremona. Londres, Sweet & Maxwell, 2001. P. 28 à 36.

Kronke, H. The future of harmonization and formulating agencies: the role of Unidroit. *Dans* Foundations and perspectives of international trade law. *Publié sous la direction de* I. Fletcher, L. Mistellis et M. Cremona. Londres, Sweet & Maxwell, 2001. P. 59 à 66.

Levy, D. Private international law. *Dans* ASIL guide to electronic resources for international law. ASIL Bulletin (Washington, D.C.) 14:135-140, 2002.

Mistelis, L. Is harmonization a necessary evil? The future of harmonization and new sources of international trade law. *Dans* Foundations and perspectives of international trade law. *Publié sous la direction de* I. Fletcher, L. Mistellis et M. Cremona. Londres, Sweet & Maxwell, 2001. P. 3 à 27.

Morán Bovio, D. 34° período de sesiones del plenario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid), 84:275-278, 2001.

Piaggi, A. I., *et* L. A. Estoup (sous la direction de). Derecho mercantil contemporáneo. Buenos Aires, La Ley, 2001. P. 389.

[1]La jurisprudence relative aux travaux de la CNUDCI et les références bibliographiques s'y rapportant sont publiées sous la cote A/CN.9/SER.C/... .

Pérez-Nieto Castro, L., *et* J. A. Silva Silva. La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil International. *Dans* Derecho internacional privado, parte especial (Mexique). Mexico, Oxford University Press, 2000. P. 25 à 32.

Inclut les textes suivants: Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (p. 581 à 601); et Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, modifiée par le Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (p. 601 à 608).

Waincymer, J. International and comparative legal education through the Willem C. Vis Moot program; a personal reflection. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 5:2:251-283, 2001.

II. Vente internationale de marchandises

Amissah, R. Revisiting the autonomous contract — transnational contract «law», trends and supportive structures. *Dans* Foundations and perspectives of international trade law. *Publié sous la direction de* I. Fletcher, L. Mistellis et M. Cremona. Londres, Sweet & Maxwell, 2001. P. 320 à 342.

Andersen, C. B. Uniformity in the CISG in the first decade of its application. *Dans* Foundations and perspectives of international trade law. *Publié sous la direction de* I. Fletcher, L. Mistellis et M. Cremona. Londres, Sweet & Maxwell, 2001. P. 289 à 297.

Blase, F. Negotiating payment in export trade. *Dans* Law and practice of export trade; central practice and study guides (n° 3). Münster, Center for transnational law, 2001. P. 155 à 174.

Bonell, J. M. The Unidroit principles of international commercial contracts and the harmonization of international sales law. *Dans* Foundations and perspectives of international trade law. *Publié sous la direction de* I. Fletcher, L. Mistellis et M. Cremona. Londres, Sweet & Maxwell, 2001. P. 298 à 309.

Chen, F. The new era of Chinese contract law: history, development and a comparative analysis. *Brooklyn journal of international law* (Brooklyn, New York) 27:153 à 190, 2001.

Cox, T. Chaos versus uniformity; the divergent views of software in the international community. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 4:1:3-29, 2000.

Del Duca, L. F. *et* P. Del Duca. Selected topics under the Convention on International Sale of Goods (CISG). *Dickinson law review* (Carlisle, Pennsylvanie) 106:1:205-254, 2001.

De Ly, F. La pratique de l'arbitrage commercial international et la vente internationale. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris), 3/4: 465-477, 2001.

Diesse, F. La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la Convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises (CVIM). *Journal du droit international* (Paris), 1:55-112, 2002.

Ferrari, F. Applying the CISG in a truly uniform manner: tribunale di Vigevano (Italie), 12 juillet 2000. *Uniform law review/Revue de droit uniforme* (Rome), 1:203-215, 2001.

Disponible sur Internet à l'adresse: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari4.html

_____. Der Vertriebsvertrag als vom UN-Kaufrechtsübereinkommen (nicht) erfaßter Vertragstyp oder wie der italienische Kassationshof einen groben Fehler hätte vermeiden können; zu Corte di Cassazione (I)14.12.99. *European legal forum* (Munich), 1:1:7-12, 2000.

_____. Exclusion and opting-in of the CISG. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris), 3/4: 401-414, 2001.

_____. "Forum shopping" trotz internationaler Einheitssachrechtskonventionen. *Recht der internationalen Wirtschaft* (Heidelberg), 3:169-178, 2002.

_____. General principles and international uniform commercial law conventions: a study of the 1980 Vienna Sales Convention and the 1988 Unidroit conventions on international factoring and leasing. *Pace international law review* (White Plains, New York), X:I:157-185, 1998.

_____. How to create one uniform contract law. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 5:1:3-21, 2001.

_____. International sales law in the light of the OHBLA Uniform Act relating to general commercial law and the 1980 Vienna Sales Convention. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris), 5:599-607, 2001.

_____. Italienische CISG-Rechtsprechung — Eine Übersicht. *Internationales Handelsrecht: Zeitschrift für die wirtschaftrechtliche Praxis* (Hambourg), 5:179-186, 2001.

_____. Overview on the sphere of application of the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Dans* Law and practice of export trade: central practice and study guides No. 3. Münster, Centre for transnational law, 2001. P. 53 à 95.

_____. Problematiche tipiche della Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili risolte in una prospettiva uniforme. *Giurisprudenza italiana* (Milan), p. 281 à 285, 2001.

_____. Recent Italian court decisions on the CISG. *Revue de droit des affaires internationales/ International business law journal* (Paris), 2:224-230, 2001.

Fetze Kamdem, I. L'offre dans les conventions du commerce international; the notion of supply in international trade treaties. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris), 5: 527-541, 2001.

Grace, D. L. Force majeure, China and the CISG; Is China's new contract law a step in the right direction? *San Diego international law journal* (San Diego, Californie), 2:173-207, 2001.

Grundmann, S. European sales law—reform and adoption of international models in German sales law. *European review of private law* (Dordrecht), 2/3:239-258, 2001.

Gustin, M. Passing of risk and impossibility of performance under the CISG; le transfert des risques et l'impossibilité d'exécution dans la CVIM. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris), 3/4: 379 à 401, 2001.

Guyot, D. Russie: le contrat de vente international et les particularités du droit russe. *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation* (Paris), 6:1325-1336, 2001.

Herber, R. Mangelfolgeschäden nach dem CISG und nationales Deliktsrecht. *Internationales Handelsrecht: Zeitschrift für die wirtschaftsrechtliche Praxis* (Hambourg), 5:187-191, 2001.

Heuze, V. The formation of contracts in accordance with the CISG: some difficulties encountered: La formation du contrat selon la CVIM: quelques difficultés. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris), 3/4: 277-291, 2001.

Keily, T. Good faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 3:1:15-40, 1999.

Kilian, M. CISG and the problem with common law jurisdictions. *Journal of transnational law and policy* (Tallahassee, Floride), 10:217-243, 2001.

Krebs, M. Das UN-Kaufrecht ist nicht anwendbar auf Garantieverträge des Verkäufers mit Abnehmern des Käufers. *European Legal Forum* (Munich), 1:16-18, 2001.

Kritzer, A. H., *et* L.A. Mistelis. Taming the dragons of uniform law: sharing the reasoning of courts and arbitral tribunals — English case texts and translated case texts. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 5:2:285-312, 2001.

Kruisinga, S. A. What do consumer and commercial sales law have in common? A comparison of the EC Directive on consumer sales law and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *European review of private law* (Pays-Bas), 9:2-3:177-188, 2001.

Ledić, D. Pravna vrela trgovačkog prava = Legal sources of trade law. *Zbornik pravnog fakulteta sveučilišta u rijeci, supplement* (Rijeka), 1:455-479, 2001.

En croate, avec des résumés allemand, anglais et italien.

Les parties écartent tacitement la Convention de Vienne en s'abstenant de l'invoquer devant le juge français. *Recueil Dalloz* (Paris), 31:2591-2593, 2001.

Li-Kotovtchikhine, X. Y. Le nouveau droit chinois des contrats internationaux. *Journal du droit international* (Paris), 1:113-163, 2002.

Loewe, R. The sphere of application of the United Nations Sales Convention. *Pace international law review* (White Plains, New York), X:I:79-88, 1998.

Magnus, U. Remarks on good faith; the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the International Institute for the Unification of Private Law Principles of International Commercial Contracts. *Pace international law review* (White Plains, New York), X:I:89-95, 1998.

Majumdar, I. B., *et* S. Jha. The law relating to damages under international sales: a comparative overview between the CISG and Indian contract law. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 5:2:185-211, 2001.

Mastellone, C. H. Sales-related issues not covered by the CISG: assignment, set-off, statute of limitations etc. under Italian law. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 5:2:143-184, 2001.

Nottage, L. Practical and theoretical implications of the Lex Mercatoria for Japan; CENTRAL's empirical study on the use of transnational law. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 4:2:132-146, 2001.

Osuna, A. Dictamen relativo a la queja promovida por Dulces Luisi, S.A. de C.V., en contra de Seoul International Co. Ltd. y Seoula Confectionary Co. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pennsylvanie), 19:2:265-281, 2000.

En anglais.

Pauly, C. The concept of fundamental breach as an international principle to create uniformity of commercial law. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pennsylvanie), 19:2:221-243, 2000.

Perales Viscasillas, M. P. "Battle of the forms" under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a comparison with section 2-207 UCC and the Undroit Principles. *Pace international law review* (White Plains, New York), X:I:97-156, 1998.

_____. Formation of the contract under the CISG. *Dans* Law and practice of export trade: Central practice and study guides (n° 3). Münster, Center for transnational law, 2001. P. 97 à 113.

Pignarre, G. Retirement; la délivrance, fait générateur de l'obligation de retirement de l'acheteur. *Recueil Dalloz* (Paris), 12:997-998, 2002.

Piltz, B. Rights and obligations of the seller and of the buyer under the CISG. *Dans* Law and practice of export trade: Central practice and study guides (n° 3). Münster, Center for transnational law, 2001. P. 115 à 130

Rauda, C., *et* G. Etier. Warranty for intellectual property rights in the international sale of goods. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 4:1:30-61, 2000.

Rogers, V. M. Beware of faux amis: the importance of uniform terminology in international sales law. *Dans* Law and practice of export trade: Central practice and study guides (n° 3). Münster, Center for transnational law, 2001. P. 29 à 52.

Romein, A. International sale of goods and the transfer of risk. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 4:1:62-79, 2000.

Rosch, W., *et* N. Spiegel. Consentement à la vente et interprétation de la volonté des parties, *Recueil Dalloz* (Paris), 4:396, 2002.

Sandberg, S. R. Globalized horse trade: a need for heightened sophistication in the equine industry. *University of Missouri at Kansas City law review*, 69:613-642, 2001.

Sanders, P., The harmonizing influence of the work of UNCITRAL on arbitration and conciliation. *Dans* Understanding transnational commercial arbitration: Central practice and study guides (n° 2). Münster, Center for transnational law, 2001. P. 43 à 55.

Šarcevic, P., *et* P. Volken, The international sale of goods revisited. La Haye, Kluwer Law International, 2001. 288 p.

Schroeter, U. Vienna Sales Convention: applicability to "mixed contracts" and interaction with the 1968 Brussels Convention. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 5:1:74-83, 2001.

_____. Oberlandesgericht München, 3 décembre 1999. Note de cas. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 5:1:130-136, 2001.

Schultz, R. Rolling contract formation under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Cornell international law journal* (Ithaca, New York), 35:263-289, 2001.

Seghers, N., *et* F. Walschot. Model contracts with respect to the CISG: Les contrats type en rapport avec la CVIM. *Revue de droit des affaires internationales/ International business law journal* (Paris), 3/4: 415-465, 2001.

Senacq, S. International sales and electronic commerce: La vente internationale et le commerce électronique. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris) 3/4:489-500, 2001.

Simons, T. CISG Art. 39 Abs. 1. *European legal forum* (Munich), 1:12-15, 2001.

Commentaire sur la CVIM.

Slipachuk, T. V., *et* P. Runeland. Kiev: from zero to 800 cases per year in less than 10 years. *American review of international arbitration* (New York, New York), 11:4:585-606, 2000.

Sukurs, C. Harmonizing the battle of forms: a comparison of the United States, Canada and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Vanderbilt journal of transnational law* (Nashville, Tennessee), 34:1481-1515, 2001.

Thoma, I. Relations between conflict of laws rules and uniform law. *Revue hellénique de droit international* (Athènes), 53:1:169-188, 2000.

Thompson, D. A. Translation of Oberlandesgericht Karlsruhe decision of 25-06-1997 including commentary—buyer beware: German interpretation of the CISG has lead to results unfavorable to buyers. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pennsylvanie), 19:2:245-264, 2000.

Tournafond, O. Garantie des vices cachés: la distinction du vice caché et de l'erreur vice du consentement. *Recueil Dalloz* (Paris), 12:1002-1003, 2002.

UN-Kaufrecht stellt strenge Anforderungen an Untersuchungspflicht. *Recht der internationalen Wirtschaft* (Heidelberg), 5:381-382, 2001.

Texte d'un arrêt rendu par la Haute Cour régionale d'Oldenburg, en date du 5 décembre 2000.

UN-Kaufrecht: Voraussetzungen für einen Vertragsschluss. *Recht der internationalen Wirtschaft* (Heidelberg), 5:383-384, 2001.

Texte d'un arrêt rendu par la Haute Cour régionale de Francfort-sur-le-Main en date du 30 août 2000.

Van Houte, H., *et* P. Wautelet. The duties of parties and the sanctions for non-performance under the CISG: Obligations des parties et sanctions des obligations dans la CVIM. *Revue de droit des affaires/ International business law journal* (Paris), 3/4: 293-353, 2001.

Vanwijck-Alexandre, M. Anticipatory breach and instalment contracts in the CISG: Contravention anticipée et contrats à livraisons successives dans la CVIM. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris), 3/4:353-378, 2001.

Veneziano, A. The application of Unidroit principles in international sales: L'application des principes d'Unidroit dans la vente internationale. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris), 3/4:477-488, 2001.

Vente internationale: application de la garantie contre les réclamations fondées sur les droits de propriété intellectuelle. *Recueil Dalloz* (Paris), 16:1348, 2002.

Vida, A. Differenzierte Rechtsanwendung beim internationalen Kaufvertrag (zu Hauptstadtgericht Budapest. *IPRax* (Bielefeld), 2:146-147, 2002.

Weizhong, Y., *et* F. N. Fisanich, Translation arbitration award of the China International Economic and Trade Arbitration Commission for dispute concerning delivery and quality of roll aluminium and aluminium parts for the manufacture of cans, 30 octobre 1991, Beijing. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pennsylvanie), 19:2:283-293, 2000.

Initialement publié en chinois sous la forme d'un recueil de décisions choisies de la Commission internationale chinoise d'arbitrage économique et commercial, 1989-1995, Beijing, par les éditions chinoises de l'économie et du commerce extérieur, 1997.

Witz, C. Conflit de juridictions dans le cadre d'une vente internationale de marchandises. *Recueil Dalloz* (Paris), 44:3607, 2001.

_____. CISG: interpretation and non-covered issues: CVIM: interprétation et questions non couvertes. *Revue de droit des affaires internationales/ International business law journal* (Paris), 3/4:253-277, 2001.

Zur Frage der Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen in dem UN-Kaufrecht unterliegende Verträge. *Wertpapiermitteilungen* (Francfort-sur-le-Main), 9:442-444, 2002.

Zeller, B. Downs Investment Pty. Ltd. V. Perwaja Steel SDN BHD [2000] QSC 421 (17 novembre 2000). *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 5:1:124-129, 2001.

III. Arbitrage commercial international et conciliation

Abdelghader, N. Ittifak al-tahkim woufken likanoun al-tahkim fi al-maouad al-madaniya va al-tijariah 27 lsanet 1994 = Accord d'arbitrage sur le modèle de la procédure arbitrale du code civil et commercial n° 27 de 1994. Dar'alnahzate alarabiate (Alghahara), 1996. 542 p.

En arabe. Se réfère à la Convention de New York de 1958 et à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985.

Arbitration and alternative dispute resolution: how to settle international business disputes. Genève, Centre du commerce international, 2001.

Bachand, F. Arbitrage commercial: assujettissement d'un tribunal arbitral conventionnel au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure et contrôle judiciaire d'ordonnances de procédure rendues par les arbitres. *Revue juridique Thémis* (Montréal), 35:465-483, 2001.

Berger, K. P. Power of arbitrators to fill gaps and revise contracts to make sense. *Dans* Foundations and perspectives of international trade law. *Publié sous la direction de* I. Fletcher, L. Mistellis et M. Cremona. Londres, Sweet & Maxwell, 2001. P. 269 à 285.

Bezen, S. Turkey adopts UNCITRAL Model Law. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie), 16:8:42-43, 2001.

Blackaby, N. Arbitration and Brazil: a foreign perspective. *Arbitration international* (La Haye), 17:2:129-142, 2001.

Bowman, J. P. Dispute resolution planning for the gas and oil industry. *ICSID Review = Foreign investment law journal* (Washington, D.C.), 16:2:332-407, 2001.

Cairns, D. J. A., *et* G. Stampa. Arbitration law in Spain: taking-off... at last? *International arbitration law review* (Londres), 3:84-89, 2001.

Chao, C., *et* J. Schurz. International arbitration: selecting the proper forum. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie), 17:2:41-54, 2002.

Chibueze, R. O. The adoption and application of the Model Law in Canada: post-arbitration challenge. *Journal of international arbitration* (Dordrecht), 18:2:191-210, 2001.

Cobb, M. B. Article 16 (1) of the UNCITRAL Model Law: the related doctrines of kompetenz-kompetenz and separability. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie), 16:6:32-40, 2001.

Cook, J. M. International arbitration in the Latin American context: a comparative look at arbitration in Mexico and the United States. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 3:1:41-60, 1999.

Cordero Moss, G. National rules on arbitrability and the validity of an international arbitral award: the example of disputes regarding petroleum investments in the Russian Federation. *Stockholm arbitration report* (Stockholm), 1:7-24, 2001.

Cram-Martos, V. The United Nations Economic Commission for Europe and the 1961 Convention on International Commercial Arbitration. *Journal of international arbitration* (Dordrecht), 17:6:137-153, 2000.

Daly, J. L. International commercial negotiation and arbitration. *Hamline journal of public law & policy* (Saint Paul, Minnesota), 22:217-251, 2001.

Davis, K. R. Unconventional wisdom: a new look at articles V and VII of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. *Texas international law journal* (Austin, Texas), 37:43-87, 2001.

Dimolitsa, A. Les points de divergence entre la nouvelle loi grecque sur l'arbitrage et la loi-type CNUDCI. *Revue de l'arbitrage* (Paris), 2:227-266, 2000.

Dulic, A. First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan and the kompetenz-kompetenz principle. *Pepperdine dispute resolution law journal* (Malibu, Californie), 2:77-97, 2002.

Ebeid, N. A. Roh'yat jadida: Litatvir al-tahkim al-tijari al-douali = Deux nouvelles conceptions du développement de l'arbitrage commercial international. *Altahkim* (Yémen), 8:13-14, 2000.

En arabe.

_____. Al-uncitral tabda' morajaat kawa'ed al-tahkim al-tijari al-douali = la CNUDCI commence à examiner les règles de l'arbitrage commercial international. *Altahkim* (Yémen), 15:14-18, 2001.

En arabe.

Edwards, A. Confidentiality in arbitration: fact or fiction? *International arbitration law review* (Londres), 3:94-95, 2001.

Gotanda, J. Y. An efficient method for determining jurisdiction in international arbitrations. *Columbia journal of transnational law* (New York, New York), 40:11-42, 2001.

Gusy, M. The history and significance of the New York Convention. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 4:2:147-154, 2000.

Herrmann, G. 13 years experience with the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. *Dans* Derecho mercantil contemporáneo. *Publié sous la direction de* A. Piaggi et L. A. Estoup. Buenos Aires, La Ley, 2001. P. 67 à 80.

_____. Some legal E-flections on online arbitration ("cybitration©"). *Dans* Law of international business and dispute settlement in the 21st century: Recht der internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert. *Publié sous la direction de* R. Birner, *et alia*, Koeln, 2001. P. 267 à 276.

Howell, D., *et al.* International arbitration in Singapore—opting out of the UNCITRAL Model Law. *Journal of international arbitration* (Dordrecht), 19:1:39-50, 2002.

Huber, S. K., *et* E.W. Trachte-Huber. International ADR in the 1990s: the top ten developments. *Houston business and tax law journal* (Houston, Texas), 1:184-223, 2001.

International arbitration: selecting the proper forum. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie), 17:2:41, 2002.

Ireland. Appointment of arbitrators by the courts under the Arbitration (International Commercial) Act 1998. Euro Petroleum Trading Limited v. Transpetroleum International Limited. *International arbitration law review* (Londres), 5:1:N-1-N-2, 2002.

Kantor, M. International project finance and arbitration with public sector entitities: when is arbitrability a fiction? *Fordham international law journal* (New York, New York), 24:4:1122-1183, 2001.

Karamanian, S. L. The road to the tribunal and beyond: international commercial arbitration and United States courts. *George Washington international law review* (Washington, D.C.), 34:1:17-100, 2002.

Kerameus, K. D. Modern perspectives of international jurisdiction. *Dans* Foundations and perspectives of international trade law. *Publié sous la direction de* I. Fletcher, L. Mistellis et M. Cremona. Londres, Sweet & Maxwell, 2001. P. 237 à 257.

Khalilian, S. K. A survey of the Iranian legislation on international commercial arbitration. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie), 16:10:46-54, 2001.

Kojovic, T. Court enforcement of arbitral decisions on provisional relief: how final is provisional? *Journal of international arbitration* (Dordrecht), 18:5:511-532, 2001.

Krishan, R. Appointment of an arbitrator in arbitration proceedings under the Indian arbitration and conciliation act 1996. *International arbitration law review* (Londres), 3:90-93, 2001.

Kroell, S., *et* M. Hoßdorf. Determining of the place of arbitration. *International arbitration law review* (Londres) 4:N-25, 2001.

Arrêt rendu par la Haute Cour régionale de Düsseldorf: 6 Sch.2/99, en date du 23 mars 2000.

Kroell, S., *et* R. Hennecke, Setting aside an award. *International arbitration law review* (Londres), 4:N-26-N-27, 2001.

Arrêt rendu par la Haute Cour régionale de Brême: 2 Sch.4/99, en date du 30 septembre 1999.

Liebscher, C. Reform of Austrian Arbitration Law. *Journal of international arbitration* (Dordrecht), 18:2:211-222, 2001.

Malloy, M. P. Symposium: Transnational business law in the twenty-first century: current issues in international arbitration. *The transnational lawyer* (Sacramento, Californie), 15:43-54, 2002.

Minh Dang, K., *et* S. Murugaiyan. Singapore court confuses over arbitration/*International financial law review* (Londres), 9:87-90, 2001.

Mody, Z., *et* S. Mandal. Marriott International Inc. v. Ansal Hotels Ltd. *International arbitration law review* (Londres), 3:N-19-N20, 2001.

Murray, L. M. Domestic court implementation of coordinative treaties: formulating rules for determining the seat of arbitration under the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. *Virginia journal of international law association* (Charlottesville, Virginie), 41:859-921, 2001.

NAFTA chapter 11 proceedings. Methanex Corporation v. United States. *International arbitration law review* (Londres), 2:N3-N4, 2001.

Nakamura, T. Arbitrability and the Lex Arbitri. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie), 17:3:1-8, 2002.

Narayanan, P., *et* R. Menon. Presentation of evidence in international commercial arbitration: a comparative study. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 4:2:105-121, 2000.

Newcombe, A., *et* A. Lemaire. Should *Amici Curae* participate in investment treaty arbitrations? *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 5:1:22-40, 2001.

Nouvelle loi fédérale envisagée pour l'Argentine. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie), 16:8:21-22, 2001.

Obuljen, S. Arbitration and the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. *Croatian arbitration yearbook (*Zagreb), 8:45-56, 2001.

Okekeifere, A. I. Enhancing the implementation of economic projects in the third world through arbitration. *Arbitration: an international journal* (Londres), 67:3:240-253, 2001.

Onorato, W., *et* J. J. Park. World petroleum legislation; frameworks that foster oil and gas development. *Alberta law review* (Edmonton, Alberta), 39:70-126, 2001.

Pongracic-Speier, M. Confidentiality and the public interest exception: considerations for mixed international arbitration. *The journal of world investment* (Genève), 3:2:231-265, 2002.

Pryles, M. Exclusion of the Model Law. *International arbitration law review* (Londres), 4:6:175-177, 2001.

Article publié initialement dans le *CAA Journal*, Taiwan.

Reddy, V., *et* V. Nagaraj. Arbitrability: the Indian perspective. *Journal of international arbitration* (Dordrecht), 19:2:117-149, 2002.

Reichert, K. Ireland's new international commercial arbitration law. *International arbitration law review* (Londres), 4:6:202-205, 2001.

Ryssdal, A. Interim and conservatory measures: theory, strategies and a practical experience in Lithuania. *Stockholm arbitration report* (Stockholm), 1:25-40, 2001.

Sanders, P. The harmonizing influence of the work of UNCITRAL on arbitration and conciliation. *Dans* Understanding transnational commercial arbitration: central practice and study guides (n° 2). Münster, Center for transnational law, 2001. P. 43-55.

Secomb, M. Suspension of the enforcement of awards under article VI of the New York Convention proof and LSAs. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne), 5:1:99-116, 2001.

Shackleton, S. R. Annual review of English judicial decisions on arbitration—2000. *International arbitration law review* (Londres), 4:6:178-201, 2001.

Shelkoplyas, N. The Belarussian law on international arbitration court: the spirit or the letter of the Model Law? *Journal of international arbitration* (Dordrecht), 17:6:155-162, 2001.

Slipachuk, T. V., *et* P. Runeland. Kiev: from zero to 800 cases per year in less than 10 years. *The American review of international arbitration* (New York, New York), 11:4:585-606, 2000.

Smit, R. H., *et* A. Turner. Enforcement by U.S. courts of international arbitration interim orders and awards under the New York Convention: Publicis Communication v. True North Communications Inc. *Stockholm arbitration report* (Stockholm), 1:47-56, 2001.

Szurski, T. Introducing the UNCITRAL Model Law to Poland—some remarks on the Polish law on international commercial arbitration. *Journal of international arbitration* (Dordrecht), 18:2:227-238, 2001.

Teitz, L. E. The promise and challenge of online dispute resolution. *Fordham law review* (New York, New York), 70:985-1016, 2001.

Triva, S. Recognition and enforcement of domestic arbitral awards. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb), 8:67-81, 2001.

UNCITRAL Commission says draft Model Law on conciliation "a priority": arbitration working group asked to ready proposal for Commission's 2002 session. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie), 16:8:21, 2001.

Uzelac, A. The form of the arbitration agreement and the fiction of written orality: how far should we go? *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb), 8:83-107, 2001.

Walker, M. Observations: final arbitral award rendered in 2000 in case 108/1997. *Stockholm arbitration report* (Stockholm), 1:57-72, 2001.

Webster, T. H. Obtaining evidence from third parties in international arbitration. *Arbitration international* (Dordrecht), 17:2:143-162, 2001.

Weigand, F. B. (*sous la direction de*). Practitioner's handbook on international arbitration. Munich, C. H. Beck, 2002. 1420 p.

L'introduction (p. 1 à 102) porte sur les travaux menés par la CNUDCI dans le domaine de l'arbitrage commercial international.

Williams, D. Recent developments in arbitration and dispute resolution in New Zealand. *International arbitration law review* (Londres), 2:41-49, 2001.

Williams, D., *et* A. Buchanan. Correction and interpretation of awards under article 33 of the Model Law. *International arbitration law review* (Londres), 2:119-127, 2001.

Xu, X., *et* G. D. Wilson. One country, two international commercial arbitration systems. *Journal of international arbitration* (Pays-Bas), 17:6:47-105, 2000.

IV. Transports internationaux

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). *Bulletin des transports internationaux ferroviaires = Zeitschrift für den internationalen Eisenbahnverkehr = Bulletin of international carriage by rail* (Berne), 3:63, 2001.

Gehringer, A. After carnival cruise and sky reefer: an analysis of forum selection clauses in maritime and aviation transactions. *Journal of air law and commerce* (Dallas, Texas), 66:633-688, 2001.

Girvin, S. The 37th Comité maritime international conference: a report. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres), 3:406-427, 2001.

Putzeys, J. Transport law and the United Nations. *Uniform law review/Revue de droit uniforme* (Rome), VI:2:326-335, 2001.

V. Paiements internationaux

[Aucune publication n'a été signalée pour cette rubrique.]

VI. Commerce électronique

Aschauer, C. Arbitration and new technologies: basic features of Austrian legislation in the field of e commerce. *Croatian arbitration yearbook* (Zagreb), 8:31-43, 2001.

Balloon, A. M. From wax seals to hypertext: electronic signatures, contract formation, and a new model for consumer protection in Internet transaction. *Emory law journal* (Atlanta, Géorgie), 50:905-937, 2001.

Boss, A. H. The Uniform Electronic Transactions Act in a global environment. *Idaho law review* (Moscow, Idaho), 37:275-351, 2001.

Conradie, P., *et al*. Why South Africa doesn't need the UNCITRAL Model Law? *International technology law review* (Chine, Région administrative spéciale de Hong Kong), 16:17-19, 2001.

Gobert, D., *et* É. Montero. La signature dans les contrats et les paiements électroniques: l'approche fonctionnelle. *Dans* Commerce électronique: le temps des certitudes. *Publié sous la direction de* S. Cavanillas Mugica *et al.* Bruxelles, Bruylant, 2000. P. 53 à 97.

Gregory, J. The UETA and the UECA—Canadian reflections. *Idaho law review* (Moscow, Idaho), 37:441-476, 2001.

Is the electronic signature a dead letter? *FIATA review* (Zurich), 38:6-7, 2001.

Kossick, R. The Internet in Latin America: new opportunities, developments and challenges. *American University international law review* (Washington, D.C.), 16:1309-1341, 2001.

Lacoursière, M. La responsabilité bancaire à l'ère du commerce électronique: impact des autorités de certification. *Les cahiers de droit* (Québec), 42:961-1012, 2201.

Madrid Parra, A. La Ley Modelo de la CNUDMI para las firmas electrónicas. *Revista de la contratación electrónica* (Cadix, Espagne), 22:23-28, 2001.

_____. Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL para las firmas electrónicas. *Dans* Régimen jurídico de Internet. *Publié sous la direction de* J. Cremades, M. A. Fernández-Ornóñez et R. Illescas. Madrid, La Ley, 2002. P. 817 à 873.

_____. Proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL para las firmas electrónicas. *Derecho de los negocios* (Madrid), 128:1-32, 2001.

_____. Seguridad, pago y entrega en el comercio electrónico. *Revista de derecho mercantil* (Madrid), 241:1189-1263, 2001.

Mazzotta, F. G. A guide to e-commerce: some legal issues posed by e-commerce for American businesses engaged in domestic and international transactions. *Suffolk transnational law review* (Boston, Massachusetts), 24:249-278, 2001.

Poullet, Y. La conclusion du contrat par un agent électronique. *Dans* Commerce électronique: le temps des certitudes. *Publié sous la direction de* S. Cavanillas Mugica *et al.* Bruxelles, Bruylant, 2000. P. 129 à 146.

Sandoval López, R. The Chilean draft of electronic documents in relation with the UNCITRAL Model Law of Electronic Commerce. *Dickinson law review* (Carlisle, Pennsylvanie), 106:1:139-143, 2001.

Senacq, S. International sales and electronic commerce: la vente internationale et le commerce électronique. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris), 3/4:489-500, 2001.

Schlosser, P. Arbitral tribunals or state courts: who must defer to whom? *ASA special series* (Bâle), 15:15-34, 2001.

Thibaut, M. Digital signatures and certification authorities for a Central American high-tech powerhouse: the need for e-commerce legislation in Costa Rica. *ISLA journal of international and comparative law* (Fort Lauderdale, Floride), 7:711-730, 2001.

_____. Firmas digitales y autoridades certificantes para un país centroamericano líder en el área de alta tecnología: la necesidad de legislación sobre el comercio electrónico en Costa Rica. *ISLA Journal of international and comparative law* (Fort Lauderdale, Floride), 7:853-874, 2001.

Van den Berg, A. J. The 1958 New York Arbitration Convention revisited. *ASA special series* (Bâle), 15:125-146, 2001.

Van Houtte, H. Parallel proceedings before state courts and arbitration tribunals: is there a Transnational *lis alibi pendens* —exception in Arbitration or jurisdiction conventions? *ASA special series* (Bâle), 15:35-54, 2001.

Webb, D. Commercial law. *New Zealand law review (Auckland),* II:171-188, 2001.

Werner, J. E-commerce.co.uk—local rules in a global net: online business transactions and the applicability of traditional English contract law rules. *International journal of communications law and policy* (Münster), 6:1-9, 2000-2001.

VII. Garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by

Stoufflet, J. Fraud in documentary credit, letter of credit and demand guaranty. *Dickinson law review* (Carlisle, Pennsylvanie), 106:1:21-28, 2001.

VIII. Passation des marchés

[Aucune publication n'a été signalée pour cette rubrique.]

IX. Insolvabilité internationale

Dargan, S. The emergence of mechanisms for cross-border insolvencies in Canadian law. *Connecticut journal of international law* (Hartford, Connecticut), 17:107-126, 2001.

Diesse, F. Travaux des organisations internationales: droit du commerce international. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris), 5:640-643, 2001.

Furth, D. L., *et al*. What institutional lenders can expect from the business aspects of the pending bankruptcy legislation. *The banking law journal* (Arlington, Virginie), 118:6:520-540, 2001.

Gitlin, R. A. Symposium—international insolvency: introduction. *Connecticut journal of international law* (Hartford, Connecticut), 17:1-4, 2001.

Harmer, R. W. UNCITRAL Projects; INSOL International. *Dans* Foundations and perspectives of international trade law. *Publié sous la direction de* I. Fletcher, L. Mistellis et M. Cremona. Londres, Sweet & Maxwell, 2001. P. 480 à 495.

Isham, S. UNCITRAL's Model Law on Cross-Border Insolvency: a workable protection for transnational investment at last. *Brooklyn journal of international law* (Brooklyn, New York), 26:1177-1205, 2001.

Martínez, E. Global development: the new environment of insolvency in Mexico. *Connecticut journal of international law* (Hartford, Connecticut), 17:75-78, 2001.

Morán Bovio, D. UNCITRAL comienza la elaboración de una guía legislativa sobre insolvencia. *Revista de derecho bancario y bursatil* (Valladolid, Espagne), 264-273, 2001.

Rouillon, A. A. N. Concursos con repercusión transnacional. La Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Insolvencia Transfronteriza. *Anticipo de "Anales" de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires* (Buenos Aires), XLV, segunda época, núm. 38:1-22, 2000.

Sheppard, H. E. The new Mexican insolvency law: policy justifications for U.S. assistance. *UCLA journal of international law and foreign affairs* (Los Angeles, Californie), 6:45-87, 2001.

Westbrook, J. L. Global development; the transnational insolvency project of the American Law Institute. *Connecticut journal of international law* (Hartford, Connecticut), 17:99-106, 2001.

_____. Managing defaulting multinationals within NAFTA. *Dans* Foundations and perspectives of international trade law. *Publié sous la direction de* I. Fletcher, L. Mistellis et M. Cremona. Londres, Sweet & Maxwell, 2001. P. 465 à 479.

X. Financement par cession de créances

Bazinas, S. B. Lowering the cost of credit: the promise in the future UNCITRAL convention on assignment of receivables in international trade. *Tulane journal of international and comparative law* (Nouvelle-Orléans, Louisiane), 9:259-294, 2001.

L'annexe reproduit le texte anglais du projet de convention de la CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international.

Böhm, C. Die Sicherungsabtretung im UNCITRAL-Konventionsentwurf: "Draft Convention on Assignment in Receivables Financing": ein Vergleich der Sicherungsabtretung im UNCITRAL-Konventionsentwurf mit den Regelungen im deutschen Recht. Aix-la-Chapelle, Shaker Verlag, 2000. P. 282.

Lukas, M. Die Stellung des Schuldners in der geplanten UNCITRAL-Zessionskonvention. *Bankarchiv* (Vienne), 49:6:453-460, 2001.

Sigman, H. C. *et* E. E. Smith. Toward facilitating cross-border secured financing and securitization: an analysis of the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade. *The business lawyer* (Baltimore, Maryland), 57:2:727-766, 2002.

Walsh, C. Receivables financing and the conflict of laws: the UNCITRAL Draft Convention on the Assignment of Receivables in International Trade. *Dickinson law review* (Carlisle, Pennsylvanie), 106:1:159-204, 2001.

XI. Contrats internationaux de contruction

[Aucune publication n'a été signalée pour cette rubrique.]

XII. Projets d'infrastructure à financement privé

Estrella Faria, J. A. International efforts to promote and harmonize concession law: UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects. *Law in transition: European bank for reconstruction and development* (Londres), p. 29 à 34, printemps 2001.

_____. La guía legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infrastructura con financiación privada: the UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects. *Mercado asegurador* (Buenos Aires), 263:48-55, 2001.

_____. The UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects. *The journal of world investment* (Genève), 3:2:211-229, 2002.

De Cazalet, B., *et* J. D. Crothers. Presentation of the UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris), 6: 699-710, 2001.

XIII. Sûretés

Meetings of OAS-CIDIP-VI drafting committee on secured transactions. *Arizona journal of international and comparative law* (Tucson, Arizona), 18:334-342, 20.

ANNEXE

Textes juridiques de la CNUDCI

Titre abrégé	*Titre complet*
Règles de Hambourg (1978)	Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)[a]
Convention sur la prescription (1974/1980)	Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1974 (New York)[b] et Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1980 (Vienne)[c]
Aide-mémoire de la CNUDCI sur les procédures arbitrales (1996)	Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996)[d]
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)	Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (1976)[e]
Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980)	Règlement de conciliation de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (1980)[f]
Loi type de la CNUDCI sur les virements (1992)	Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)[g]
Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)	Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur le commerce électronique (1996)[h]
Guide de la CNUDCI pour les échanges compensés (1992)	Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations d'échanges compensés (1992)[i]
Guide de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds (1986)	Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds (1986)[j]
Guide de la CNUDCI pour les contrats de construction (1987)	Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles (1987)[k]
Guide de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure (2001)	Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2001)[l]
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985)	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)[m]
Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité (1997)	Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997)[n]
Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés (1994)	Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994)[o]

Titre abrégé	*Titre complet*
Convention sur les lettres de change et les billets à ordre (1988)	Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (1988)[p]
Convention des Nations Unies sur les garanties et les stand-by (1995)	Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (1995)[q]
Convention des Nations Unies sur les ventes (1980)	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)[r]
Convention sur les exploitants de terminaux (1991)	Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (1991)[s]
Convention des Nations Unies sur la cession (2001)	Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001)[t]
Loi type des Nations Unies sur les signatures électroniques (2001)	Loi type des Nations Unies sur les signatures électroniques (2001)[u]

[a]*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, Hambourg, 6-31 mars 1978* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.80.VIII.I), document A/CONF.89/13, annexe I.

[b]*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels, New York, 20 mai-14 juin 1974* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.74.V.8), première partie.

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

[d]*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), deuxième partie.

[e]*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57.

[f]*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 106.

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

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

[i]Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.7.

[j]Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.9.

[k]Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.10.

[l]Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4.

[m]*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I.

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

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

[p]*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), annexe I; voir aussi la résolution 43/165 de l'Assemblée générale, annexe, en date du 9 décembre 1988.

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

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

[s]*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, Vienne, 2-19 avril 1991* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.XI.3), première partie, document A/CONF.152/13, annexe.

[t]Résolution 56/81 de l'Assemblée générale, annexe, en date du 12 décembre 2001.

[u]Résolution 56/80 de l'Assemblée générale, annexe, en date du 12 décembre 2001.

V. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A. Liste des documents dont était saisie la Commission à sa trente-quatrième session		
	1. *Documents à distribution générale*	
A/CN.9/482 Corr.1 et 2	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier des séances de la trente-quatrième session	Non reproduit
A/CN.9/483	Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-septième session	Deuxième partie, II, A
A/CN.9/484	Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-huitième session	Deuxième partie, II, C
A/CN.9/485 et Corr.1	Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-troisième session	Deuxième partie, III, A
A/CN.9/486	Rapport du Groupe de travail sur les pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-troisième session	Deuxième partie, I, A
A/CN.9/487	Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-quatrième session	Deuxième partie, III, D
A/CN.9/488	Note du secrétariat sur les travaux futurs éventuels dans le domaine des projets d'infrastructure à financement privé	Deuxième partie, V, A
A/CN.9/489 et Add.1	Note du secrétariat sur le financement par cession de créances: commentaire analytique sur le projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international	Deuxième partie, I, B
A/CN.9/490 et Add.1 à 5	Projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales	Deuxième partie, I, C
A/CN.9/491 et Add.1	Financement par cession de créances: projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international: commentaires sur les questions en suspens et d'autres points	Deuxième partie, I, D
A/CN.9/492 et Add.1 à 3	Projet de Loi type sur les signatures électroniques: compilation des commentaires reçus de gouvernements et d'organisations internationales	Deuxième partie, II, I
A/CN.9/493	Note du secrétariat sur le projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques	Deuxième partie, II, J
A/CN.9/494	Note du secrétariat sur la formation et l'assistance technique	Deuxième partie, VII
A/CN.9/495	Rapport du colloque sur l'insolvabilité internationale organisé par la CNUDCI, INSOL International et l'Association internationale du barreau (Vienne, 4 à 6 décembre 2000)	Deuxième partie, IV

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/496	Note du secrétariat sur les sûretés	Deuxième partie, V, B
A/CN.9/497	Rapport du Secrétaire général sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports	Deuxième partie, V, C
A/CN.9/498	Note du secrétariat sur l'interprétation uniforme des textes de la CNUDCI: spécimen de recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980)	Deuxième partie, VI
A/CN.9/499	Note du secrétariat sur les méthodes de travail de la Commission	Deuxième partie, IX, B
A/CN.9/500	Note du secrétariat sur l'élargissement de la composition de la Commission	Deuxième partie, IX, A
A/CN.9/501 et Corr.1	Note du secrétariat sur l'état des conventions et des lois types	Deuxième partie, VII
A/CN.9/502 et Corr.1	Note du secrétariat: bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI	Troisième partie, IV
	2. *Documents à distribution restreinte*	
A/CN.9/XXXIV/CRP.1 et Add.1 à 31	Projet de rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa trente-quatrième session	Non reproduit
A/CN.9/XXXIV/CRP.2 et Add.1 à 6	Rapport du groupe de rédaction	Non reproduit
A/CN.9/XXXIV/CRP.3	Projet de convention sur la cession de créances dans le commerce international	Non reproduit
A/CN.9/XXXIV/CRP.4	Proposition des États-Unis	Non reproduit
A/CN.9/XXXIV/CRP.5	Proposition de l'Organisation inter-gouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires	Non reproduit
A/CN.9/XXXIV/CRP.6	Proposition commune des États-Unis et de la France concernant la cession de droits représentés par des instruments	Non reproduit
A/CN.9/XXXIV/CRP.7	Proposition de la délégation française	Non reproduit
A/CN.9/XXXIV/CRP.8	Proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique	Non reproduit
A/CN.9/XXXIV/CRP.9	Proposition présentée par Unidroit	Non reproduit
A/CN.9/XXXIV/CRP.10	Proposition du Royaume-Uni	Non reproduit
A/CN.9/XXXIV/CRP.11	Décision concernant la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques	Non reproduit
A/CN.9/XXXIV/CRP.12	Élargissement de la composition de la Commission	Non reproduit
	3. *Documents d'information*	
A/CN.9/XXXIV/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

B. Liste des documents dont le Groupe de travail sur le commerce électronique était saisi à sa trente-septième session

	1. *Documents de travail*	
A/CN.9/WG.IV/WP.85	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/WP.86	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-septième session: projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne des règles uniformes de la CNUDCI sur les signatures électroniques	Deuxième partie, II, B

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	2. *Documents à distribution restreinte*	
A/CN.9/WG.IV/XXXVII/ CRP.1 et Add.1 à 12	Projet de rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-septième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/XXXVII/ CRP.2 et Add.1 et 2	Rapport du groupe de rédaction	Non reproduit
	3. *Documents d'information*	
A/CN.9/WG.IV/XXXVII/ INF.1	Liste des participants	Non reproduit

C. Liste des documents dont le Groupe de travail sur le commerce électronique était saisi à sa trente-huitième session

	1. *Documents de travail*	
A/CN.9/WG.IV/WP.87	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/WP.88	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session: projet de guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques	Deuxième partie, II, D
A/CN.9/WG.IV/WP.89	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session: Aspects juridiques du commerce électronique: les obstacles juridiques au développement du commerce électronique dans les textes internationaux relatifs au commerce international: moyens d'y remédier	Deuxième partie, II, E
A/CN.9/WG.IV/WP.90	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session: travaux futurs envisageables sur le commerce électronique: transfert de droits sur les biens corporels et autres droits	Deuxième partie, II, F
A/CN.9/WG.IV/WP.91	Document de travail soumis au Groupe de travail sur commerce électronique à sa trente-huitième session: aspects juridiques du commerce électronique: travaux futurs envisageables dans le domaine des contrats électroniques: analyse de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises	Deuxième partie, II, G
A/CN.9/WG.IV/WP.93	Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente-huitième session: aspects juridiques du commerce électronique: proposition de la France	Deuxième partie, II, H
	2. *Documents à distribution restreinte*	
A/CN.9/WG.IV/XXXVII/ CRP.1 et Add.1 à 10	Projet de rapport du Groupe de travail sur le commerce électroniquesur les travaux de sa trente-huitième session	Non reproduit
	3. *Documents d'information*	
A/CN.9/WG.IV/ XXXVIII/INF.1	Liste des participants	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*

D. Liste des documents dont le Groupe de travail sur l'arbitrage était saisi à sa trente-troisième session

1. *Documents de travail*

A/CN.9/WG.II/WP.109	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.110	Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-troisième session: règlement des litiges commerciaux: règles uniformes éventuelles sur certaines questions concernant le règlement des litiges commerciaux: forme écrite de la convention d'arbitrage, mesures provisoires ou conservatoires, conciliation	Deuxième partie, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.111	Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-troisième session: Travaux futurs envisageables: mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les juridictions étatiques pour appuyer l'arbitrage, portée des mesures provisoires ou conservatoires pouvant être ordonnées par les tribunaux arbitraux, validité de la convention d'arbitrage	Deuxième partie, III, C

2. *Documents à distribution restreinte*

A/CN.9/WG.II/XXXIII/ CRP.1 et Add.1 à 10	Projet de rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-troisième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/XXXIII/ CRP.2	Rapport du groupe de rédaction	Non reproduit

3. *Documents d'information*

A/CN.9/WG.II/XXXIII/ INF.1	Liste des participants	Non reproduit

E. Liste des documents dont le Groupe de travail sur l'arbitrage était saisi à sa trente-quatrième session

1. *Documents de travail*

A/CN.9/WG.II/WP.112	Ordre du jour provisoire	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.113 et Add.1	Document de travail soumis au Groupe de travail sur l'arbitrage à sa trente-quatrième session: règlement des litiges commerciaux: élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite des conventions d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et la conciliation	Deuxième partie, III, E

2. *Documents à distribution restreinte*

A/CN.9/WG.II/XXXIV/ CRP.1 et Add.1 à 9	Projet de rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-quatrième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.IV/XXXIV/ CRP.2	Rapport du groupe de rédaction	Non reproduit

3. *Documents d'information*

A/CN.9/WG.II/XXXIV/ INF.1	Liste des participants	Non reproduit

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

On indique dans la présente liste dans quels volumes précédents de l'*Annuaire* les documents relatifs aux travaux de la Commission ont été reproduits en donnant les précisions ci-après: année, partie, chapitre et pages; les documents qui ne sont pas mentionnés ici sont des documents qui n'ont pas été reproduits dans l'*Annuaire*. Les documents se répartissent dans les catégories suivantes:

1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI
2. Résolutions de l'Assemblée générale
3. Rapports de la Sixième Commission
4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des Groupes de travail)
6. Documents soumis aux Groupes de travail:
   - *a)* Groupe de travail I: Délais et prescription (1971)
   - *b)* Groupe de travail II: Vente internationale des objets mobiliers corporels (1968 à 1978); pratiques en matière de contrats internationaux (1981 à 2000)
   - *c)* Groupe de travail III: Réglementation internationale des transports maritimes (1973 à 1974)
   - *d)* Groupe de travail IV: Effets de commerce internationaux (1973 à 1987); paiements internationaux (1988 à 1992); commerce électronique (1992 à 2000)
   - *e)* Groupe de travail V: Nouvel ordre économique international (1981 à 1994); insolvabilité transnationale (1996 à 2000)*
7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI
8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires
9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI.

**Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, Hambourg, 6-31 mars 1978* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.80.VIII.I), document A/CONF.89/13, annexe I.

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Pages*
1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI			
A/7216 (première session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, A	77
A/7618 (deuxième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, A	101
A/8017 (troisième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, III, A	138
A/8417 (quatrième session)	Volume II: 1971	Première partie, II, A	12
A/8717 (cinquième session)	Volume III: 1972	Première partie, II, A	11
A/9017 (sixième session)	Volume IV: 1973	Première partie, II, A	13
A/9617 (septième session)	Volume V: 1974	Première partie, II, A	13
A/10017 (huitième session)	Volume VI: 1975	Première partie, II, A	9
A/31/17 (neuvième session)	Volume VII: 1976	Première partie, II, A	11
A/32/17 (dixième session)	Volume VIII: 1977	Première partie, II, A	14
A/33/17 (onzième session)	Volume IX: 1978	Première partie, II, A	14
A/34/17 (douzième session)	Volume X: 1979	Première partie, II, A	14
A/35/17 (treizième session)	Volume XI: 1980	Première partie, II, A	7
A/36/17 (quatorzième session)	Volume XII: 1981	Première partie, A	3
A/37/17 et Corr.1 (quinzième session)	Volume XIII: 1982	Première partie, A	3

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Pages*
A/38/17 (seizième session)	Volume XIV: 1983	Première partie, A	3
A/39/17 (dix-septième session)	Volume XV: 1984	Première partie, A	3
A/40/17 (dix-huitième session)	Volume XVI: 1985	Première partie, A	3
A/41/17 (dix-neuvième session)	Volume XVII: 1986	Première partie, A	3
A/42/17 (vingtième session)	Volume XVIII: 1987	Première partie, A	3
A/43/17 (vingt et unième session)	Volume XIX: 1988	Première partie, A	3
A/44/17 (vingt-deuxième session)	Volume XX: 1989	Première partie, A	3
A/45/17 (vingt-troisième session)	Volume XXI: 1990	Première partie, A	3
A/46/17 (vingt-quatrième session)	Volume XXII: 1991	Première partie, A	3
A/47/17 (vingt-cinquième session)	Volume XXIII: 1992	Première partie, A	3
A/48/17 (vingt-sixième session)	Volume XXIV: 1993	Première partie, A	3
A/49/17 (vingt-septième session)	Volume XXV: 1994	Première partie, A	3
A/50/17 (vingt-huitième session)	Volume XXVI: 1995	Première partie, A	3
A/51/17 (vingt-neuvième session)	Volume XXVII: 1996	Première partie, A	3
A/52/17 (trentième session)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, A	3
A/53/17 (trente et unième session)	Volume XXIX: 1998	Première partie, A	3
A/54/17 (trente-deuxième session)	Volume XXX: 1999	Première partie, A	3

2. Résolutions de l'Assemblée générale

2102 (XX)	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, A	19
2205 (XXI)	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, E	70
2421 (XXIII)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 3	98
2502 (XXIV)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 3	135
2635 (XXV)	Volume II: 1971	Première partie, I, C	10
2766 (XXVI)	Volume III: 1972	Première partie, I, C	10
2928 (XXVII)	Volume IV: 1973	Première partie, I, C	10
2929 (XXVII)	Volume IV: 1973	Première partie, I, C	10
3104 (XXVIII)	Volume V: 1974	Première partie, I, C	10
3108 (XXVIII)	Volume V: 1974	Première partie, I, C	10
3316 (XXIX)	Volume VI: 1975	Première partie, I, C	7
3317 (XXIX)	Volume VI: 1975	Troisième partie, I, B	328
3494 (XXX)	Volume VII: 1976	Première partie, I, C	9
31/98	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C	10
31/99	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C	10
31/100	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C	10
32/145	Volume IX: 1978	Première partie, I, C	11
32/438	Volume IX: 1978	Première partie, I, C	11
33/92	Volume X: 1979	Première partie, I, B	10
33/93	Volume X: 1979	Première partie, I, C	10
34/142	Volume XI: 1980	Première partie, I, C	4
34/143	Volume XI: 1980	Première partie, I, C	4
34/150	Volume XI: 1980	Troisième partie, III	177
35/166	Volume XI: 1980	Troisième partie, III	177
35/51	Volume XI: 1980	Première partie, II, D	32
35/52	Volume XI: 1980	Première partie, II, D	32
36/32	Volume XII: 1981	Première partie, D	21
36/107	Volume XII: 1981	Troisième partie, I	285
36/111	Volume XII: 1981	Troisième partie, II	286
37/103	Volume XIII: 1982	Troisième partie, III	463
37/106	Volume XIII: 1982	Première partie, D	23
37/107	Volume XIII: 1982	Première partie, D	23
38/128	Volume XIV: 1983	Troisième partie, III	279
38/134	Volume XIV: 1983	Première partie, D	23
38/135	Volume XIV: 1983	Première partie, D	23
39/82	Volume XV: 1984	Première partie, D	24
40/71	Volume XVI: 1985	Première partie, D	50
40/72	Volume XVI: 1985	Première partie, D	50
41/77	Volume XVII: 1986	Première partie, D	39
42/152	Volume XVIII: 1987	Première partie, D	43
42/153	Volume XVIII: 1987	Première partie, E	44
43/165 et annexe	Volume XIX: 1988	Première partie, D	20
43/166	Volume XIX: 1988	Première partie, E	21
44/33	Volume XX: 1989	Première partie, E	39
45/42	Volume XXI: 1990	Première partie, D	18
46/56	Volume XXII: 1991	Première partie, D	49
47/34	Volume XXIII: 1992	Première partie, D	26

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Pages*
48/32	Volume XXIV: 1993	Première partie, D	41
48/33	Volume XXIV: 1993	Première partie, D	42
48/34	Volume XXIV: 1993	Première partie, D	42
49/54	Volume XXV: 1994	Première partie, D	33
49/55	Volume XXV: 1994	Première partie, D	33
50/47	Volume XXVI: 1995	Première partie, D	59
50/48	Volume XXVI: 1995	Première partie, D	61
51/161	Volume XXVII: 1996	Première partie, D	41
51/162	Volume XXVII: 1996	Première partie, D	42
52/157	Volume XXVIII: 1997	Première partie, D	42
52/158	Volume XXVIII: 1997	Première partie, D	44
53/103	Volume XXIX: 1998	Première partie, D	34
54/103	Volume XXX: 1999	Première partie, D	52
54/151	Volume XXXI: 2000	Première partie, D	67

3. Rapports de la Sixième Commission

A/5728	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, A	5
A/6396	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, B	19
A/6594	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, D	62
A/7408	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 2	94
A/7747	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 2	129
A/8146	Volume II: 1971	Première partie, I, B	5
A/8506	Volume III: 1972	Première partie, I, B	5
A/8896	Volume IV: 1973	Première partie, I, B	5
A/9408	Volume V: 1974	Première partie, I, B	3
A/9920	Volume VI: 1975	Première partie, I, B	3
A/9711	Volume VI: 1975	Troisième partie, I, A	328
A/10420	Volume VII: 1976	Première partie, I, B	5
A/31/390	Volume VIII: 1977	Première partie, I, B	5
A/32/402	Volume IX: 1978	Première partie, I, B	5
A/33/349	Volume X: 1979	Première partie, I, B	5
A/34/780	Volume XI: 1980	Première partie, I, B	4
A/35/627	Volume XI: 1980	Première partie, II, C	31
A/36/669	Volume XII: 1981	Première partie, C	21
A/37/620	Volume XIII: 1982	Première partie, C	22
A/38/667	Volume XIV: 1983	Première partie, C	22
A/39/698	Volume XV: 1984	Première partie, C	24
A/40/935	Volume XVI: 1985	Première partie, C	49
A/41/861	Volume XVII: 1986	Première partie, C	38
A/42/836	Volume XVIII: 1987	Première partie, C	41
A/43/820	Volume XIX: 1988	Première partie, C	19
A/C.6/43/L.2	Volume XIX: 1988	Troisième partie, II, A	195
A/43/405 et Add.1 à 3	Volume XIX: 1988	Troisième partie, II, B	196
A/44/453 et Add.1	Volume XX: 1989	Première partie, C	35
A/44/723	Volume XX: 1989	Première partie, D	38
A/45/736	Volume XXI: 1990	Première partie, C	18
A/46/688	Volume XXII: 1991	Première partie, C	48
A/47/586	Volume XXIII: 1992	Première partie, C	25
A/48/613	Volume XXIV: 1993	Première partie, C	40
A/49/739	Volume XXV: 1994	Première partie, C	31
A/50/640 et Corr.1	Volume XXVI: 1995	Première partie, C	58
A/51/628	Volume XXVII: 1996	Première partie, C	40
A/52/649	Volume XXVIII: 1997	Première partie, C	41
A/53/632	Volume XXIX: 1998	Première partie, C	33
A/54/611	Volume XXX: 1999	Première partie, C	51
A/54/608	Volume XXXI: 2000	Première partie, C	68

4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

A/7214	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 1	92
A/7616	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 1	129
A/8015/Rev.1	Volume II: 1971	Première partie, I, A	5
TD/B/C.4/86, annexe I	Volume II: 1971	Deuxième partie, IV	151

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Pages*
A/8415/Rev.1	Volume III: 1972	Première partie, I, A	5
A/8715/Rev.1	Volume IV: 1973	Première partie, I, A	5
A/9015/Rev.1	Volume V: 1974	Première partie, I, A	5
A/9615/Rev.1	Volume VI: 1975	Première partie, I, A	5
A/10015/Rev.1	Volume VII: 1976	Première partie, I, A	5
TD/B/617	Volume VIII: 1977	Première partie, I, A	5
TD/B/664	Volume IX: 1978	Première partie, I, A	5
A/33/15/Vol.II	Volume X: 1979	Première partie, I, A	5
A/34/15/Vol.II	Volume XI: 1980	Première partie, I, A	3
A/35/15/Vol.II	Volume XI: 1980	Première partie, II, B	31
A/36/15/Vol.II	Volume XII: 1981	Première partie, B	20
TD/B/930	Volume XIII: 1982	Première partie, B	22
TD/B/973	Volume XIV: 1983	Première partie, B	22
TD/B/1026	Volume XV: 1984	Première partie, B	24
TD/B/1077	Volume XVI: 1985	Première partie, B	49
TD/B/L.810/Add.9	Volume XVII: 1986	Première partie, B	37
A/42/15	Volume XVIII: 1987	Première partie, B	41
TD/B/1193	Volume XIX: 1988	Première partie, B	19
TD/B/1234/Vol.II	Volume XX: 1989	Première partie, B	18
TD/B/1277/Vol.II	Volume XXI: 1990	Première partie, B	18
TD/B/1309/Vol.II	Volume XXII: 1991	Première partie, B	48
TD/B/39(1)/15	Volume XXIII: 1992	Première partie, B	25
TD/B/40(1)/14 (Vol.I)	Volume XXIV: 1993	Première partie, B	39
TD/B/41(1)/14 (Vol.I)	Volume XXV: 1994	Première partie, B	32
TD/B/42(1)/19 (Vol.I)	Volume XXVI: 1995	Première partie, B	58
TD/B/43/12 (Vol.I)	Volume XXVII: 1996	Première partie, B	39
TD/B/44/19 (Vol. I)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, B	41
TD/B/45/13 (Vol. I)	Volume XXIX: 1998	Première partie, B	33
TD/B/46/15 (Vol. I)	Volume XXX: 1999	Première partie, B	51
TD/B/47/11 (Vol. I)	Volume XXXI: 2000	Première partie, B	68

5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des Groupes de travail)

A/C.6/L.571	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, B	5
A/C.6/L.572	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, C	14
A/CN.9/15 et Add.1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, III, B	273
A/CN.9/18	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, C, 1	221
A/CN.9/19	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, III, A, 1	255
A/CN.9/21 et Corr. 1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, IV, A	278
A/CN.9/30	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, D	232
A/CN.9/31	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 1	169
A/CN.9/33	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, B	215
A/CN.9/34	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, C, 2	230
A/CN.9/35	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 2	188
A/CN.9/38	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, II, A, 2	259
A/CN.9/L.19	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, V, A	305
A/CN.9/38/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie, II, 1	124
A/CN.9/41	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, II, A	249
A/CN.9/48	Volume II: 1971	Deuxième partie, II, 2	125
A/CN.9/50 et annexes I à IV	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, C, 2	96
A/CN.9/52	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, A, 2	55
A/CN.9/54	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, B, 1	73
A/CN.9/55	Volume II: 1971	Deuxième partie, III	145
A/CN.9/60	Volume II: 1971	Deuxième partie, IV	151
A/CN.9/62 et Add.1 et 2	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 5	85
A/CN.9/63 et Add. 1	Volume III: 1972	Deuxième partie, IV	272
A/CN.9/64	Volume III: 1972	Deuxième partie, III	210
A/CN.9/67	Volume III: 1972	Deuxième partie, II, 1	159
A/CN.9/70 et Add.2	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, B, 1	105
A/CN.9/73	Volume III: 1972	Deuxième partie, II, B, 3	115
A/CN.9/74 et annexe I	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 1	151
A/CN.9/75	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 3	69
A/CN.9/76 et Add.1	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 4 et 5	222
A/CN.9/77	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 1	114
A/CN.9/78	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, B	89
A/CN.9/79	Volume IV: 1973	Deuxième partie, III, 1	143

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Pages*
A/CN.9/82	Volume IV: 1973	Deuxième partie, V	239
A/CN.9/86	Volume V: 1974	Deuxième partie, II, 1	99
A/CN.9/87	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 1	29
A/CN.9/87, annexes I à IV	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 2 à 5	51
A/CN.9/88 et Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, III, 1 et 2	115
A/CN.9/91	Volume V: 1974	Deuxième partie, IV	199
A/CN.9/94 et Add.1 et 2	Volume V: 1974	Deuxième partie, V	203
A/CN.9/96 et Add.1	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 1 et 2	209
A/CN.9/97 et Add.1 à 4	Volume VI: 1975	Deuxième partie, III	182
A/CN.9/98	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 6	128
A/CN.9/99	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 1	135
A/CN.9/100, annexes I à IV	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 1 à 5	67
A/CN.9/101 et Add.1	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 3 et 4	152
A/CN.9/102	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 5	178
A/CN.9/103	Volume VI: 1975	Deuxième partie, V	285
A/CN.9/104	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VI	305
A/CN.9/105	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 3	248
A/CN.9/105, annexe	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 4	274
A/CN.9/106	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VIII	314
A/CN.9/107	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VII	311
A/CN.9/109 et Add.1 et 2	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 1 à 3	196
A/CN.9/110	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 4	278
A/CN.9/112 et Add.1	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 1 et 2	157
A/CN.9/113	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 3	184
A/CN.9/114	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 4	194
A/CN.9/115	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 5	322
A/CN.9/116 et annexes I et II	Volume VII: 1976	Deuxième partie, I, 1 à 3	89
A/CN.9/117	Volume VII: 1976	Deuxième partie, II, 1	143
A/CN.9/119	Volume VII: 1976	Deuxième partie, VI	327
A/CN.9/121	Volume VII: 1976	Deuxième partie, V	326
A/CN.9/125 et Add.1 à 3	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, D	119
A/CN.9/126	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, E	158
A/CN.9/127	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, III	256
A/CN.9/128 et annexes I et II	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, A à C	79
A/CN.9/129 et Add.1	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, VI, A et B	327
A/CN.9/131	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, A	191
A/CN.9/132	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, B	244
A/CN.9/133	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, A	257
A/CN.9/135	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, F	184
A/CN.9/137	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, V	324
A/CN.9/139	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, B	300
A/CN.9/141	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, A	168
A/CN.9/142	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, A	71
A/CN.9/143	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, C	121
A/CN.9/144	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, D	123
A/CN.9/145	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, E	136
A/CN.9/146 et Add.1 à 4	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, F	143
A/CN.9/147	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, B	183
A/CN.9/148	Volume IX: 1978	Deuxième partie, III	204
A/CN.9/149 et Corr.1 et 2	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, A	206
A/CN.9/151	Volume IX: 1978	Deuxième partie, V	225
A/CN.9/155	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, B	223
A/CN.9/156	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, C	223
A/CN.9/157	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, A	68
A/CN.9/159	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, A	41
A/CN.9/160	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/161	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, C	44
A/CN.9/163	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, B	85
A/CN.9/164	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, D	54
A/CN.9/165	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, C	88
A/CN.9/166	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, A	95
A/CN.9/167	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, B	99
A/CN.9/168	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, C	108
A/CN.9/169	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, D	117
A/CN.9/170	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, E	118
A/CN.9/171	Volume X: 1979	Deuxième partie, IV	121
A/CN.9/172	Volume X: 1979	Deuxième partie, V	131
A/CN.9/175	Volume X: 1979	Deuxième partie, VI	140

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Pages*
A/CN.9/176	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, A	123
A/CN.9/177	Volume XI: 1980	Deuxième partie, II	39
A/CN.9/178	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, A	45
A/CN.9/179	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, A	101
A/CN.9/180	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, B	104
A/CN.9/181 et annexe	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, B et C	56
A/CN.9/183	Volume XI: 1980	Deuxième partie, I	37
A/CN.9/186	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, D	92
A/CN.9/187 et Add.1 à 3	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, C	113
A/CN.9/189	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, D	119
A/CN.9/191	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, B	128
A/CN.9/192 et Add.1 et 2	Volume XI: 1980	Deuxième partie, VI	145
A/CN.9/193	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, C	142
A/CN.9/194	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, D	143
A/CN.9/196	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, A	53
A/CN.9/197	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, A	27
A/CN.9/198	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, A	99
A/CN.9/199	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, B	74
A/CN.9/200	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, C	75
A/CN.9/201	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, C	50
A/CN.9/202 et Add.1 à 4	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, A	203
A/CN.9/203	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, B	252
A/CN.9/204	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VIII	279
A/CN.9/205/Rev.1	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VI	273
A/CN.9/206	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VII	275
A/CN.9/207	Volume XII: 1981	Deuxième partie, III	79
A/CN.9/208	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, C	271
A/CN.9/210	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 1	47
A/CN.9/211	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 3	117
A/CN.9/212 (E = Corr.1)	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 5	199
A/CN.9/213	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 4	131
A/CN.9/214	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 6	211
A/CN.9/215	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 1	270
A/CN.9/216	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, A	308
A/CN.9/217	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV, A	339
A/CN.9/218	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, I, A	29
A/CN.9/219 et Add.1 (F = Corr.1)	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, I, B	37
A/CN.9/220	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 3	290
A/CN.9/221 (F = Corr.1)	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, C	292
A/CN.9/222	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, C	334
A/CN.9/223	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 7	268
A/CN.9/224	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, V	427
A/CN.9/225 (F = Corr.1)	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, B	433
A/CN.9/226	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, A	433
A/CN.9/227	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VII	451
A/CN.9/228	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VIII	453
A/CN.9/229	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, C	447
A/CN.9/232	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, A	37
A/CN.9/233	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, C	65
A/CN.9/234	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV, A	107
A/CN.9/235	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, I	29
A/CN.9/236	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, C	183
A/CN.9/237 et Add.1 à 3	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, B	145
A/CN.9/238	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, D	190
A/CN.9/239	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, A	143
A/CN.9/240	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, VII	207
A/CN.9/241	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, VI	205
A/CN.9/242	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, II	35
A/CN.9/245	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 1	151
A/CN.9/246 et annexe	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 1 et 2	186
A/CN.9/247	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, A	235
A/CN.9/248	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, A, 1	29
A/CN.9/249 et Add.1	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, A, 2	100
A/CN.9/250 et Add.1 à 4	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, B	109
A/CN.9/251	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, B	321
A/CN.9/252 et annexes I et II	Volume XV: 1984	Deuxième partie, IV, A et B	251
A/CN.9/253	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, C	330

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Pages*
A/CN.9/254	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, D	335
A/CN.9/255	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, A	319
A/CN.9/256	Volume XV: 1984	Deuxième partie, VII	341
A/CN.9/257	Volume XV: 1984	Deuxième partie, VI	339
A/CN.9/259	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 1	209
A/CN.9/260	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, A	341
A/CN.9/261	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, II, A	147
A/CN.9/262	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 1	261
A/CN.9/263 et Add.1 à 3	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, I, A	55
A/CN.9/264	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, I, B	106
A/CN.9/265	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, V	365
A/CN.9/266 et Add.1 et 2	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, II, B	157
A/CN.9/267	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IX	401
A/CN.9/268	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, C	339
A/CN.9/269	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VI	381
A/CN.9/270	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VIII	399
A/CN.9/271	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VII	395
A/CN.9/273	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 1	43
A/CN.9/274	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 2	61
A/CN.9/275	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, A	187
A/CN.9/276	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, A	89
A/CN.9/277	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, C	173
A/CN.9/278	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, B	83
A/CN.9/279	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, V	247
A/CN.9/280	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, IV	230
A/CN.9/281	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VI	263
A/CN.9/282	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VIII	309
A/CN.9/283	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VII	303
A/CN.9/285	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 4	81
A/CN.9/287	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, A	115
A/CN.9/288	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 1	49
A/CN.9/289	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 1	105
A/CN.9/290	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 4	112
A/CN.9/291	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, B	113
A/CN.9/292	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, IV	141
A/CN.9/293	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, VI	153
A/CN.9/294	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, V	147
A/CN.9/297	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 1	25
A/CN.9/298	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, A	67
A/CN.9/299	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, X, B	171
A/CN.9/300	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, X, A	169
A/CN.9/301	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, B	49
A/CN.9/302	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, III	93
A/CN.9/303	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, IX	155
A/CN.9/304	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, A	131
A/CN.9/305	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, B	136
A/CN.9/306	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, IV	109
A/CN.9/307	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, V, A	115
A/CN.9/308	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, V, B	119
A/CN.9/309	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VI	123
A/CN.9/310	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, D	146
A/CN.9/311	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VIII	149
A/CN.9/312	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, C	142
A/CN.9/315	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, A	111
A/CN.9/316	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, A	197
A/CN.9/317	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, A	43
A/CN.9/318	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, C	73
A/CN.9/319 et Add.1 à 5	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, A	161
A/CN.9/320	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, B	188
A/CN.9/321	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, C	193
A/CN.9/322	Volume XX: 1989	Deuxième partie, V	223
A/CN.9/323	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VIII	267
A/CN.9/324	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VI	233
A/CN.9/325	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VII	261
A/CN.9/328	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, A	28
A/CN.9/329	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, D	72
A/CN.9/330	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IV, A	237
A/CN.9/331	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, A	123

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Pages*
A/CN.9/332 et Add.1 à 7	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, III	193
A/CN.9/333	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, V	265
A/CN.9/334	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VI	279
A/CN.9/335	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IX	311
A/CN.9/336	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VII	281
A/CN.9/337	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VIII	305
A/CN.9/338	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, X	315
A/CN.9/341	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, C	152
A/CN.9/342	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, A	329
A/CN.9/343	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, A	277
A/CN.9/344	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, E	206
A/CN.9/345	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, C	359
A/CN.9/346	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, A	53
A/CN.9/347 et Add.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, B	107
A/CN.9/348	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V, B	421
A/CN.9/349	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VIII	471
A/CN.9/350	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, IV	403
A/CN.9/351	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VII	467
A/CN.9/352	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V, A	421
A/CN.9/353	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VI	459
A/CN.9/356	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, A	211
A/CN.9/357	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, A	39
A/CN.9/358	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, A	310
A/CN.9/359	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, C	263
A/CN.9/360	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, A	369
A/CN.9/361	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, C	348
A/CN.9/362 et Add.1 à 17	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, C	97
A/CN.9/363	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VIII	419
A/CN.9/364	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VI, A	407
A/CN.9/367	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, I, A	31
A/CN.9/368	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VII	411
A/CN.9/371	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/372	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, A	149
A/CN.9/373	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, A	203
A/CN.9/374	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, C	187
A/CN.9/375	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, C	110
A/CN.9/376 et Add.1 et 2	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, D	129
A/CN.9/377	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, E	146
A/CN.9/378 et Add.1 à 5	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, IV, A à F	243
A/CN.9/379	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, VII	313
A/CN.9/380	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, V	279
A/CN.9/381	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, VI	305
A/CN.9/384	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VI, A	259
A/CN.9/385	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VII	271
A/CN.9/386	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VI, B	265
A/CN.9/387	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, A	157
A/CN.9/388	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, A	119
A/CN.9/389	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, A	39
A/CN.9/390	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, C	192
A/CN.9/391	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, C	140
A/CN.9/392	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, C	61
A/CN.9/393	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, II	341
A/CN.9/394	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, E	113
A/CN.9/395	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VIII	277
A/CN.9/396 et Add.1	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IV	223
A/CN.9/397	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, A	243
A/CN.9/398	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, B	254
A/CN.9/399	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, C	257
A/CN.9/400	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, X	317
A/CN.9/401	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IX, A	305
A/CN.9/401/Add.1	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IX, B	312
A/CN.9/403	Volume XXV: 1994	Troisième partie, II	343
A/CN.9/405	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, A	69
A/CN.9/406	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, A	113
A/CN.9/407	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, C	145
A/CN.9/408	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, C	94
A/CN.9/409 et Add.1 à 4	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, E	183
A/CN.9/410	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, III	201

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Pages*
A/CN.9/411	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, D	111
A/CN.9/412	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, C	225
A/CN.9/413	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, A	215
A/CN.9/414	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, B	218
A/CN.9/415	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, VI	245
A/CN.9/416	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, V	237
A/CN.9/419 et Corr.1 (anglais seulement)	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, A	117
A/CN.9/420	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, IV	189
A/CN.9/421	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, A	51
A/CN.9/422	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, C	152
A/CN.9/423	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/424	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, V	217
A/CN.9/425	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, I, B	58
A/CN.9/426	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, C	99
A/CN.9/427	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VII	239
A/CN.9/428	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VI	231
A/CN.9/431 et Corr. 1	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, V	301
A/CN.9/432	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, A	129
A/CN.9/433	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/434	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, C	178
A/CN.9/435	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, C	75
A/CN.9/436	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, E	112
A/CN.9/437	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, A	229
A/CN.9/438 et Add.1 à 3	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, IV	271
A/CN.9/439	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VIII	311
A/CN.9/440	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VII	309
A/CN.9/444 et Add.1 à 5	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, III	194
A/CN.9/445	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, A	39
A/CN.9/446	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, A	137
A/CN.9/447	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, C	93
A/CN.9/448	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, VI	271
A/CN.9/449	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, V	269
A/CN.9/450	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, D	191
A/CN.9/454	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, A	165
A/CN.9/455	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, A	57
A/CN.9/456	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, E	109
A/CN.9/457	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, D	208
A/CN.9/458 et Add.1 à 9	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, III	245
A/CN.9/459 et Add.1	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, IV	373
A/CN.9/460	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, V	395
A/CN.9/461	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, IX	425
A/CN.9/462	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, VIII	423
A/CN.9/462/Add.1	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, VI	417
A/CN.9/465	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, A	409
A/CN.9/466	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, A	207
A/CN.9/467	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, C	457
A/CN.9/468	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IV, A	511
A/CN.9/469	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, A	551
A/CN.9/470	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, E	310
A/CN.9/471 et Add.1 à 9	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I	25
A/CN.9/472 et Add.1 à 4	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, F	370
A/CN.9/473	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IX	679
A/CN.9/474	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VIII	677
A/CN.9/475	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, C	595
A/CN.9/476	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, D	610
A/CN.9/477	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, A	617
A/CN.9/478	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, B	634
A/CN.9/479	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, C	639

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Pages*

6. Documents soumis aux Groupes de travail

a) *Groupe de travail I: Délais et prescription*

A/CN.9/WG.1/WP.9	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, C, 1	81

b) *Groupe de travail II*

i) Vente internationale des objets mobiliers corporels

A/CN.9/WG.2/WP.1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 2	188
A/CN.9/WG.2/WP.6	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, A, 1	41
A/CN.9/WG.2/WP.8	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 1	35
A/CN.9/WG.2/WP.9	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 2	47
A/CN.9/WG.2/WP.10	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 3	61
A/CN.9/WG.2/WP.11	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 4	77
A/CN.9/WG.2/WP.15	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 1	35
A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 3	61
A/CN.9/WG.2/WP.16	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 2	40
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 4	66
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 4	66
A/CN.9/WG.2/WP.20	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 4	97
A/CN.9/WG.2/WP.21 et Add.1 et 2	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 3	75
A/CN.9/WG.2/WP.26 et Add.1 et appendice I	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, C	99
A/CN.9/WG.2/WP.27	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, B	100
A/CN.9/WG.2/WP.28	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, B	100

ii) Pratiques en matière de contrats internationaux

A/CN.9/WG.2/WP.33 et Add.1	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, B, 1 et 2	33
A/CN.9/WG.II/WP.35	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, B	325
A/CN.9/WG.II/WP.37	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, B, 1	56
A/CN.9/WG.II/WP.38	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, B, 2	62
A/CN.9/WG.II/WP.40	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 1	87
A/CN.9/WG.II/WP.41	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 2	94
A/CN.9/WG.II/WP.42	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 3	101
A/CN.9/WG.II/WP.44	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2, *a*	175
A/CN.9/WG.II/WP.45	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2, *b*	180
A/CN.9/WG.II/WP.46	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2, *c*	184
A/CN.9/WG.II/WP.48	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3, *a*	217
A/CN.9/WG.II/WP.49	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3, *b*	225
A/CN.9/WG.II/WP.50	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3, *c*	229
A/CN.9/WG.II/WP.52 et Add.1	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, B, 1	355
A/CN.9/WG.II/WP.53	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, B, 3	362
A/CN.9/WG.II/WP.55	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, B, 1	202
A/CN.9/WG.II/WP.56	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, B, 2	217
A/CN.9/WG.II/WP.58	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, B	132
A/CN.9/WG.II/WP.60	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, B	84
A/CN.9/WG.II/WP.62	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, B, 1	215
A/CN.9/WG.II/WP.63	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, B, 2	218
A/CN.9/WG.II/WP.65	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IV, B	250
A/CN.9/WG.II/WP.67	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, B, 1	342
A/CN.9/WG.II/WP.68	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, B, 2	349
A/CN.9/WG.II/WP.70	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, D, 1	373
A/CN.9/WG.II/WP.71	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, D, 2	393
A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, B	333
A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, B, 1	166
A/CN.9/WG.II/WP.77	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, B, 2	180
A/CN.9/WG.II/WP.80	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, B	135
A/CN.9/WG.II/WP.83	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, B	88
A/CN.9/WG.II/WP.87	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, B	161
A/CN.9/WG.II/WP.89	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 1	211
A/CN.9/WG.II/WP.90	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 2	223
A/CN.9/WG.II/WP.91	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 3	227
A/CN.9/WG.II/WP.93	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, B	70
A/CN.9/WG.II/WP.96	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, D	115
A/CN.9/WG.II/WP.98	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, B	84
A/CN.9/WG.II/WP.99	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, C	102

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Pages*
A/CN.9/WG.II/WP.100	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, D	108
A/CN.9/WG.II/WP.102	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, F	145
A/CN.9/WG.II/WP.104	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, B	246
A/CN.9/WG.II/WP.105	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, C	271
A/CN.9/WG.II/WP.106	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, D	288
A/CN.9/WG.II/WP.108 et Add.1	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IV, B	529

c) ***Groupe de travail III: Réglementation internationale des transports maritimes***

A/CN.9/WG.III/WP.6	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 2	161
A/CN.9/WG.III/WP.7	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 3	171
A/CN.9/WG.III/WP.11	Volume V: 1974	Deuxième partie, III, 3	173

d) ***Groupe de travail IV***

i) Effets de commerce internationaux

A/CN.9/WG.IV/WP.2	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 2	130
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 2	151
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *a*	79
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *b*	85
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *c*	87
A/CN.9/WG.IV/WP.24 et Add.1 et 2	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *d* à *f*	89
A/CN.9/WG.IV/WP.25 et Add.1	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2 *g* et *h*	105
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 2	281
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 3	74
A/CN.9/WG.IV/WP.32 et Add.1 à 10	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 2	69
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 3	102

ii) Paiements internationaux

A/CN.9/WG.IV/WP.35	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 2	37
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, B	60
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, D	94
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, C	62
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, E	95
A/CN.9/WG.IV/WP.46 et Corr.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 1	170
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 2	204
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, F	226
A/CN.9/WG.IV/WP.51	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, B	50

iii) Commerce électronique

A/CN.9/WG.IV/WP.53	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, B	389
A/CN.9/WG.IV/WP.55	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, B	223
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 1	182
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 2	192
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, D	216
A/CN.9/WG.IV/WP.62	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, B	141
A/CN.9/WG.IV/WP.64	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 1	161
A/CN.9/WG.IV/WP.65	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 2	176
A/CN.9/WG.IV/WP.66	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 3	177
A/CN.9/WG.IV/WP.67	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 4	181
A/CN.9/WG.IV/WP.69	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, B	82
A/CN.9/WG.IV/WP.71	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, B	253
A/CN.9/WG.IV/WP.73	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, B	171
A/CN.9/WG.IV/WP.74	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, C	190
A/CN.9/WG.IV/WP.76	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, B	191
A/CN.9/WG.IV/WP.77	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, C	205
A/CN.9/WG.IV/WP.79	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, E	226
A/CN.9/WG.IV/WP.80	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, F	239
A/CN.9/WG.IV/WP.82	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, B	431
A/CN.9/WG.IV/WP.84	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, B	479

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Pages*
e) ***Groupe de travail V: Nouvel ordre économique international***			
A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 1	107
A/CN.9/WG.V/WP.5	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 2	201
A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV, B	352
A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 5	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 9	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, B	247
A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 2	225
A/CN.9/WG.V/WP.15 et Add.1 à 10	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 2	281
A/CN.9/WG.V/WP.17 et Add.1 à 9	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.19	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 2	108
A/CN.9/WG.V/WP.20	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 3	109
A/CN.9/WG.V/WP.22	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, B	125
A/CN.9/WG.V/WP.24	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, B	145
A/CN.9/WG.V/WP.25	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, C	159
A/CN.9/WG.V/WP.27	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 1	299
A/CN.9/WG.V/WP.28	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 2	308
A/CN.9/WG.V/WP.30	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 1	236
A/CN.9/WG.V/WP.31	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 2	259
A/CN.9/WG.V/WP.33	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D, 1	291
A/CN.9/WG.V/WP.34	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D, 2	291
A/CN.9/WG.V/WP.36	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, B	85
A/CN.9/WG.V/WP.38	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, B	58
A/CN.9/WG.V/WP.40	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, D	92
i) Insolvabilité transnationale			
A/CN.9/WG.V/WP.42	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, B	140
A/CN.9/WG.V/WP.44	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, D	174
A/CN.9/WG.V/WP.46	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, B	68
A/CN.9/WG.V/WP.48	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, D	102
A/CN.9/WG.V/WP.50	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, B	571

7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI

A/CN.9/SR.93 à 123	Volume III: 1972	Supplément	1
A/CN.9/SR.254 à 256	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, A	211
A/CN.9/SR.255 à 261	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, B, 1	216
A/CN.9/SR.270 à 278, 282 et 283	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, B, 2	239
A/CN.9/SR.286 à 299 et 301	Volume XV: 1984	Troisième partie, I	339
A/CN.9/SR.305 à 333	Volume XVI: 1985	Troisième partie, II	415
A/CN.9/SR.335 à 353, 355 et 356	Volume XVII: 1986	Troisième partie, II	327
A/CN.9/SR.378, 379, 381 à 385 et 388	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, III	175
A/CN.9/SR.402 à 421, 424 et 425	Volume XX: 1989	Troisième partie, II	279
A/CN.9/SR.439 à 462 et 465	Volume XXII: 1991	Troisième partie, II	483
A/CN.9/SR.467 à 476, 481 et 482	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, III	443
A/CN.9/SR.494 à 513	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, III	365
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 1	182
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 2	192
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, D	216
A/CN.9/SR.520 à 540	Volume XXV: 1994	Troisième partie, III	369
A/CN.9/SR.547 à 579	Volume XXVI: 1995	Troisième partie, III	261
A/CN.9/SR.583 à 606	Volume XXVII: 1996	Troisième partie, III	263
A/CN.9/SR.607 à 631	Volume XXVIII: 1997	Troisième partie, III	353
A/CN.9/SR.676 à 703	Volume XXXI: 2000	Troisième partie, II	689

8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires

A/CONF.63/14 et Corr.1	Volume V: 1974	Troisième partie, I, A	217
A/CONF.63/15	Volume V: 1974	Troisième partie, I, B	218
A/CONF.63/17	Volume X: 1979	Troisième partie, I	155
A/CONF.89/13, annexes I à III	Volume IX: 1978	Troisième partie, I, A à D	241
A/CONF.97/18 et annexes I et II	Volume XI: 1980	Troisième partie, I, A à C	159
A/CONF.152/13	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, I	429

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Pages*

9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI

(sans cote)	Volume I: 1968-1970	Troisième partie	320
A/CN.9/L.20/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie	155
(sans cote)	Volume II: 1971	Deuxième partie	161
(sans cote)	Volume III: 1972	Deuxième partie	339
(sans cote)	Volume IV: 1973	Deuxième partie	255
A/CN.9/L.25	Volume V: 1974	Troisième partie, II, A	223
(sans cote)	Volume V: 1974	Troisième partie, II, B	224
(sans cote)	Volume VI: 1975	Troisième partie, II, A	329
(sans cote)	Volume VII: 1976	Troisième partie, A	345
(sans cote)	Volume VIII: 1977	Troisième partie, A	351
(sans cote)	Volume IX: 1978	Troisième partie, II	250
(sans cote)	Volume X: 1979	Troisième partie, II	178
(sans cote)	Volume XI: 1980	Troisième partie, IV	179
(sans cote)	Volume XII: 1981	Troisième partie, III	287
(sans cote)	Volume XIII: 1982	Troisième partie, IV	464
(sans cote)	Volume XIV: 1983	Troisième partie, IV	280
(sans cote)	Volume XV: 1984	Troisième partie, II	387
A/CN.9/284	Volume XVI: 1985	Troisième partie, III	531
A/CN.9/295	Volume XVII: 1986	Troisième partie, III	409
A/CN.9/313	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, III	201
A/CN.9/326	Volume XIX: 1988	Troisième partie, III	223
A/CN.9/339	Volume XX: 1989	Troisième partie, III	367
A/CN.9/354	Volume XXI: 1990	Troisième partie, I	333
A/CN.9/369	Volume XXII: 1991	Troisième partie, III	579
A/CN.9/382	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, V	497
A/CN.9/402	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, IV	443
A/CN.9/417	Volume XXV: 1994	Troisième partie, IV	445
A/CN.9/429	Volume XXVI: 1995	Troisième partie, IV	387
A/CN.9/441	Volume XXVII: 1996	Troisième partie, IV	331
A/CN.9/452	Volume XXVIII: 1997	Troisième partie, IV	441
A/CN.9/463	Volume XXIX: 1998	Troisième partie, II	281
A/CN.9/481	Volume XXX: 1999	Troisième partie, I	433
A/CN.9/502 et Corr.1	Volume XXXI: 2000	Troisième partie, III	

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。 请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

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.04-56825—March 2006—215
United Nations publication
Sales No. F.04.V.4
ISBN 92-1-233392-3
ISSN 0251-4265
A/CN.9/SER.A/2001

9 789212 333922