cessionnaire consacre une clause aux modifications de contrats d'où pourraient résulter les créances cédées. Il a été suggéré de remplacer les mots "soit prévu" par les mots "ne soit pas interdit".

216. Au cours du débat, on a posé la question de savoir si les modifications du contrat de cession postérieures à la notification devaient lier le débiteur ou si le contrat de cession modifié devrait faire l'objet d'une nouvelle notification. On a fait observer que, conformément au projet d'article 13, le débiteur n'était lié par une cession qu'à la condition qu'il en ait reçu notification. Toutefois, on a craint que le fait d'imposer l'obligation de notifier une seconde fois au débiteur la modification du contrat postérieure à la notification initiale ne risque d'avoir l'effet indésirable d'augmenter le coût des opérations financières consistant dans le regroupement d'un grand nombre de créances de valeur modeste.

217. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir une version révisée du projet d'article 15 en tenant compte des propositions faites et de présenter des variantes quant au sort à réserver à l'effet des modifications du contrat initial sur le cessionnaire. En ce qui concerne la modification de la cession, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de lui présenter pour examen un projet de disposition à une session future.

Article 16. Renonciation aux exceptions

218. Le texte du projet d'article 16 qui a été examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Aux fins du présent article, une renonciation aux exceptions est une convention explicite écrite entre le débiteur et le cédant ou le cessionnaire, aux termes de laquelle le débiteur s'engage à ne pas faire valoir contre le cessionnaire les exceptions qu'il pourrait invoquer en vertu de l'article 14.

2. Une renonciation aux exceptions, faite au moment de la conclusion du contrat initial ou ultérieurement, interdit au débiteur de faire valoir des exceptions [dont il savait ou aurait dû savoir au moment de la renonciation qu'il pouvait les invoquer].

3. Il est impossible de renoncer aux exceptions suivantes :

a) Exceptions découlant d'opérations distinctes entre le débiteur et le cessionnaire;

b) Exceptions fondées sur des actes frauduleux de la part du cessionnaire;

[...]

4. Une renonciation aux exceptions ne peut être révoquée que par une convention écrite explicite.

[5. Une indication écrite et explicite du consentement par le débiteur à la cession après la notification est réputée être une renonciation aux exceptions.

6. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas à la cession de créance de consommateurs.]"

Paragraphe 1

219. Le Groupe de travail a noté que le terme "renonciation aux exceptions" était défini au paragraphe 1 pour éviter d'introduire des incertitudes quant à son sens. On s'est demandé si ce paragraphe devrait couvrir les renonciations aux exceptions en général ou bien s'il devrait établir une distinction entre les renonciations qui pourraient être convenues, avant la notification, entre le débiteur et le cédant et celles qui seraient convenues, après la notification, entre le débiteur et le cessionnaire.

220. Selon un avis, le paragraphe 1 couvre de manière appropriée les renonciations aux exceptions convenues entre le débiteur et le cédant, mais il ne devrait pas tenter de couvrir les renonciations aux exceptions convenues entre le débiteur et le cessionnaire, lesquelles devraient être laissées entièrement à l'appréciation des parties. Il a été déclaré qu'aucune des dispositions de fond contenues dans les paragraphes 2 à 6 ne convenait à la relation entre le débiteur et le cessionnaire puisque ces dispositions avaient précisément pour objectif de restreindre la liberté des parties en matière de renonciation aux exceptions. Il a donc été suggéré que les mots "ou le cessionnaire" soient supprimés ou bien que les conventions entre le débiteur et le cédant soient traitées différemment, aux paragraphes 2 à 6, des conventions entre le débiteur et le cessionnaire. L'avis prédominant, toutefois, était que la définition du terme "renonciation aux exceptions", au paragraphe 1, devrait couvrir aussi les conventions qui pourraient être conclues directement entre le débiteur et le cessionnaire, aux termes desquelles le débiteur renoncerait à son droit de faire valoir vis-à-vis du cessionnaire les exceptions qu'il pourrait avoir vis-à-vis du cédant.

221. Après discussion, le Groupe de travail a estimé que le paragraphe 1 était dans l'ensemble acceptable quant au fond. Le Groupe de travail est convenu que, lors de l'examen des paragraphes 2 à 6, il pourrait être nécessaire d'étudier si le cadre établi par ces paragraphes quant aux renonciations aux exceptions couvrirait de manière adéquate les renonciations faites entre le débiteur et le cessionnaire. Pour ce qui est de la rédaction, il a été suggéré que la référence au projet d'article 14 soit précisée afin d'indiquer que la renonciation pourrait concerner non seulement les exceptions mais aussi les droits à compensation.

Paragraphe 2

222. Il a été noté que les mots "faite au moment de la conclusion du contrat initial ou ultérieurement" donnaient effet à une suggestion faite lors de la session précédente du Groupe de travail selon laquelle cette disposition devrait préciser le moment où la renonciation serait faite. Il a été rappelé que le moment de la conclusion du contrat initial entre le débiteur et le cédant était important pour déterminer les conditions de crédit que le cessionnaire offrirait au cédant, ce qui à son tour pouvait avoir des incidences sur les conditions de crédit offertes au débiteur. Il a également été rappelé qu'il y avait des cas dans la pratique où il y aurait renonciation, ou modification d'une renonciation antérieure, après la conclusion du contrat initial entre le débiteur et le cédant (voir A/CN.9/420, par. 138).

223. On a déclaré qu'il n'y avait pas de raison pour que le champ d'application de cette disposition soit limité aux renonciations faites au moment de la conclusion du contrat initial ou ultérieurement. On a souligné que, dans un certain nombre de situations pratiques mettant en jeu des créances futures, les renonciations étaient faites avant la conclusion du contrat initial. Par exemple, on a déclaré qu'un élément capital de la cession de créances futures sur cartes de crédit était que de telles renonciations étaient faites avant la conclusion du contrat initial. Après discussion, le Groupe de travail a décidé que la référence au moment de la renonciation devrait être supprimée.

224. Pour ce qui est du texte entre crochets ("dont il savait ou aurait dû savoir au moment de la renonciation qu'il pouvait les invoquer"), il a été reconnu dans l'ensemble que toute référence à ce que le débiteur "savait" au moment de la renonciation introduirait des incertitudes et un aspect subjectif peu souhaitables qui auraient des incidences néfastes sur le coût du crédit. Bien qu'un point de vue ait été exprimé en faveur du maintien du texte entre crochets afin de protéger le débiteur, le Groupe de travail a décidé que ce texte devrait être supprimé.

225. On a estimé que le reste du paragraphe 2 ("Une renonciation aux exceptions interdit au débiteur de faire valoir des exceptions") pourrait être considéré comme une évidence. On a noté en outre que cette formulation revenait à remplacer la base contractuelle de la renonciation et l'estoppel par une base conventionnelle, ce qui pourrait avoir des incidences sur les autres lois applicables à la renonciation. Il a été suggéré que cette partie de la phrase soit supprimée ou bien remplacée par une référence générale à la législation nationale applicable aux renonciations aux exceptions. De l'avis général, toutefois, le texte était utile et devait être conservé. On a souligné que, dans certains pays, le libellé adopté au paragraphe 2 était nécessaire pour qu'un tribunal appliquant la législation nationale ne puisse infirmer une renonciation aux exceptions au motif que cette renonciation pourrait être injuste pour le débiteur. Pour ce qui est de la rédaction, il a été suggéré que l'on envisage la possibilité de combiner les textes des paragraphes 1 et 2.

226. On s'est demandé si le projet d'article 16 devrait admettre des renonciations générales, couvrant toutes les exceptions possibles, ou si les renonciations ne pourraient porter que sur des exceptions déterminées. Le Groupe de travail a décidé que la question pourrait devoir être examinée plus avant lors d'une session future.

Paragraphe 3

227. Le Groupe de travail a jugé la teneur du paragraphe acceptable dans l'ensemble. S'agissant de l'alinéa *b*, il a été proposé de laisser au droit interne le soin de déterminer s'il convenait d'écarter ou non les exceptions fondées sur des actes frauduleux, de façon à tenir compte des cas où le droit interne pourrait permettre de renoncer aux exceptions fondées sur des actes frauduleux, par exemple des actes frauduleux commis par les employés d'une partie. On s'est généralement accordé à reconnaître, toutefois, qu'il devrait être interdit de renoncer aux exceptions fondées sur des actes frauduleux de la part du cessionnaire.

228. On s'est penché sur la question de savoir s'il faudrait inclure d'autres exceptions sur la liste de celles auxquelles il était impossible de renoncer. On a fait observer que le paragraphe 3 était basé sur l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 30 de la Convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (ci-après dénommée "la Convention sur les lettres de change et billets à ordre"). Selon une opinion, dans le cadre de la préparation du projet de convention, il faudrait tenir compte des analogies pouvant exister entre les situations auxquelles le projet de convention est applicable et certaines dispositions de la Convention sur les lettres de change et billets à ordre. Ainsi, il a été indiqué que l'un des objectifs possibles du projet de convention pourrait être de considérer les créances, dans une large mesure, comme des effets de commerce. Il a été proposé que le projet de convention accorde au cessionnaire le même degré de protection que celui qui est accordé au porteur protégé par la Convention sur les lettres de change et billets à ordre.

229. Différentes propositions ont été faites concernant la possibilité de compléter la liste des exceptions auxquelles il est impossible de renoncer qui figure au paragraphe 3. Il a été proposé d'y inclure les exceptions fondées sur des actes frauduleux de la part du cédant. Après débat, il a été décidé que les mots "ou le cédant" devraient être ajoutés entre crochets à la fin de l'alinéa *b*. Il a également été proposé d'inclure dans la liste d'autres exceptions prévues à l'article 30 de la Convention sur les lettres de change et billets à ordre. Il a été convenu que la question pourrait être examinée plus avant à une session ultérieure.

230. Selon une opinion, le paragraphe 3 devrait indiquer qu'une renonciation aux exceptions n'était possible que dans la mesure permise par la loi applicable aux relations entre le cédant et le débiteur. À cet égard, il a été fait référence à l'interprétation suivant laquelle le projet de convention n'était pas destiné à prendre le pas sur d'autres lois applicables aux questions relatives à la validité d'une renonciation aux exceptions.

231. Après discussion, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un projet de paragraphe 3 révisé, en tenant compte des propositions formulées.

Paragraphe 4

232. Il a été noté que le paragraphe 4 disposait que la révocation de la renonciation devait être "explicite" et ne pouvait se faire que par une "convention écrite". Si la teneur de cette règle a été approuvée, elle n'en a pas moins donné lieu à un certain nombre de préoccupations quant à sa formulation précise. On s'est par exemple demandé si l'utilisation du terme "révoquée" ne donnait pas l'impression qu'il s'agissait d'un acte unilatéral et non d'une convention. Afin de tenir compte de cette préoccupation, il a été proposé de faire plutôt référence à une "modification" de la renonciation. Un autre problème concernait la référence à une "convention écrite explicite", qui pouvait aboutir, par inadvertance, à invalider les renonciations stipulées dans les conditions et modalités standard. Pour tenir compte de cette préoccupation, il a été proposé de supprimer le terme "explicite". On a fait observer qu'une référence à une

convention écrite devait suffire et était conforme à la terminologie utilisée dans la Convention des Nations Unies sur les ventes. Après discussion, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 4 sous réserve des modifications proposées.

Paragraphe 5

233. Il a été noté que le paragraphe 5, qui avait été inséré conformément à une suggestion faite lors de la session précédente du Groupe de travail, prévoyait une renonciation implicite aux exceptions en cas d'acceptation de la cession par le débiteur. Il figurait entre crochets, car il n'était peut-être pas conforme au principe énoncé au paragraphe 1 selon lequel, afin de protéger le débiteur contre toute renonciation non intentionnelle aux exceptions, toute renonciation devait être explicite. On s'est généralement accordé à reconnaître que l'acceptation de la cession par le débiteur ne devait pas être considérée comme une renonciation aux exceptions. Toutefois, selon une opinion, on pourrait intégrer la pratique consistant à considérer le consentement du débiteur comme une renonciation aux exceptions en invoquant les usages commerciaux dans l'interprétation de la cession, question qui est traitée au paragraphe 4 de l'article 10. Après discussion, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 5.

Paragraphe 6

234. On a rappelé que le Groupe de travail avait décidé d'adopter une approche élargie des catégories de cessions et des catégories de créances devant relever du projet de convention, sans exclure les cessions de créances sur consommateurs. Confirmant sa décision, le Groupe de travail a noté qu'il existait déjà un marché important dans le cadre duquel des crédits étaient accordés sur la base des créances sur consommateurs, qui permettait aux fabricants, détaillants et consommateurs d'avoir accès à un crédit moins cher, et sur lequel il n'était pas question d'intervenir.

235. Un certain nombre de préoccupations ont été exprimées en ce qui concerne le paragraphe 6. Par exemple, il n'était pas précisé si ce paragraphe rendait impossible aux consommateurs de renoncer à leurs exceptions ou si cette renonciation était du ressort des dispositions applicables du droit interne. Par ailleurs, le paragraphe 6 pouvait ne pas concorder avec les dispositions du droit interne applicables à la protection des consommateurs. Enfin, dans le cadre des cessions globales d'un nombre important de créances de faible valeur, il était peu pratique de demander aux parties de déterminer, en ce qui concerne les créances cédées, s'il s'agissait de créances sur consommateurs ou de créances commerciales. Afin de tenir compte de ces préoccupations, il a été proposé de supprimer le paragraphe 6.

236. Il a été objecté que l'autorisation de renoncer aux exceptions concernant les créances sur consommateurs pourrait aller à l'encontre des principes solidement établis de protection des consommateurs et pourrait compliquer inutilement le projet de convention et en compromettre l'acceptabilité.

237. Il a été répondu qu'en principe le but essentiel du projet de convention n'était pas de protéger les consommateurs, protection qui relevait en tout état de cause des dispositions applicables du droit interne, mais de renforcer, à l'intention de toutes les parties, y compris les consommateurs, l'accessibilité de crédits à faible coût. En outre, il a été indiqué que la seule incidence de la suppression du paragraphe 6 serait qu'en vertu du projet de convention les questions relatives à la protection des consommateurs resteraient régies par les dispositions applicables du droit interne. Il a été proposé d'inclure éventuellement dans le texte une note indiquant que le projet de convention ne prévalait pas sur les lois relatives à la protection des consommateurs. Il a été noté que cette approche était celle de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux et de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Toutefois, on a mis en garde contre le fait que cette approche pouvait ne pas être appropriée dans le contexte actuel et pouvait jeter un doute sur les pratiques concernant les créances sur consommateurs, telles que la pratique de la titrisation des créances sur cartes de crédit de consommateurs.

238. Après discussion, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 6 et de prier le Secrétariat d'envisager d'insérer dans le texte une note de bas de page entre crochets précisant que le projet de convention ne prévalait pas sur les lois relatives à la protection des consommateurs. Comme suite à cette décision, le Groupe de travail a noté qu'il ne restait plus dans le texte aucune disposition concernant les créances sur consommateurs et, en conséquence, il a décidé de supprimer le paragraphe 5 du projet d'article 2.

Article 17. Recouvrement d'avances

239. Le texte du projet d'article 17 examiné par le Groupe de travail se lisait comme suit :

> "1. Sans préjudice des droits du débiteur en vertu de l'article 14, la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur à recouvrer une somme payée par lui au cessionnaire.
>
> 2. Une cession ne porte pas atteinte aux droits du débiteur à l'encontre du cédant découlant de la non-exécution par le cédant du contrat initial, y compris, mais non exclusivement, le droit du débiteur de recouvrer auprès du cédant les sommes qu'il a payées au cessionnaire."

Paragraphe 1

240. On a noté que le paragraphe 1 visait à garantir que le débiteur supportait le risque de non-exécution des obligations de son partenaire contractuel, c'est-à-dire le cédant, tout en préservant les exceptions que pouvait invoquer le débiteur à l'encontre du cessionnaire en vertu du projet d'article 14.

241. À la suite d'une demande de renseignements, on a noté qu'à sa session précédente le Groupe de travail avait décidé que le projet d'article 17 ne devait pas prévoir d'exceptions à cette règle du type de celles qui figuraient dans la disposition correspondante de la Convention sur l'affacturage (art. 10). Dans ces exceptions figurait le cas où le cessionnaire n'avait pas payé ou prêté au cédant les montants qui étaient exigés dans le contrat de financement et le

cas où le cessionnaire avait connaissance du défaut d'exécution par le cédant du contrat initial. Il a été jugé que les exceptions de ce type étaient propres à des cas particuliers d'affacturage dans lesquels une garantie d'exécution était généralement donnée par l'affactureur (cessionnaire). Si on tenait compte de ces exceptions dans le texte général en cours d'élaboration, on créerait des obstacles à toute une série de mécanismes de financement utilisés dans la pratique (A/CN.9/420, par. 146). On a fait remarquer par ailleurs qu'une règle s'inspirant de l'article 10 de la Convention sur l'affacturage était contre-indiquée dans le cas d'un certain nombre d'opérations qui, bien que classées dans l'"affacturage", comportaient des cessions à des fins de services. Il a toutefois été estimé que, dans un État qui aurait ratifié à la fois le projet de convention et la Convention sur l'affacturage, les débiteurs dont les dettes auraient fait l'objet d'un affacturage commercial seraient dans une situation plus favorable que les débiteurs dont les dettes auraient été cédées en vertu du projet de convention, conséquence qui a été jugée inhabituelle. Il a été suggéré que le paragraphe 1, dans sa formulation, devait indiquer clairement qu'il visait le recouvrement d'avances auprès du cessionnaire.

242. À l'issue du débat, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 1, moyennant la modification rédactionnelle proposée.

Paragraphe 2

243. On a noté que le paragraphe 2, inséré comme suite à une suggestion faite lors de la session précédente du Groupe de travail, avait pour objet de préserver les droits du débiteur contre le cédant en cas de rupture du contrat initial, notamment le droit de recouvrer auprès du cédant les avances versées par le débiteur au cessionnaire (A/CN.9/420, par. 148).

244. Sur le fond, la règle énoncée au paragraphe 2 a bénéficié d'un large appui au sein du Groupe de travail. Toutefois, on a généralement estimé qu'elle avait trait au principe fondamental selon lequel la cession ne devait pas modifier la position juridique du débiteur, principe qui apparaissait également, par exemple, dans les projets d'articles 6-1 *b*, 14 et 19, et qu'elle devait donc figurer plutôt au début du projet de convention. Sur le plan de la rédaction, on a fait valoir que la mention du droit du débiteur de recouvrer auprès du cédant les sommes qu'il a payées au cessionnaire à titre d'avance était superflue et pouvait être supprimée. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 2 quant au fond et prié le Secrétariat de le placer à l'endroit qui convient dans le texte.

Article 18. Priorité

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

"1. Lorsqu'une créance est cédée par le cédant à plusieurs cessionnaires, le [premier cessionnaire] [premier cessionnaire qui avise le débiteur conformément à l'article 13] [premier cessionnaire qui enregistre la cession] a la priorité.

2. Le cessionnaire a la priorité sur les créanciers du cédant, à condition que [la cession] [la notification du débiteur] [l'enregistrement de la cession] se produise avant le moment où les créanciers du cédant acquièrent un droit sur les créances cédées.

3. En cas d'insolvabilité du cédant, le cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité, à condition que [la cession] [la notification du débiteur] [l'enregistrement de la cession] se produise avant la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

[4. [Sans préjudice des autres règles de droit relatives à la priorité], les paragraphes précédents ne s'appliquent pas dans les cas suivants : [...]]

[5. Le cessionnaire peut enregistrer dans un registre public, dans le lieu où est situé le cédant, une déclaration simplifiée, identifiant raisonnablement le cédant, le cessionnaire, les créances cédées et l'obligation garantie, le cas échéant. En l'absence d'enregistrement, [le premier cessionnaire] [le premier cessionnaire à aviser le débiteur] a la priorité, sous réserve des dispositions des paragraphes 2 et 3 du présent article].

6. Aux fins du présent article, le terme "priorité" désigne le droit à paiement d'une personne à l'encontre du cédant, sur la base des créances cédées, de préférence à d'autres personnes.

7. Aucune disposition du présent article ne porte atteinte aux dispositions applicables à l'insolvabilité du cédant."

246. De l'avis général, l'incertitude concernant la priorité constituait un important obstacle au financement par cession de créances, étant donné que les créanciers risquaient de refuser un crédit ou d'en relever le coût s'ils n'étaient pas certains d'être prioritaires en cas d'insolvabilité du cédant. L'article 18 revêtait donc une importance essentielle dans une loi uniforme tendant à unifier le droit et visant à augmenter l'offre de crédits.

Paragraphe 1

247. On a fait observer que le paragraphe 1 traitait des conflits de priorité entre plusieurs cessionnaires du même cédant, et comportait trois options quant à la détermination de la priorité. La première ("le premier cessionnaire a la priorité") n'établissait aucun mécanisme de publicité de la cession. On a estimé qu'une telle règle existait dans certaines législations nationales et qu'elle pourrait servir de règle secondaire possible pour déterminer qui a la priorité dans le projet de convention. On a cependant généralement estimé que la règle principale pour la détermination de la priorité devait prévoir la publicité de la cession, afin d'éviter des difficultés pratiques d'établissement de la preuve des diverses cessions. On a estimé aussi que, s'il était possible d'établir correctement l'ordre de priorité des diverses créances en fonction de la date de la cession, un tel système risquait de faire difficulté, en pratique, en cas de cession de créances futures et de cessions globales. Après discussion, le Groupe de travail a décidé d'éliminer la première option.

248. Le débat a donc porté sur le choix entre les deux autres options ("le premier cessionnaire qui avise le débiteur conformément à l'article 13 a la priorité" et "le premier cessionnaire qui enregistre la cession a la priorité"). En faveur de l'adoption d'un système fondé sur la notification, on a fait valoir qu'un tel système fonctionnait déjà de façon satisfaisante dans la législation de nombreux pays. On a fait observer que, si l'on s'écartait de pratiques bien établies de cette nature, on créait des risques de conflit entre les règles régissant les cessions nationales et les règles applicables en vertu du projet de convention. De tels risques retentiraient sur l'acceptabilité du projet de convention, en particulier puisque le Groupe de travail avait décidé d'élargir son domaine d'application aux cessions internationales de créances nationales. Il a été répondu qu'une règle de priorité fondée sur la notification risquerait d'entraîner une baisse de l'offre de crédits pour les nouveaux marchés.

249. Selon un avis largement répandu, l'adoption d'un système d'enregistrement était en théorie le moyen le plus approprié pour déterminer la priorité. On a déclaré qu'une telle méthode était fiable dans la pratique, à condition que le système d'enregistrement réponde à certains critères, par exemple qu'il soit peu coûteux, transparent et facilement accessible. On s'est demandé s'il était réaliste de compter que les difficultés juridiques, techniques et politiques qui ne manqueraient pas d'apparaître dans la création d'un système d'enregistrement seraient résolues dans un délai qui ne retarde pas indûment l'achèvement du projet de convention.

250. Selon un autre avis, le projet de convention pourrait conjuguer les deux démarches en prévoyant deux ensembles de dispositions, l'un fondé sur l'enregistrement et l'autre sur la notification, laissant aux États parties à la Convention le soin de choisir entre les deux. En outre, inclure les deux ensembles de règles dans le projet de convention serait peut-être le meilleur moyen de tenir compte des développements techniques futurs, qui pourraient rendre l'enregistrement d'usage plus répandu.

251. Le Groupe de travail a différé sa décision sur la question de savoir si les problèmes de priorité devaient être résolus sur la base de la notification ou de l'enregistrement. On a généralement estimé qu'avant de prendre une telle décision il fallait être mieux informé sur la possibilité pratique d'utiliser un système d'enregistrement. On a fait observer que les travaux relatifs aux problèmes d'enregistrement étaient actuellement étudiés dans diverses organisations internationales, dont UNIDROIT (dans le contexte de la préparation d'un projet de convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles) et dans des organisations régionales telles que l'Union européenne et l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Le Secrétariat a donc été invité à étudier les problèmes posés par un système éventuel d'enregistrement et d'en tenir le Groupe de travail informé, de façon que celui-ci puisse prendre une décision bien documentée à ce sujet. Les questions à examiner comprenaient : celle de savoir si un système d'enregistrement devait être fondé sur un enregistrement international ou sur des registres nationaux; si le système d'enregistrement devait être sous forme papier ou électronique; si le responsable du fichier avait un rôle purement administratif ou s'il aurait aussi à se prononcer sur des questions de droit, par exemple concernant la validité légale de l'enregistrement; si l'accès au fichier devait être libre ou limité à certaines parties intéressées; quel serait le coût de l'enregistrement; quelles techniques d'authentification seraient utilisées; quelle serait la durée de l'enregistrement; et quelles règles pourraient être envisagées en cas d'erreur d'enregistrement et en matière de responsabilité en cas d'erreur et de juridiction compétente.

252. Le Groupe de travail a noté que, lors de l'examen du projet d'article 13, il avait différé son examen du paragraphe 4, qui portait sur la façon dont le débiteur devait s'acquitter de son obligation de payer en cas de cessions multiples. Après examen, le Groupe de travail a estimé que la teneur du paragraphe 4 du projet d'article 13 était dans l'ensemble acceptable.

Paragraphe 2

253. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir si le paragraphe 2 devrait être conservé ou non. Selon un avis, comme le paragraphe 2 traitait des conflits entre le cessionnaire et les créanciers chirographaires du cédant, il ne servait à rien et devait être supprimé. On a cependant estimé plus généralement que le paragraphe 2, qui devait être lu conjointement au paragraphe 3, apportait une certitude, en établissant qu'en cas d'insolvabilité le cessionnaire avait la priorité, non seulement sur l'administrateur de l'insolvabilité, mais aussi sur les autres créanciers du cédant saisissant les créances cédées. À l'appui du maintien de ce paragraphe, il a été noté qu'il permettait d'offrir aux créanciers potentiels du cédant la possibilité de déterminer si les créances du cédant avaient été cédées. Après examen, le Groupe de travail a estimé que la teneur du paragraphe 3 était dans l'ensemble acceptable, sous réserve de la décision à prendre à une date ultérieure s'agissant du paragraphe 1.

Paragraphe 3

254. De l'avis général, le paragraphe 3 devrait être révisé pour résoudre la question de savoir si les créances cédées avant la date d'effet de l'insolvabilité du cédant, mais exigibles après cette date, étaient effectivement transférées, et donc exclues du patrimoine de l'insolvable.

255. Plusieurs opinions ont été exprimées sur la façon de traiter cette question. Pour les uns, le transfert des créances futures devenait effectif au moment de la cession, même si les créances étaient exigibles ou étaient obtenues du fait de l'exécution d'une obligation après la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. En adoptant une telle démarche, a-t-on déclaré, on faciliterait considérablement le financement par cession de créances et on augmenterait l'offre de crédit peu coûteux, en donnant aux cessionnaires la certitude nécessaire à la fourniture de crédits sur la base de cessions globales de créances futures.

256. Au contraire, certains ont fait observer qu'une telle démarche revenait à retirer les créances cédées du patrimoine du cédant insolvable, ce qui pouvait être contraire à la législation nationale de l'insolvabilité. On a fait observer qu'il était contre-indiqué d'intervenir ainsi dans les règles

nationales sur l'insolvabilité car cela risquait de compromettre les intérêts des créanciers privilégiés (l'État, les employés, par exemple) et ainsi de modifier l'équilibre des intérêts établi par les règles nationales sur l'insolvabilité. On a donc suggéré que le transfert des créances futures prenne effet au regard de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant, uniquement à l'échéance des créances futures ou si ces créances sont obtenues du fait de l'exécution d'une obligation avant la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

257. Durant la discussion, on s'est demandé si la date du transfert effectif des créances futures devait différer, selon qu'il s'agissait de cessions-ventes ou de cessions à titre de garantie. Le Groupe de travail a confirmé l'approche retenue par lui dans son examen du projet d'article 12, selon laquelle il serait difficile de faire une distinction. On a souligné qu'en raison de la diversité des formes de transfert acceptées par les parties et en raison des grandes différences existant entre les systèmes juridiques quant au classement des transferts, une cession à titre de garantie pouvait en fait posséder les attributs d'une vente, tandis qu'une vente pouvait être utilisée comme mécanisme de garantie.

258. Après examen, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de rédiger un projet révisé de paragraphe 3, présentant les variantes reflétant les vues exprimées. Le Groupe de travail a décidé que le projet de paragraphe 2 de l'article 7, qui traitait aussi de la date de transfert des créances futures, devait s'inspirer de la même conception.

Paragraphes 4 à 6

259. Le Groupe de travail a noté que la teneur des paragraphes 4 à 6 dépendait de l'option adoptée s'agissant des conflits de priorité, aux paragraphes 1 et 2, et a donc décidé de différer l'examen des paragraphes 4 à 6 jusqu'à ce qu'une décision soit prise sur la question de la priorité.

Paragraphe 7

260. Étant donné le débat sur le paragraphe 3, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer une version révisée du projet de paragraphe 7, tenant compte du fait que le projet de convention pouvait, dans une certaine mesure, avoir des incidences sur la loi applicable à l'insolvabilité. S'il était admis que la relation entre le projet de convention et les règles nationales applicables en cas d'insolvabilité devait être examinée avec un soin particulier, le Groupe de travail n'était pas opposé, en principe, à l'examen d'une approche fondée sur le souci d'harmoniser certains aspects de la loi applicable en cas d'insolvabilité. On a noté que, dans un contexte légèrement différent, c'était le but d'un groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité, qui préparait des dispositions législatives types sur la coopération judiciaire, l'accès et la reconnaissance dans les cas d'insolvabilité transnationale.

Article 19. Paiement à un compte bancaire spécifié et priorité

261. Le texte du projet d'article 19 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. S'il en est convenu entre le cédant et le débiteur avant la notification de la cession, conformément au paragraphe 2 de l'article 13, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire à un compte bancaire ou à une boîte postale spécifiés dans la convention. Après notification de la cession, conformément au paragraphe 2 de l'article 13, le débiteur et le cessionnaire peuvent convenir de la méthode de paiement.

2. En cas de convention entre le cédant et le débiteur, conformément au paragraphe 1 du présent article, la personne qui contrôle le compte bancaire ou la boîte postale spécifiés dans ladite convention aux fins du paiement par le débiteur a la priorité."

Paragraphe 1

262. Le paragraphe 1 a été approuvé dans son principe, mais un certain nombre de suggestions ont été faites. Il a notamment été proposé d'élargir le champ d'application de cette disposition aux cas où les parties n'auraient pas convenu au préalable du paiement à un compte ouvert dans le pays du débiteur. Il a également été suggéré de donner au paiement un caractère irrévocable, afin qu'il permette au débiteur de se libérer de son obligation et d'opérer le transfert de la créance de son patrimoine. Il a par ailleurs été proposé d'insérer le texte du paragraphe 1 dans l'article 13, qui traite des modalités par lesquelles un débiteur peut se libérer de son obligation. Sous réserve des modifications proposées, le Groupe de travail a approuvé la teneur du paragraphe 1.

Paragraphe 2

263. On a fait observer qu'aux termes du paragraphe 2 le titulaire du compte bancaire auquel les créances étaient versées, qui pouvait tirer sur ce compte et dont la banque lui reconnaissait ce droit, aurait priorité sur les créanciers qui faisaient valoir un droit sur les créances cédées. Bien que le principe du financement au moyen de ces paiements ait recueilli une certaine adhésion, la formulation du paragraphe 2 a soulevé un certain nombre de questions. Une des préoccupations exprimées était que ce paragraphe introduisait un élément d'incertitude, dans la mesure où l'on ne pouvait pas dire avec précision s'il faisait référence aux créances ou à leur produit. On s'est aussi demandé si cette disposition ne risquait pas d'aller à l'encontre de la règle de priorité consacrée par le projet d'article 18. On a craint en outre que l'expression "personne qui contrôle le compte bancaire" ne soit pas assez précise. Le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen du paragraphe 2 à une session future.

Chapitre IV. Cessions subséquentes

Article 20. Cessions subséquentes

264. Le texte du projet d'article 20 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

1. [La présente Convention] [La présente loi] s'applique à toute cession (...) par le cessionnaire initial ou tout

autre cessionnaire à des cessionnaires subséquents, à condition que [la cession initiale] [cette session] soit régie par [la présente Convention] [la présente loi].

2. (...) [La présente Convention] [la présente loi] s'applique comme si le cessionnaire subséquent était le cessionnaire initial. Toutefois, le débiteur ne peut exercer à l'encontre d'un cessionnaire subséquent des droits de compensation sur la base de créances existant à l'encontre d'un cessionnaire antérieur [, à l'exception des droits opposables au pénultième cessionnaire, qui est le dernier cédant].

3. *Variante A*

Une cession subséquente de créances (...) transfère les créances au cessionnaire nonobstant toute convention (...) interdisant ou limitant une telle cession (...). Aucune disposition du présent paragraphe n'a d'incidence sur toute obligation ou responsabilité d'un cessionnaire subséquent du chef d'une violation d'une clause de non-cession.

Variante B

Une convention (...) interdisant ou limitant la cession de créances n'est pas valable. Une cession de créances transfère les créances au cessionnaire nonobstant une telle convention. Ni le cédant, ni le cessionnaire ne sont en rien responsables en cas de rupture d'une telle convention.

4. Nonobstant le fait que l'invalidité d'une cession intermédiaire rend invalides toutes les cessions subséquentes, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire au premier cessionnaire qui l'avise en application du paragraphe 2 de l'article 13.

Paragraphe 1

265. Il était à craindre que le paragraphe 1 ait pour effet non souhaité d'exclure certaines opérations de titrisation qui comprennent une série de cessions subséquentes, du seul fait que la cession initiale entre des sociétés affiliées situées dans le même État aurait un caractère national. Afin d'éviter une telle situation, il a été suggéré de réviser le paragraphe 1, de façon à préciser que le projet de convention s'appliquerait aux cessions subséquentes si elles répondaient aux critères énoncés au projet d'article premier. Sous réserve de cette révision, le Groupe de travail a approuvé la teneur du paragraphe 1.

Paragraphe 2

266. Le principe selon lequel le projet de convention s'appliquerait comme si le cessionnaire subséquent était le cessionnaire initial a été approuvé. Il a été suggéré de modifier le libellé du début de ce paragraphe comme suit : "Les autres dispositions de la présente Convention ...". On a fait valoir que la question des droits de compensation pouvait être réglée par le contrat initial et n'avait pas sa place dans le projet de convention. Sous réserve des modifications de forme proposées, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 2 et a décidé de mettre entre crochets les dispositions relatives aux droits de compensation et de les réexaminer lors d'une session future.

Paragraphe 3

267. On a fait observer que le paragraphe 3 visait les clauses de non-cession contenues dans les contrats de refinancement. On a fait valoir qu'une formulation proche de celle de la variante B pourrait être retenue dans la mesure où les clauses de non-cession figurant dans les contrats de refinancement n'avaient pas pour objet de protéger les débiteurs. Toutefois, compte tenu de la décision prise lors du débat sur le projet de paragraphe 1 de l'article 8, le Groupe de travail a décidé de supprimer la variante B et de conserver la variante A, étant entendu que la variante A du projet d'article 20-3 devrait être conforme à la variante A du projet d'article 8-1.

Paragraphe 4

268. Le paragraphe 4, qui permet au débiteur de payer le premier cessionnaire qui l'avise sans avoir à établir la validité des cessions a recueilli une certaine adhésion. Il a toutefois été souligné que la connaissance de l'invalidité d'une cession devrait empêcher un débiteur de se libérer de son obligation en payant le cessionnaire. Le Groupe de travail a décidé de maintenir le paragraphe 4 en attendant d'approfondir la question relative à la connaissance de l'invalidité de la cession par le débiteur évoquée à l'article 13.

III. TRAVAUX FUTURS

269. Ayant achevé l'examen du projet de convention sur la cession de créances à des fins de financement, le Groupe de travail a pris note du fait que la Conférence de La Haye de droit international privé se proposait d'élaborer et de lui soumettre pour examen, à sa prochaine session, un document relatif aux conflits de lois touchant à la cession de créances et aux aspects connexes du droit de l'insolvabilité. Il a également noté que la prochaine session du Groupe de travail se tiendrait à Vienne du 11 au 22 novembre 1996.

B. Document de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-cinquième session : articles révisés du projet de règles uniformes sur la cession de créances à des fins de financement : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.87) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
INTRODUCTION		161
CHAPITRE PREMIER.	CHAMP D'APPLICATION ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES	162
Article premier.	Champ d'application	162
Article 2.	Définitions	164
Article 3.	Obligations internationales de l'État [contractant] [adoptant la Loi type]	167
Article 4.	Principes d'interprétation	167
CHAPITRE II.	FORME ET TENEUR DE LA CESSION	168
Article 5.	Forme de la cession	168
Article 6.	Teneur de la cession	168
Article 7.	Cession globale et cession de créances uniques	168
Article 8.	Clauses de non-cession	169
Article 9.	Transfert de sûretés	169
CHAPITRE III.	DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS	170
Article 10.	Détermination des droits et obligations	170
Article 11.	Garanties du cédant	170
Article 12.	Droit du cessionnaire d'aviser le débiteur et de recevoir paiement	171
Article 13.	Obligation de paiement du débiteur	172
Article 14.	Exceptions et compensations du débiteur	172
Article 15.	Modification du contrat initial	173
Article 16.	Renonciation aux exceptions	173
Article 17.	Recouvrement d'avances	174
Article 18.	Priorité	174
Article 19.	Paiement à un compte bancaire spécifié et priorité	175
CHAPITRE IV.	CESSIONS SUBSÉQUENTES	176
Article 20.	Cessions subséquentes	176
CHAPITRE V.	CONFLIT DE LOIS	176
Article 21.	Loi applicable à la relation entre le cédant et le cessionnaire	177
Article 22.	Loi applicable à la relation entre le cessionnaire et le débiteur	177
Article 23.	Loi applicable à la priorité	178

INTRODUCTION

1. À sa vingt-huitième session, en 1995, la Commission a étudié la question de la cession dans le cadre de financement par cession de créances et a chargé le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux d'établir une loi uniforme sur la question[1].

2. Le Groupe de travail a entamé cette tâche à sa vingt-quatrième session en examinant un certain nombre de projets de règles uniformes présentés dans un rapport du Secrétaire général (A/CN.9/412). Lors de la clôture de la session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir une version révisée du projet de règles uniformes, compte tenu des délibérations et décisions du Groupe de travail (A/CN.9/420, par. 204).

3. On trouvera dans la présente note les articles révisés du projet de règles uniformes et des remarques explicatives sur les projets de dispositions. Les ajouts et modifications apportés au texte sont soulignés. Référence est faite aux sections pertinentes du rapport du Groupe de travail (A/CN.9/420).

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

PROJET DE RÈGLES UNIFORMES SUR LA CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT

Remarques

Titre

Après avoir achevé l'examen du champ d'application du projet de règles uniformes, le Groupe de travail voudra peut-être en examiner le titre.

Chapitre premier. Champ d'application et dispositions générales

Article premier. *Champ d'application*

1. *[La présente Convention] [La présente Loi] s'applique aux cessions de créances internationales [et aux cessions internationales de créances effectuées]*

Variante A : à des fins de financement ou pour toute autre fin commerciale,

Variante B : dans le contexte de contrats de financement,

(...)

a) *[si le cédant et le débiteur ont leur établissement dans un État contractant] [si le cédant ou le débiteur a son établissement dans le présent État]*; ou

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

(...)

2. *Une créance est internationale si les établissements du cédant et du débiteur sont situés dans des États différents. [Une cession est internationale si les établissements du cédant et du cessionnaire sont situés dans des États différents].*

Références : A/CN.9/420, par. 19 à 32.
A/CN.9/420, projet d'article 1er-1.

Remarques

Champ d'application quant au fond/financement

1. Lors de sa session précédente, le Groupe de travail a étudié si le champ d'application du texte devrait être limité par référence au "financement", ou bien à l'objectif "commercial" de la cession. La variante A évite d'établir une distinction entre les fins "de financement" et les fins "commerciales", car de nombreuses opérations, qui, à première vue, semblent commerciales, sont en réalité une forme de financement. En outre, une référence au seul objectif de financement d'une cession risquerait d'exclure du champ d'application des règles uniformes des opérations qui, bien qu'essentiellement de caractère financier, sont parfois structurées de manière à remplir des objectifs commerciaux généraux, par exemple l'affacturage à des fins de comptabilité ou d'assurance. En outre, une référence aux objectifs de la cession susciterait des incertitudes quant à l'application du projet de règles uniformes, car elle supposerait une interprétation de la cession en vue d'en déterminer l'objectif.

2. L'une des raisons avancées lors de la session précédente du Groupe de travail pour limiter le champ d'application du projet de règles uniformes aux cessions effectuées à des fins de "financement" était d'éviter tout chevauchement avec la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (la "Convention sur l'affacturage"). Toutefois, on notera que, même si le projet de règles uniformes ne s'appliquait qu'aux cessions effectuées à des fins de financement, il y aurait chevauchement avec la Convention sur l'affacturage, car la cession dans le contexte de l'affacturage est normalement une cession à des fins de financement. Il semble donc que la question de la relation entre le projet de règles uniformes et la Convention sur l'affacturage, ou d'autres textes internationaux, doit plutôt être traitée dans une règle spéciale relative aux obligations internationales de l'État adoptant le projet de règles uniformes (projet d'article 3).

3. La variante B a pour objet de définir le champ d'application du projet d'une manière tout aussi large, mais en même temps pratique. En outre, elle vise à traiter à la fois des cessions qui font partie intégrante du contrat de financement (par exemple, la cession dans une opération d'affacturage) et des cessions qui sont effectuées en application d'un contrat distinct (par exemple, les cessions dans les opérations de financement des projets). Une telle approche est conforme à celle qui a été retenue par le Groupe de travail à sa session précédente, consistant à faciliter le financement par cession de créances afin d'améliorer l'offre de crédits (A/CN.9/420, par. 16 et 41).

4. Le terme "contrat de financement" pourrait être défini avec précision comme dans le projet d'article 2-2, ou ne pas être défini. On notera qu'il sera peut-être difficile d'arriver à une définition du "contrat de financement" qui permette de réduire les incertitudes; en outre, une telle définition risquerait d'exclure certaines pratiques. Par contre, le fait de ne pas définir ce terme pourrait susciter des incertitudes quant à son sens exact, mais cela aurait pour avantage d'inclure dans le projet de règles uniformes toutes les pratiques de financement déjà élaborées ou qui pourront être élaborées pour faire face aux besoins croissants de crédits moins onéreux.

5. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier en outre la question des types de pratiques de financement à inclure. Au cas où le Groupe de travail déciderait d'adopter une approche non restrictive, il faudra étudier si les mêmes dispositions pourront s'appliquer à toutes les pratiques de financement, ou si, à part certaines dispositions de caractère général qui s'appliqueraient à toutes les pratiques, certaines dispositions supplémentaires devront être élaborées pour traiter de pratiques particulières. Du point de vue de la méthode, le Groupe de travail voudra peut-être traiter de toutes les pratiques en même temps, ou bien il pourra préférer examiner d'abord une pratique ou des pratiques particulières, puis étudier si le projet de règles uniformes pourrait s'appliquer également à d'autres.

6. On notera que, lors de la session précédente du Groupe de travail, il a été indiqué qu'il y avait suffisamment de différences entre certaines pratiques pour justifier

un traitement différencié dans le projet de règles uniformes. Par exemple, lors de l'examen de l'article 9-2 du projet précédent, il avait été jugé qu'une règle claire prévoyant la libération du débiteur en cas de paiement au cessionnaire avant la notification de la cession pourrait être préjudiciable à certaines pratiques, notamment la titrisation, dans lesquelles le débiteur était censé continuer à effectuer les paiements à son créancier initial, même après la cession (A/CN.9/420, par. 108).

7. En outre, lors de l'examen de l'article 12 du projet antérieur, le Groupe de travail était convenu que les exceptions énoncées à l'article 10 de la Convention sur l'affacturage (recouvrement d'avances payées par le débiteur au cessionnaire en cas d'enrichissement injustifié ou de mauvaise foi de la part du cessionnaire) ne devraient pas être incluses dans l'article correspondant du projet de règles uniformes, car ces types d'exception étaient particuliers au contrat d'affacturage et qu'en les reproduisant dans le projet de règles uniformes on risquait d'entraver d'autres pratiques de financement par cession de créances (A/CN.9/420, par. 145). En outre, il faudrait peut-être élaborer des règles particulières si l'on voulait englober la cession d'intérêts partiels ou indivis sur les créances (A/CN.9/420, par. 180 à 184).

Internationalité

8. Le chapeau du projet d'article premier se fonde sur l'approche retenue dans l'ensemble par le Groupe de travail lors de sa session précédente, selon laquelle le projet de règles uniformes devrait traiter à la fois des cessions internationales et nationales de créances internationales (A/CN.9/420, par. 26). Pour ce qui est des cessions nationales de créances internationales, dans lesquelles le cédant et le cessionnaire seraient situés dans un pays et le débiteur dans un autre, le Groupe de travail voudrait peut-être éviter de traiter des relations nationales (c'est-à-dire des relations entre le cédant et le cessionnaire) et traiter exclusivement des relations internationales (c'est-à-dire la relation entre le cessionnaire et le débiteur et entre le cessionnaire et les créanciers du cédant, dans la mesure où ces relations sont internationales). On notera que la Convention sur l'affacturage est axée sur l'internationalité du contrat initial et s'applique uniquement aux cessions de créances internationales (art. 2-1).

9. La référence aux cessions internationales, aux termes de laquelle le projet de règles uniformes s'appliquerait aux cessions internationales de créances nationales, a été incluse afin de tenir compte d'une suggestion faite lors de la session précédente du Groupe de travail. Elle apparaît entre crochets, car cette suggestion a suscité diverses préoccupations : par exemple, il ne serait pas souhaitable que la situation juridique du débiteur national, en particulier s'il s'agit d'un consommateur, soit soumise à un régime juridique différent pour la simple raison que le créancier national a choisi de céder ses créances à un cessionnaire étranger; une telle approche risquerait de nuire à l'unification et d'être source d'incertitudes, car les créances nationales seraient régies par un régime juridique différent, selon qu'elles seraient ou non cédées à un cessionnaire étranger, ce que le débiteur ne pouvait pas prévoir au moment de la conclusion du contrat initial; en tentant d'englober les créances nationales, on risquerait de nuire à l'acceptabilité d'un registre international, car les États hésiteraient sans doute davantage à accepter un enregistrement international de créances nationales (A/CN.9/420, par. 27 à 29 et 159).

10. Par contre, le fait d'inclure les cessions internationales de créances nationales pourrait faciliter le financement par cession de créances en ouvrant plus largement aux négociants nationaux l'accès aux marchés financiers internationaux (par exemple titrisation de créances sur cartes de crédit). En outre, une telle approche renforcerait la concurrence entre institutions financières, ce qui aurait pour avantage d'entraîner une baisse du coût du crédit. De plus, plus le champ d'application des règles serait large, plus on promouvrait l'uniformité et moins il y aurait d'incertitudes.

11. Afin de déterminer l'approche à retenir, le Groupe de travail voudra peut-être mettre en regard, d'une part, l'inconvénient qu'il y aurait pour le débiteur à devoir payer un créancier étranger et, d'autre part, l'avantage que représenterait pour le cédant et pour le débiteur le fait d'avoir plus facilement accès à des crédits moins onéreux. En outre, afin de réduire les effets néfastes possibles d'une cession internationale sur les intérêts du débiteur national, en particulier si ce dernier est un consommateur, le Groupe de travail voudra peut-être envisager de ne traiter que des relations commerciales (c'est-à-dire des relations entre cédant et cessionnaire).

12. Il serait également possible de traiter de la relation cessionnaire-débiteur, mais aussi de réexaminer un certain nombre de dispositions, afin de tenir compte des questions liées à la protection du consommateur. Par exemple, dans le contexte d'une opération de consommateurs, il faudrait peut-être faire droit aux clauses de non-cession; on pourrait invalider ou rendre plus difficile la renonciation à des exceptions; il faudrait peut-être renforcer encore la protection du débiteur; l'approche fondée sur le paiement à un compte bancaire ou à une boîte postale devrait sans doute être examinée plus en détail (projet d'article 19); et il faudrait peut-être élaborer des dispositions supplémentaires traitant de questions telles que la priorité entre les cessionnaires étrangers et nationaux de créances nationales ou d'autres créanciers nationaux du cédant.

Champ d'application territorial

13. L'alinéa *a* vise à tenir compte de l'avis exprimé lors de la session précédente du Groupe de travail, selon lequel le cessionnaire n'a pas à avoir son établissement dans un État ayant adopté le projet de règles uniformes, car, dans une cession transfrontière, le cessionnaire tendra à demander l'exécution de la cession dans l'État où le débiteur ou le cédant est situé (A/CN.9/420, par. 30). Le Groupe de travail voudra peut-être revenir sur cette approche, car, dans certains cas, la loi de l'État où le cessionnaire a son établissement pourra être pertinente, s'il s'agit de la loi applicable et qu'elle prévoit que les tribunaux de cet État seront compétents (les cessions comportent souvent une clause donnant compétence aux tribunaux de l'État du cessionnaire). On notera que la Convention sur l'affacturage exige que le cédant et le débiteur aient leurs établissements dans des États différents et que ces États et l'État dans lequel le cessionnaire a son établissement doivent être des États contractants (art. 2-1 *a*).

14. L'alinéa *b* a été placé entre crochets, car il a été noté lors de la session précédente du Groupe de travail que le fait de faire référence aux règles du droit international privé aux fins de déterminer le champ d'application du projet de règles uniformes ne pouvait qu'être source d'incertitudes (A/CN.9/420, par. 31). On notera que cette disposition est tirée de l'article 1er, par. 1 *b* de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (la "Convention sur les ventes").

Convention ou loi type

15. La version actuelle du projet de règles uniformes comporte diverses variantes exigeant que l'on choisisse entre une convention ou une loi type (par exemple, les alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 du projet d'article premier, le projet d'article 3 et les projets d'articles 21 à 23). La première variante entre crochets figurant aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 serait appropriée pour une convention. Si les travaux de la Commission prennent la forme d'une loi type, la seconde variante entre crochets de l'alinéa *a* du paragraphe 1 pourra être retenue et l'alinéa *b* de ce paragraphe sera inapproprié.

16. Vu ce qui précède, le Groupe de travail voudra peut-être envisager, à un moment approprié de la session, la forme que pourrait prendre le texte à élaborer, afin de retenir une hypothèse de travail. Cette hypothèse pourra être réexaminée à un stade ultérieur, au vu de la teneur des projets d'articles.

17. En général, on pourrait avancer en faveur de l'adoption d'une convention, que celle-ci favoriserait davantage l'uniformité et la certitude; elle serait en outre mieux adaptée si l'on devait mettre en place un registre mondial; une loi type quant à elle donnerait aux États davantage de souplesse en leur permettant d'adapter le projet de règles uniformes à leur législation nationale (on trouvera un bref examen de la question de l'enregistrement dans le contexte d'une convention ou d'une loi type dans la remarque 8 relative au projet d'article 18).

Caractère impératif ou non impératif des règles

18. Le Groupe de travail voudra peut-être traiter également de la question de savoir si les parties à la cession (cédant-cessionnaire), ou également les parties au contrat initial (cédant-débiteur) devraient être autorisées à écarter le projet de règles uniformes, totalement ou partiellement.

19. Divers arguments peuvent être avancés à l'encontre d'une clause de renonciation : par exemple, les tiers ne seraient pas à même de vérifier si le cédant a effectué des cessions préalables dans le cadre desquelles le cédant et les cessionnaires préalables auront peut-être exclu l'application du projet de règles uniformes; il ne serait pas approprié de permettre aux parties à la cession ou au contrat initial de déterminer la loi régissant le transfert de la propriété de créances, qui ne relève normalement pas de l'autonomie des parties; et une telle clause de renonciation serait superflue, car il est bien peu probable que le cédant, le cessionnaire ou le débiteur souhaitent exclure l'application de règles qui ont pour objet d'améliorer l'offre de crédits.

20. Par contre, on peut avancer en faveur d'une clause de renonciation que le débiteur, dans la mesure où sa situation juridique peut être modifiée du fait de la cession, aurait un intérêt légitime à exclure l'application du projet de règles uniformes; et qu'un régime impératif serait sans doute moins acceptable qu'un régime autorisant les parties à y déroger.

21. On notera qu'en vertu de l'article 3 de la Convention sur l'affacturage tant les parties au contrat d'affacturage que les parties au contrat initial peuvent exclure l'application de la convention dans son ensemble. Toutefois, aux termes de l'alinéa *b* de l'article 3 de cette Convention, les exclusions énoncées dans le contrat initial ne sont valides à l'égard du cessionnaire que dans la mesure où celui-ci a été avisé au préalable par écrit de cette exclusion.

22. Si l'on retenait dans le projet de règles uniformes une clause de renonciation, le Groupe de travail voudrait alors peut-être envisager de traiter des conflits de priorité entre les cessionnaires, dont les droits seraient régis par le projet de règles uniformes et ceux dont les droits pourraient être soumis à un régime juridique différent du fait de l'exclusion de l'application de ces règles.

Article 2. *Définitions*

Aux fins de la présente [Convention] [Loi] :

1. Le terme "cession" désigne l'*accord relatif au* transfert de créances d'une partie ("le cédant") à une autre partie ("le cessionnaire") (...), par vente, à titre de garantie d'exécution d'une obligation, *ou par tout autre moyen sauf la remise et/ou l'endossement d'un effet de commerce (...).*

[2. *Le terme "contrat de financement" désigne le contrat dans le contexte duquel le cédant cède ses créances au cessionnaire et le cessionnaire fournit un financement ou d'autres services connexes au cédant ou à une autre personne (...). Les contrats de financement incluent, sans y être limités, l'affacturage, le forfaitage, le refinancement, en particulier la titrisation, et le financement des projets*].

3. Le terme "créance" désigne tout droit (...) d'obtenir ou de demander le paiement d'une somme d'argent *dans toute monnaie [ou un produit aisément convertible en numéraire].*

a) *Le terme "créance" inclut, sans y être limité :*

i) tout droit découlant d'un contrat (le "contrat initial") conclu entre le cédant et un tiers (le "débiteur");

ii) les créances futures; [et

iii) les intérêts partiels et indivis sur des créances].

b) *Le terme "créance" n'inclut pas :* [...]

4. *Le terme "créance future" désigne :*

a) *une créance qui, quoique découlant d'un contrat existant au moment de la cession, n'est pas exigible au moment de la cession ou n'a pas encore été obtenue par l'exécution d'une obligation, et*

b) *une créance pouvant découler d'un contrat qui doit être conclu après la conclusion de la cession.*

[5. *Le terme "créance de consommateur" désigne une créance découlant d'une opération effectuée à des fins personnelles, familiales ou domestiques.*]

6. *Le terme "écrit" désigne toute forme de communication préservant un enregistrement complet de l'information qui y est contenue et permettant l'authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou par une procédure convenue par l'expéditeur et le destinataire de la communication.*

7. *Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat pertinent et son exécution, compte tenu des circonstances connues ou envisagées par les parties à tout moment avant la conclusion ou lors de la conclusion dudit contrat. Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.*

Références : A/CN.9/420, par. 33 à 44 et 180 à 184
A/CN.9/420, projets d'articles 1-2, 2 et 9-4

Remarques

"*Cession*"

1. La définition de la "cession" a été révisée, afin de faire référence à l'accord entre le cédant et le cessionnaire, au lieu du transfert effectif, car celui-ci est traité dans les projets d'articles révisés 6 et 7 ("une cession transfère"). Cette révision, ainsi que la révision correspondante des projets d'articles 6 et 7, a pour objet de surmonter la difficulté qu'il y a à établir une distinction claire entre les notions de validité et d'effet de la cession, comme il a été indiqué durant le débat sur la disposition relative aux cessions globales, lors de la session précédente du Groupe de travail. On notera que, en application de la définition actuelle de la "cession", la cession de créances découlant de l'application de la loi, pouvant faire intervenir des considérations d'ordre public, serait exclue du champ d'application du projet de règles uniformes.

2. L'exclusion des créances transférées par endossement d'un effet de commerce est conforme à l'approche retenue par le Groupe de travail à sa session précédente, selon laquelle toute la gamme des pratiques liées à la cession devrait être prise en compte, à l'exception des transferts de créances par endossement (A/CN.9/420, par. 38 et 39). Il semblerait que, pour les raisons mentionnées par le Groupe de travail, la cession de créances par remise d'un titre au porteur devrait également être exclue. La référence au "financement" a été retirée, compte tenu de réserves exprimées, lors de la session précédente, quant à la nécessité de faire du "financement" un élément de la définition de la "cession" (A/CN.9/420, par. 40 à 43). La référence au contrat de financement ou à l'objectif de financement, figurant dans le projet d'article premier, devrait être suffisante pour ce qui est de la limitation du champ d'application de règles uniformes aux cessions effectuées dans un contexte de financement.

3. Le Groupe de travail voudra peut-être définir les termes "cédant", "cessionnaire" et "débiteur" de manière plus détaillée, notamment afin de préciser si de telles personnes peuvent être des individus, des sociétés, des gouvernements ou des administrations, nationaux ou étrangers, existant ou non au moment de la cession. On notera que, dans certains systèmes juridiques, afin d'établir une distinction claire entre l'emprunteur en vertu du contrat de financement (c'est-à-dire le cédant) et le débiteur des créances cédées, le terme "*debtor*" est utilisé pour désigner le premier d'entre eux et le terme "*obligor*" pour décrire le second. En outre, on notera que, dans les opérations de titrisation, le terme "donneur d'ordre" (*originator*) est souvent utilisé pour distinguer le cédant initial, c'est-à-dire la personne en faveur de laquelle ont été établies les créances découlant de l'opération initiale, du cédant ultérieur, qui cède les créances à une société particulière, entièrement sous le contrôle du cédant ultérieur.

"*Contrat de financement*"

4. Le paragraphe 2 a pour objet de décrire le contrat de financement de manière large et souple, afin d'englober une large gamme de pratiques en vertu desquelles le cessionnaire fournit des services financiers ou d'autres services similaires. En outre, il englobe tant les cessions faisant partie intégrante du contrat de financement (par exemple, affacturage) que les cessions effectuées conformément à un contrat distinct (par exemple, financement de projets). La référence au "cédant ou à une autre personne" vise à inclure le cas où le cédant n'est pas l'emprunteur en vertu du contrat de financement. Il pourrait certes être utile de faire référence à certains contrats de financement, dans la mesure où cette référence n'est qu'indicative et non exhaustive, mais cela serait sans doute inapproprié, dans la mesure où cette référence pourrait être considérée par erreur comme exhaustive, ou fondée sur des distinctions artificielles difficiles à établir dans la pratique.

5. On pourrait aussi éviter de définir le contrat de financement en laissant les parties et la loi nationale applicable libres d'en déterminer le sens exact. Une telle approche, intrinsèquement plus souple, risquerait toutefois d'être source d'incertitudes quant au champ d'application du projet de règles uniformes.

"*Créance*"

6. Le paragraphe 3 a été révisé conformément à des suggestions faites lors de la session précédente du Groupe de travail. Le terme "créancier" a été supprimé, car son maintien risquerait d'avoir pour conséquence de limiter l'éventail des personnes traitées. Aucune référence au droit "d'une personne" n'a été insérée, car une telle référence pourrait être source d'incertitudes quant à la question de savoir si le projet engloberait les cas où une créance serait due conjointement et solidairement à plus d'une personne ou à une entité n'ayant peut-être pas la personnalité juridique en vertu de la loi nationale applicable. Les mots "d'obtenir" ont été conservés, afin d'inclure les cas où le créancier reçoit paiement sans l'avoir réclamé. La référence aux créances documentaires a été supprimée de la définition du terme "créance" et remplacée, dans la définition du terme "cession", par une référence à la manière dont ces créances peuvent être transférées (A/CN.9/420, par. 38).

7. La notion de "créance" a été limitée aux créances contractuelles. Selon cette approche, les créances découlant d'un large éventail de contrats seraient englobées (par exemple, les créances fondées sur des baux, des licences et des accords de concession, dont peuvent souvent découler des recettes pour les opérations de financement des projets). Toutefois, les créances de caractère préjudiciel, qui peuvent faire intervenir des considérations d'ordre public, n'entreraient pas dans le champ d'application du texte. Le libellé inséré à la fin du paragraphe 3 a pour objet de mettre en lumière la question de savoir si, outre les créances de caractère préjudiciel, d'autres créances devraient être exclues (par exemple, les créances soumises à des règles particulières, telles que celles découlant d'une garantie indépendante ou d'une lettre de crédit).

8. Le champ du terme "somme d'argent" a été élargi, afin d'y inclure toute monnaie et, éventuellement, des produits aisément convertibles en numéraire (A/CN.9/420, par. 35). Peut-être ce terme devrait-il être encore élargi aux unités monétaires de compte. Il faudra peut-être ajouter une référence à un indice des prix des produits de base à un moment donné, car la question de savoir si un produit pourra être aisément convertible en numéraire dépendra des conditions du marché à un moment donné.

9. Afin d'éviter toute incertitude quant au point de savoir si les créances futures sont régies par le projet de règles uniformes, on a inséré au paragraphe 3 une référence explicite à ces créances (on trouvera une définition des "créances futures" au paragraphe 4). En outre, on a inséré une référence aux intérêts partiels ou indivis sur des créances et on l'a placée entre crochets, afin d'appeler l'attention du Groupe de travail sur la question de savoir si des opérations telles que la titrisation d'intérêts indivis sur des créances, ainsi que les participations à des prêts ou les consortiums de prêts, devraient également être incluses (A/CN.9/420, par. 180 à 184).

10. Il faudra peut-être modifier les projets d'articles actuels ou en ajouter de nouveaux au cas où l'on voudrait inclure les intérêts partiels et indivis sur des créances. Par exemple, les dispositions relatives à la protection du débiteur devront peut-être être renforcées et indiquer, par exemple, que le débiteur ne doit pas être tenu de payer une partie d'un intérêt indivis au cessionnaire et le reste au cédant ou à un autre cessionnaire.

"Créances futures"

11. Étant donné que la version révisée du terme "créance" comporte une référence explicite aux créances futures, il serait peut-être souhaitable de définir ce dernier terme. Lors de la session précédente du Groupe de travail, des doutes ont été exprimés sur le point de savoir si le projet de règles uniformes devrait reconnaître toute la gamme des créances futures. Le Groupe de travail a noté que, dans certains systèmes juridiques, les cessions globales de créances "conditionnelles" (c'est-à-dire des créances pouvant naître sous réserve de la survenance ou non d'un fait futur) et de créances "purement hypothétiques" (par exemple, des créances pouvant naître si un commerçant est à même d'établir une affaire et d'attirer des clients) pourraient se heurter à des considérations d'ordre public (A/CN.420, par. 53 et 54).

12. Conformément à la décision prise par le Groupe de travail, le texte du paragraphe 4 n'introduit pas de limitation quant aux types de créances futures à inclure (A/CN.9/420, par. 55). Au cas où le Groupe de travail déciderait de limiter l'éventail des créances futures régi par le projet de règles uniformes, certains types de créances futures pourraient être exclus de la définition de la "créance" (projet d'article 2-3 *b*); de ce fait, le projet de règles uniformes dans son ensemble ne s'appliquerait pas à ce type de créances. On pourrait également introduire une telle limitation dans le projet d'article 7 relatif aux cessions globales; de ce fait, seul le projet d'article 7 ne s'appliquerait pas aux cessions globales de certains types de créances futures.

13. La mise en œuvre d'une telle limitation peut se heurter à un problème : l'élaboration d'une définition acceptable des créances qui pourraient être exclues, telles que les créances "conditionnelles et hypothétiques". La solution pourrait se trouver dans un système juridique qui reconnaît la validité des cessions globales de créances futures, à la seule condition que les créances naissent dans un délai spécifié. Le Groupe de travail pourrait également envisager la solution énoncée à l'article 5-5 de la Loi type sur les opérations assorties de sûretés, élaborée par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), qui dispose qu'une sûreté sur un bien qui n'est pas expressément identifié (*"class charge"*) doit être enregistrée pour être valide.

14. On notera toutefois que le fait d'introduire une limitation quant aux types de "créances futures" à inclure dans le texte risquerait de réduire substantiellement l'utilité du projet de règles uniformes pour le financement par cession de créances. Les créances "conditionnelles" et "hypothétiques" sont assez souvent cédées globalement, même si, compte tenu des incertitudes quant à leur naissance éventuelle, le montant du crédit fourni sur la base de ces créances est en général sensiblement inférieur à leur valeur nominale. On notera également qu'en vertu de la Convention sur l'affacturage la notification de la cession de certaines créances futures (c'est-à-dire les créances découlant de contrats n'existant pas au moment de la notification) ne peut être valablement donnée au débiteur (art. 8-1 *c*).

"Créance de consommateur"

15. La définition de la "créance de consommateur" figurant au paragraphe 5 s'inspire de l'article 2 *a* de la Convention sur les ventes. Le Groupe de travail voudra peut-être traiter des créances découlant d'opérations de consommateurs, vu leur importance dans des opérations telles que la titrisation de créances par carte de crédit. Afin de traiter des préoccupations liées à la protection du consommateur, le Groupe de travail voudra peut-être envisager les deux variantes suivantes, à savoir : soit soumettre la relation cessionnaire-débiteur dans son ensemble, ou seulement les questions liées à la protection du consommateur, à la loi nationale applicable, soit traiter également de cette relation, tout en renforçant la position du consommateur-débiteur dans le cadre du projet de règles uniformes (par exemple, en excluant les créances de consommateurs du champ d'application des projets d'articles 8 et 16).

"Écrit"

16. Une définition du terme "écrit" serait utile dans le contexte des articles suivants : projet d'article 1-1, si les cessions verbales étaient exclues du champ d'application du texte; projet d'article 5, si les cessions verbales ne produisaient pas leurs effets envers toute partie, ou uniquement envers des tiers (variante B); projet d'article 13-2 *a* prévoyant la notification de la cession par écrit; et projet d'article 15 prévoyant le consentement écrit du cessionnaire aux modifications apportées au contrat initial. Le paragraphe 6 s'inspire de l'article 7-2 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (New York, 1995). Son principal avantage est qu'il traite d'une exigence de forme, tout en adoptant une approche souple, afin d'englober les moyens modernes de communication.

17. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le paragraphe 6 à la lumière du texte définitif du projet de Loi type sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées et des moyens connexes de communication ("projet de Loi type sur l'EDI") que devrait adopter la Commission à sa vingt-neuvième session (New York, 28 mai-14 juin 1996).

"Établissement"

18. Le paragraphe 7, qui devrait être applicable à l'ensemble du projet de règles uniformes, se fonde sur une approche plus souple que la disposition correspondante du projet antérieur (projet d'article 1-2), dans la mesure où il fait référence au "contrat pertinent" (voir l'article 2-2 de la Convention sur l'affacturage). L'avantage de ce libellé est qu'il entraîne l'application de la règle énoncée au paragraphe 7 à toutes les parties, que ce soit à la cession, au contrat de financement, le cas échéant, ou au contrat initial. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'ajouter au paragraphe 7 une référence au siège, afin d'inclure les sociétés qui n'ont pas d'établissement fixe, par exemple les sociétés ayant une boîte postale.

19. On notera que, si l'on adoptait l'approche de l'enregistrement dans le projet d'article 18, il serait peut-être souhaitable de désigner de manière plus précise le lieu où la notification de la cession doit être enregistrée.

Article 3. Obligations internationales de l'État [contractant] [adoptant la Loi type]

Variante A

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 et le débiteur aient leur établissement dans des États parties à cet accord.

Variante B

Les dispositions de la présente loi s'appliquent sous réserve de tout accord en vigueur entre le présent État et tout autre État ou tous autres États.

Référence : A/CN.9/420, par. 23

Remarques

La variante A, qui serait incorporée dans une convention, se fonde sur l'article 90 de la Convention sur les ventes, alors que la variante B, qui pourrait être incluse dans une loi type, s'inspire du paragraphe 1 de l'article premier de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

Article 4. Principes d'interprétation

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

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

Référence : A/CN.9/420, par. 190

Remarques

1. Le projet d'article 4 reprend l'article 7 de la Convention sur les ventes. Le paragraphe 1 a pour objet de traiter la question de l'interprétation du projet de règles uniformes. Le paragraphe 2 traite de la question du comblement des lacunes qui, conformément à une suggestion faite pendant la session précédente du Groupe de travail, devrait se fonder sur les principes essentiels dont s'inspire le projet de règles uniformes, plutôt que sur des règles de conflit (A/CN.9/420, par. 190).

2. On notera toutefois qu'une approche différente, adoptée dans la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, consisterait à inclure des règles de conflit et une règle d'interprétation, mais pas de disposition relative au comblement des lacunes. Une autre approche, qui pourrait être adoptée si le projet de règles uniformes prenait la forme d'une convention, consisterait à combiner une règle de comblement des lacunes similaire au paragraphe 2 et des règles de conflit (projets d'articles 21 à 23); de ce fait, le comblement des lacunes devrait se faire sur la base des principes essentiels dont s'inspire le projet de règles uniformes, avant que l'on ne recoure aux règles de conflit.

3. Une disposition du type de l'article 4 serait moins nécessaire si le projet de règles uniformes prenait la forme d'une loi type, car la loi de l'État adoptant la loi type traiterait déjà de questions telles que l'interprétation et le comblement des lacunes. Toutefois, même dans une loi type, il pourrait être utile de tenter d'élaborer une disposition sur l'interprétation uniforme telle que le projet d'article 4, à l'exclusion du texte entre crochets à la fin du paragraphe 2, qui n'entrerait pas dans le cadre d'une loi type (voir l'article 3 du projet de loi type de la CNUDCI sur l'EDI).

Chapitre II. Forme et teneur de la cession

Article 5. Forme de la cession

Variante A

Une cession n'a pas à être effectuée ou attestée par écrit et ne fait l'objet d'aucune autre condition de forme. Elle peut être prouvée par tous les moyens, y compris par témoins.

Variante B

Une cession sous une forme autre que la forme écrite ne produit pas ses effets [à l'égard de tiers].

Références : A/CN.9/420, par. 75 à 79
A/CN.9/420, projet d'article 5

Remarques

1. La variante A reprend le projet d'article 5 de la version antérieure, qui s'inspirait de l'article 11 de la Convention sur les ventes. Cette approche présente l'avantage de ne subordonner le droit du cessionnaire sur les créances cédées à aucune formalité. En outre, elle ne porterait pas atteinte aux intérêts du débiteur, dans la mesure où celui-ci serait habilité, avant notification, à effectuer un paiement libératoire au cédant. De plus, elle ne porterait pas non plus atteinte aux intérêts des tiers, à condition que soit introduit un système de publicité (par exemple, l'inscription de l'avis de cession dans un registre public).

2. La variante B, qui a été élaborée conformément aux suggestions faites lors de la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/420, par. 78), dispose que les cessions purement verbales ne produisent pas d'effets envers les parties, ou envers les tiers. La teneur exacte de la variante B dépendra de la détermination de ce qui constitue un "écrit" (voir le projet d'article 2-6). Outre l'option présentée dans la variante B, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'inclure l'exigence d'un écrit dans la définition de la cession, excluant ainsi les cessions purement verbales du champ d'application du projet de règles uniformes.

Article 6. *Teneur de la cession*

1. Sous réserve des dispositions de la présente [Convention] [Loi] :

a) *une cession transfère au cessionnaire le droit du cessionnaire de demander et d'obtenir le paiement des créances cédées; et*

b) *une cession ne produit pas d'effet sur l'obligation qu'a le débiteur de payer, si ce n'est qu'il doit payer le cessionnaire.*

2. Sans le consentement du débiteur, la cession ne porte pas atteinte aux obligations du cédant découlant du contrat initial.

Remarques

1. Lors de la session précédente du Groupe de travail, il a été avancé que le projet de règles uniformes devrait expressément énoncer un principe d'une importance essentielle pour la protection du débiteur, à savoir que le débiteur ne devrait pas être désavantagé du fait de la cession (A/CN.9/420, par. 101). Ce principe fondamental est énoncé dans le projet d'article 6, à la fois de manière positive afin de déterminer, dans l'intérêt de toutes les parties intéressées, la teneur de la cession, et de manière négative, en particulier pour la protection du débiteur. Une telle disposition pourrait atténuer les préoccupations exprimées à propos de l'inclusion, dans le champ d'application, des cessions internationales de créances nationales (voir la remarque 9 relative au projet d'article premier).

2. Le paragraphe 2, qui tente de préciser encore la teneur de la cession, n'a pas pour objet d'invalider les autres types de cession, par exemple la novation d'obligations, ou la cession d'un contrat dans son intégralité, qui n'entrent pas dans le champ d'application du projet de règles uniformes.

Article 7. *Cession globale et cession de créances uniques*

1. Une ou plusieurs créances, existantes ou futures, peuvent être cédées.

2. La cession d'une ou plusieurs créances, existantes ou futures, qui ne sont pas identifiées individuellement, transfère lesdites créances, si elles peuvent être identifiées comme étant les créances faisant l'objet de la cession, soit au moment de la cession, soit lorsque les créances sont exigibles ou sont obtenues du fait de l'exécution d'une obligation.

3. La cession de créances futures (...) transfère les créances (...) directement au cessionnaire *(...)*, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle cession.

Références : A/CN.9/420, par. 45 à 60
A/CN.9/420, projet d'article 3

Remarques

"Cession globale"

1. La validité des cessions globales de créances existantes et futures, qui sont les plus courantes dans la pratique du financement par cession de créances, est mise en doute dans certains systèmes juridiques pour plusieurs motifs : notamment, parce que de telles cessions limitent indûment l'autonomie économique du cédant, ou parce qu'elles sont injustes pour les créanciers en cas d'insolvabilité du cédant. Il est très important, de ce fait, de reconnaître la validité tant de l'accord de cession que du transfert de créances qui en résulte (par exemple, un emprunteur dans le cadre du financement d'un projet, chargé de construire et de gérer une route à péage, peut valablement céder toutes les recettes provenant du péage, afin d'obtenir le financement requis pour le projet).

2. Le paragraphe 1 a pour objet de reconnaître la validité des cessions globales et des cessions de créances uniques, alors que les paragraphes 2 et 3 visent à faire en sorte que

de telles cessions aient pour conséquence le transfert des créances cédées. En vertu du paragraphe 2, la seule condition de validité du transfert est que les créances puissent être identifiées comme étant celles qui font l'objet de la cession, soit au moment de la cession, soit lorsqu'elles naissent. Conformément à la définition des "créances futures" figurant dans le projet d'article 2-4, la référence à la naissance des créances, qui figurait dans l'ancien projet de paragraphe 2, a été remplacée par une référence à l'échéance des créances ou au fait que les créances sont obtenues du fait de l'exécution d'une obligation. En outre, le paragraphe 2 traite de la question du moment où les créances futures sont transférées.

3. Le paragraphe 3 a pour objet de régler deux questions : le point de savoir si les créances futures sont transférées directement au cessionnaire, ce qui est important si le cédant devient insolvable après la cession, mais avant la naissance des créances; et la question de savoir si une nouvelle cession est requise au moment où les créances naissent.

Article 8. *Clauses de non-cession*

1. *Variante A*

(...) *Une* cession (...) *transfère les créances au cessionnaire* (...) nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur interdisant ou limitant une telle cession (...). Aucune disposition du présent article (...) n'a d'incidences sur toute obligation ou responsabilité du cédant envers le débiteur du chef d'une cession effectuée en violation (...) *d'une clause de non-cession, mais le cessionnaire n'est pas responsable envers le débiteur du chef d'une telle violation.*

Variante B

Une convention entre le cédant et le débiteur interdisant ou limitant la cession de créances n'est pas valable. Une cession transfère les créances au cessionnaire nonobstant une telle convention. Ni le cédant, ni le cessionnaire ne sont en rien responsables du chef d'une violation d'une telle convention.

[2. *Le présent article ne s'applique pas à la cession de créances de consommateurs.*]

Références : A/CN.9/420, par. 61 à 68
A/CN.9.420, projet d'article 4

Remarques

1. Le projet d'article 8 vise à traiter des interdictions contractuelles, mais non légales, de la cession. Les variantes A et B du paragraphe 1 se fondent sur deux approches différentes qui ont reçu un certain appui lors de la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/420, par. 62 et 67). La variante A vise à éviter toute incertitude quant à la validité d'une cession effectuée en violation d'une clause de non-cession. En outre, elle a pour objet de garantir que, si le débiteur peut être dédommagé par le cédant de tout préjudice subi du fait de la cession, il ne pourra pas exercer ce moyen de recours contre le cessionnaire, sinon la cession pourrait être privée de toute valeur.

2. La variante B, qui s'inspire de l'article 9-318 (4) du Code de commerce uniforme des États-Unis, invalide la clause de non-cession; de ce fait, une cession effectuée en violation d'une telle clause serait valable et la violation de cette clause n'entraînerait aucune responsabilité.

3. Le paragraphe 2 figure entre crochets, car le Groupe de travail n'a pas encore décidé de l'approche à retenir pour ce qui est de la protection du consommateur. L'intention est de ne pas inclure dans le champ d'application du projet d'article 8 les questions de la validité et des effets des clauses de non-cession figurant dans les contrats de consommateurs. Il serait possible également de soumettre explicitement l'application du projet de règles uniformes à la législation applicable en matière de protection des consommateurs et de faire en sorte que la situation du débiteur-consommateur ne soit pas altérée plus que de raison du fait de la cession (par exemple, en disposant que, dans le cadre d'une opération de consommateur, et sauf convention contraire des parties, le paiement des créances cédées doit toujours être effectué au compte bancaire désigné par le cédant et le débiteur). Une telle approche serait conforme aux pratiques actuelles (par exemple, la titrisation des créances sur carte de crédit) et permettrait de faire en sorte que le consommateur-débiteur bénéficie d'un meilleur accès à des crédits moins onéreux.

4. Le Groupe de travail voudra peut-être traiter également de la question de savoir si le cessionnaire devrait pouvoir accepter une cession valable lorsqu'il a effectivement connaissance du fait qu'il viole une interdiction entre le cédant et un tiers (par exemple, une promesse négative, par laquelle un emprunteur s'engage envers le prêteur, lui offrant un financement non assorti de sûretés, à ne pas créer de sûreté sur ses biens en faveur d'un tiers).

Article 9. Transfert de sûretés

Sauf disposition contraire d'une règle de droit ou sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, une cession transfère au cessionnaire les droits garantissant les créances cédées sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire.

Référence : A/CN.9/420, par. 69 à 74

Remarques

Ce projet d'article se fonde sur une décision prise par le Groupe de travail à sa session précédente, selon laquelle le projet de règles uniformes devrait énoncer le principe du transfert automatique des sûretés, sauf disposition légale ou contractuelle contraire (A/CN.9/420, par. 74). Le Groupe de travail voudra peut-être étudier également la question de savoir si seules les sûretés personnelles (par exemple, les garanties), ou également les sûretés patrimoniales (par exemple, les gages, les hypothèques) devraient être régies par le projet d'article 9.

Chapitre III. Droits, obligations et exceptions

[Article 10. Détermination des droits et obligations

1. Les droits et obligations du cédant et du cessionnaire découlant de leur convention sont déterminés par les termes et conditions de ladite convention, y compris toutes règles, conditions générales ou usages qui y sont expressément mentionnés, et par les dispositions de la présente [Convention] [Loi].

2. Les droits et obligations du cédant et du débiteur découlant du contrat initial sont déterminés par les termes et conditions dudit contrat, y compris toutes règles, conditions générales ou usages qui y sont expressément mentionnés, et par les dispositions de la présente [Convention] [Loi].

3. La priorité entre plusieurs cessionnaires ayant obtenu les créances du même cédant, ainsi qu'entre le cessionnaire et les créanciers du cédant, y compris, mais non exclusivement, l'administrateur de la solvabilité du cédant, est déterminée, sous réserve des dispositions applicables à l'insolvabilité du cédant, par les dispositions de la présente [Convention] [Loi].

[4. Pour l'interprétation des termes et conditions de la cession, du contrat de financement sous-jacent, le cas échéant, et du contrat initial et pour le règlement des questions qui ne sont pas traitées dans leurs termes et conditions ou dans les dispositions de la présente [Convention] [Loi], il sera tenu compte des règles et usages internationaux généralement acceptés de la pratique en matière de financement par cession de créances.]]

Référence : A/CN.9/420, par. 73, 81 et 95

Remarques

1. Ne traitant que de certains droits, obligations et exceptions des parties (cédant, cessionnaire, débiteur et tiers), le projet précédent se fondait sur l'hypothèse que, alors que le cédant et le cessionnaire pouvaient déterminer leurs droits et obligations dans leur contrat, les droits, obligations et exceptions du débiteur et la priorité entre les créanciers réclamant les créances cédées pourraient être déterminés dans une large mesure par référence aux règles de droit. Le projet d'article 10, qui est une nouvelle disposition s'inspirant de l'article 13 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by et qui figure entre crochets, tente d'énoncer explicitement cette notion et de préciser la relation entre le projet de règles uniformes, d'autres règles de droit et le principe de l'autonomie des parties.

2. Le paragraphe 1 reconnaît l'autonomie des parties pour ce qui est des droits et obligations du cédant et du cessionnaire et il fait référence en outre aux dispositions du projet de règles uniformes traitant de la relation cédant-cessionnaire (par exemple les projets d'articles 11, 12-2 et 21). Le paragraphe 1 fait référence en général à la convention entre le cédant et le cessionnaire, sans spécifier si cette convention est une convention distincte ou fait partie du contrat de financement sous-jacent.

3. La référence aux usages peut être utile, dans la mesure où elle codifie les règles contractuelles et usages internationalement acceptables régissant la pratique en matière de financement par cession de créances (par exemple, le Code des usages en matière d'affacturage international promulgué par Factors Chain International). On pourrait, pour s'opposer à une telle référence, avancer qu'elle risque d'être source d'incertitudes, car le terme "généralement acceptés" ne serait peut-être pas compris partout de la même manière.

4. Le paragraphe 2, tout en reconnaissant l'autonomie des parties, soumet la détermination de certains droits et obligations du cédant et du débiteur au projet de règles uniformes (par exemple, les projets d'articles 13 à 17). Par contraste, le paragraphe 3, qui traite de la question de la priorité entre des créanciers concurrents demandant les créances cédées, fait référence aux règles de droit, car cette question se rattache aux effets patrimoniaux de la cession, question qui n'entre normalement pas dans le cadre de l'autonomie des parties. Le paragraphe 4 a pour objet de régler les questions qui ne sont traitées ni dans le contrat, ni dans le projet de règles uniformes, par référence aux règles contractuelles et usages internationaux.

5. Le paragraphe 4, qui figure entre crochets dans l'attente de la décision du Groupe de travail quant au maintien ou non du projet d'article 4-2 sur le comblement des lacunes, serait peut-être plus utile dans une convention que dans une loi type qui serait incorporée à la loi nationale, celle-ci comportant normalement des dispositions sur le comblement des lacunes. Au cas où le Groupe de travail déciderait provisoirement d'élaborer une convention et de conserver une disposition telle que le projet d'article 4-2, le paragraphe 4 ne serait peut-être pas conforme à cette disposition et devrait être supprimé, car le caractère impératif des usages dont les parties auront pu convenir et des pratiques que les parties auront pu établir entre elles est énoncé aux paragraphes 1 et 2 (voir également l'article 9 de la Convention sur les ventes).

Article 11. *Garanties du cédant*

1. Sauf convention contraire *explicite* du cédant et du cessionnaire (...), le cédant *assure* (...) *qu'il est, au moment de la cession, ou sera ultérieurement, le créancier, et que le débiteur ne peut invoquer* (...), au moment de la cession, (...) *des exceptions* (...) qui priveraient les créances cédées de leur valeur.

(...)

2. Sauf convention contraire explicite du cédant et du cessionnaire (...), le cédant n'*assure* pas (...) que le débiteur *s'acquittera de son obligation du paiement en vertu du contrat initial (...).*

Références : A/CN.9/420, par. 80 à 88
A/CN.9/420, projet d'article 6

Remarques

1. Lors de sa session précédente, le Groupe de travail a noté que les types de garanties données par le cédant au cessionnaire étaient certes réglés par contrat, mais qu'il

était utile d'inclure une règle supplétive traitant de la question des garanties en l'absence d'une disposition pertinente dans la cession (A/CN.9/420, par. 81).

2. Le paragraphe 1, qui fusionne les paragraphes 1 et 2 du projet précédent, a pour objet de reconnaître l'autonomie des parties dans la répartition des risques entre le cédant et le cessionnaire en cas d'exceptions du débiteur inconnues du cessionnaire et, dans le même temps, de répartir ces risques en l'absence d'une convention des parties.

3. Le paragraphe 1 a été modifié afin de répondre aux préoccupations suivantes : une modification de la garantie, en particulier au moyen d'une convention implicite, pourrait être contraire aux critères de bonne foi; le terme "garantit" pourrait être source d'incertitudes; les mots "dans le contrat de cession" risqueraient d'être trop restrictifs; les mots "au cessionnaire" risqueraient de conduire par erreur à la conclusion que la garantie ne vaut que pour le cessionnaire immédiat et non pour les cessionnaires ultérieurs; le fait de mentionner les créances existantes risquerait d'être source d'incertitudes et de conduire par erreur à exclure les créances futures; les mots "un droit de transférer les créances" pourraient susciter des incertitudes, car il n'y aurait pas un tel "droit" en cas de clause de non-cession; et le fait de soumettre l'existence des créances à la connaissance par le cédant des exceptions du débiteur imposerait au cessionnaire le risque lié aux exceptions du débiteur inconnues du cédant (A/CN.9/420, par. 82 à 87).

4. Le terme "assure" est utilisé à la place du mot "garantit" (A/CN.9/420, par. 83). Il est tiré de l'article 45-1 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988; "Convention sur les lettres de change et billets à ordre") traitant des garanties par le cédant d'un effet au cessionnaire. Les mots "ou sera ultérieurement", qui figurent au paragraphe 1, visent à garantir que les créances futures sont incluses. On notera que l'utilisation de la forme "sera" risquerait de conduire à l'exclusion des créances "conditionnelles et hypothétiques", alors que l'utilisation des mots "pourrait être" risquerait de rendre la garantie superflue. Le paragraphe 2 fait référence à une garantie connue de la plupart des systèmes juridiques.

5. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question supplémentaire suivante : les conséquences d'une violation des garanties devraient-elles être traitées dans le projet de règles uniformes, ou devraient-elles être soumises à d'autres règles de droit ? La principale question à traiter est sans doute la suivante : une rupture essentielle des garanties par le cédant entraînerait-elle automatiquement l'annulation de la cession et le transfert automatique des créances au cédant, sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire ?

Article 12. *Droit du cessionnaire d'aviser le débiteur et de recevoir paiement*

1. (...) *Sauf disposition contraire de la convention entre le cédant et le cessionnaire,* le cessionnaire est habilité à aviser le débiteur en application de l'article *13* (...) *et de demander le paiement des créances cédées au moment convenu avec le cédant et, faute d'une telle convention, à tout moment.*

2. *Si le cédant ne s'acquitte pas de son obligation de payer (...) en vertu du contrat de financement, le cessionnaire est habilité à aviser le débiteur et à demander paiement.*

3. (...) *Si le cédant et le cessionnaire en conviennent ou si la loi l'exige* :

a) *le cessionnaire qui reçoit paiement du débiteur est comptable de tout montant reçu au-delà de la valeur de l'obligation garantie par la cession; et*

b) *le cédant reste comptable de tout montant manquant pour que le paiement reçu du débiteur par le cessionnaire atteigne la valeur de l'obligation garantie par la cession.*

Références : A/CN.9/420, par. 89 à 97
A/CN.9/420, projet d'article 7

Remarques

1. Le titre du projet d'article 12 a été modifié, de manière à ce qu'il corresponde mieux à la teneur de cet article (A/CN.9/420, par. 97). Le paragraphe 1 tient compte de la liberté contractuelle qu'ont les parties de définir les termes de leur contrat, y compris le moment où le cessionnaire aurait le droit d'aviser le débiteur et d'obtenir le produit des créances dans les cas autres que la rupture du contrat de financement par le cédant, qui est traitée au paragraphe 2. La référence au "*default*", qui figurait au paragraphe 1 de la version anglaise, a été remplacée par une référence à la "*failure of performance*", pour aligner la terminologie utilisée sur celle de la Convention sur les ventes. Le libellé ajouté à la fin du paragraphe 1 a pour objet de préciser que le cessionnaire n'a pas simplement le droit d'aviser le débiteur, mais essentiellement celui d'obtenir le produit des créances (A/CN.9/420, par. 93 et 94) et que, en l'absence d'une convention entre le cédant et le cessionnaire quant au moment de la notification, le cessionnaire a le droit d'aviser le débiteur et de demander paiement à tout moment.

2. Selon la formulation actuelle du paragraphe 1, le cessionnaire peut valablement aviser le débiteur avant qu'il y ait rupture du contrat de financement. Le cessionnaire peut avoir un intérêt légitime à aviser le débiteur et obtenir paiement avant la rupture de ce contrat, même si une telle notification n'est pas prévue dans le contrat (par exemple, en cas de problèmes du cédant n'allant toutefois pas jusqu'à la cessation de paiements).

3. Aux termes du paragraphe 2, le cessionnaire n'est pas lié par une convention avec le cédant sur le point de savoir s'il doit aviser le débiteur et quand il doit le faire, car, en cas de non-exécution par le cédant du contrat de financement, le cessionnaire a intérêt à agir promptement pour obtenir les créances cédées en paiement de l'obligation garantie.

4. Conformément à la position prise par le Groupe de travail à sa session précédente, selon laquelle il serait peut-être inapproprié d'établir une distinction entre les cessions-ventes et les cessions à titre de garantie, le paragraphe 3

indique plutôt que le cessionnaire est comptable envers le cédant s'il en a été convenu ou si la loi l'exige, ce qui permet de laisser cette distinction aux parties elles-mêmes et à d'autres règles de droit (A/CN.9/420, par. 95 à 97).

Article *13. Obligation de paiement du débiteur*

1. Tant qu'il n'a pas reçu notification par écrit de la cession, conformément au paragraphe 2 du présent article, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire au cédant.

2. Le débiteur est tenu de payer le cessionnaire :

a) s'il reçoit du cédant ou du cessionnaire une notification (...) par écrit de la cession (...);

b) si la notification *contient une demande de paiement sans équivoque et* identifie raisonnablement les créances cédées, *qu'il s'agisse de créances existantes ou futures au moment de la notification,* et *la personne* (...) à laquelle ou pour le compte de laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement; et

c) si le débiteur n'a pas reçu notification par écrit d'une cession antérieure, *ou de mesures visant à saisir* les créances cédées, *y compris, mais non exclusivement, de jugements ou ordonnances d'instances judiciaires ou non judiciaires, ainsi que de mesures prises en application de la loi, notamment en cas* d'insolvabilité du cédant.

3. Si le débiteur le demande, le cessionnaire doit, dans un délai raisonnable, prouver de la manière appropriée que la cession a été effectuée, faute de quoi, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire au cédant.

(...)

4. Au cas où *le débiteur reçoit des notifications de plus d'une cession des mêmes créances effectuées par le même cédant, il* est libéré de son obligation lorsqu'il paie le premier cessionnaire lui adressant notification en application *du paragraphe 2 du présent article* et peut invoquer contre le cessionnaire les exceptions prévues à l'article *14*.

(...)

5. Sans préjudice de toute autre forme de paiement au cessionnaire également libératoire pour le débiteur, le paiement du cessionnaire par le débiteur est libératoire s'il est effectué conformément au présent article (...).

Références : A/CN.9/420, par. 98 à 131
A/CN.9/420, projets d'articles 9 et 15-2

Remarques

1. Lors de la session précédente du Groupe de travail, on a craint que la règle énoncée au paragraphe 1 n'établisse pas un équilibre approprié entre la nécessité de promouvoir la certitude (qui serait favorisée par la détermination d'un fait objectif déclenchant l'obligation du débiteur de payer le cessionnaire, tel que la notification) et le souci de veiller à ce que les parties se conforment à l'éthique (à cette fin, le paragraphe 1 pourrait également introduire un fait subjectif, tel que la connaissance de la cession par le débiteur; A/CN.9/420, par. 99 à 104). Afin de répondre à cette préoccupation, le Groupe de travail voudra peut-être limiter la règle énoncée au paragraphe 1 en faisant expressément référence aux dispositions légales relatives à la fraude. On notera toutefois qu'une telle notification serait implicite dans le projet de règles uniformes, vu les considérations d'ordre public incorporées dans les règles sur la fraude et la référence à la nécessité de respecter la bonne foi dans le commerce international qui figure dans le projet d'article 4.

2. Le paragraphe 2 a été révisé, afin de tenir compte des observations et suggestions faites lors de la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/420, par. 111 à 123). En application de l'alinéa *a,* le cessionnaire peut aviser indépendamment du cédant, alors que le débiteur peut demander des renseignements complémentaires conformément au paragraphe 3 s'il y a des doutes sur le point de savoir si le cessionnaire est effectivement le créancier légitime. Toutefois, si le débiteur ne demande pas de renseignements complémentaires et qu'il est établi ultérieurement que le cessionnaire n'avait pas de droit sur les créances, le débiteur s'expose au risque d'avoir à payer deux fois.

3. L'alinéa *b* a été développé, afin qu'il soit clair qu'une notification relative à des créances futures peut être donnée valablement (A/CN.9/420, par. 125). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner d'autres questions, par exemple les suivantes : lorsque plusieurs personnes sont débiteurs conjointement et solidairement, devraient-ils être tous avisés ou seulement un d'entre eux ? Et une erreur dans la notification devrait-elle l'invalider, même si le débiteur a compris sans difficultés quelles créances avaient été cédées et à qui il était censé payer ?

4. Le paragraphe 4 du projet précédent a été déplacé dans le projet d'article 2-6, vu la nécessité de définir le terme "écrit" aux fins des projets d'article 5 (variante B), 13 et 15. Le paragraphe 5 du projet précédent a été supprimé car il était superflu, la forme et la teneur minimum de la notification étant maintenant décrites au paragraphe 2.

5. Comme suite à une suggestion faite lors de la session précédente du Groupe de travail, selon laquelle les projets de dispositions traitant des notifications multiples devraient être alignés ou fusionnés, le projet d'article 15-2 du projet précédent a été déplacé au paragraphe 4 du projet d'article 13 (A/CN.9/420, par. 169).

6. Le nouveau libellé qui a été inséré au paragraphe 5 (par. 6 de l'ancien projet), afin de tenir compte de la préoccupation exprimée lors de la session précédente du Groupe de travail, est tiré de l'article 9-2 de la Convention sur l'affacturage (A/CN.9/420, par. 129 à 131). Il a pour objet de faire en sorte que le projet d'article 13 n'entraîne pas par erreur l'exclusion des motifs de libération du débiteur pouvant être prévus en vertu d'autres règles de droit. Cette approche est conforme tant à la nécessité de protéger le débiteur payant le cessionnaire qu'à celle de faciliter la cession en encourageant le paiement au cessionnaire.

Article *14. Exceptions et compensations du débiteur*

1. Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur une demande de paiement des créances cédées, le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire toutes les exceptions

découlant du contrat initial qu'il aurait pu invoquer si la demande avait été présentée par le cédant.

2. Le débiteur peut exercer contre le cessionnaire tout droit à compensation sur la base de droits ou actions existants contre le cédant en faveur duquel la créance est née [*ou de droits ou actions existant contre le cessionnaire*] et qu'il peut invoquer au moment où la notification de la cession conformément *au paragraphe 2 de l'article 13* lui a été donnée.

[3. Nonobstant les dispositions *des paragraphes 1 et 2*, les exceptions *et compensations* que le débiteur aurait pu invoquer contre le cédant pour violation d'une clause de non-cession ne peuvent être invoquées par le débiteur contre le cessionnaire.]

Références : A/CN.9/420, par. 132 à 151
A/CN.9/420, article 10

Remarques

1. L'ordre des paragraphes 2 et 3 de l'ancien projet a été inversé et le champ d'application du nouveau paragraphe 3 a été élargi et inclut maintenant tant les exceptions que les droits à compensation, cela afin que le débiteur ne puisse invoquer la rupture d'une clause de non-cession contre le cessionnaire, soit en tant qu'exception, soit en tant qu'action indépendante pour des motifs tels qu'une entrave à des droits contractuels. Au paragraphe 2, on a inséré entre crochets à l'intention du Groupe de travail une référence aux exceptions que le débiteur pourrait invoquer contre le cessionnaire sur la base d'opérations distinctes entre le débiteur et le cessionnaire. Le paragraphe 3 a été placé entre crochets dans l'attente d'une décision du Groupe de travail sur les clauses de non-cession (projet d'article 8).

2. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier la question de savoir si les mots "toutes les exceptions" incluent les exceptions fondées sur une présentation erronée des faits avant la conclusion du contrat initial et les exceptions fondées sur un contrat modifiant le contrat initial (pour ce qui est des modifications du contrat initial, voir le projet d'article 15).

Article 15. Modification du contrat initial

La modification ou [le remplacement] [la novation] du contrat initial lie le cessionnaire et celui-ci acquiert des droits correspondants en vertu du contrat modifié ou du nouveau contrat, à condition que cela soit prévu dans la convention entre le cédant et le cessionnaire ou que le cessionnaire y consente ultérieurement par écrit.

Remarques

1. Le projet d'article 15 énonce une nouvelle disposition insérée comme suite à une suggestion faite lors de la session précédente du Groupe de travail, selon laquelle il faudrait étudier dans quelle mesure le cessionnaire devrait être lié par les modifications du contrat initial convenues par le cédant et le débiteur après la conclusion de la cession, voire après la notification (A/CN.9/420, par. 109). Il a pour objet d'établir un équilibre entre d'une part la nécessité de reconnaître la liberté contractuelle du cédant et du débiteur de modifier leur contrat, afin de tenir compte d'une évolution des réalités commerciales et, d'autre part, la nécessité de protéger le cessionnaire de toute modification du contrat initial pouvant avoir des incidences sur son droit à obtenir le paiement.

2. Le projet d'article 15 aurait l'effet suivant : si le cédant et le débiteur modifiaient le contrat initial sans l'approbation générale ou expresse du cessionnaire, une telle modification ne lierait pas le cessionnaire. De ce fait, celui-ci serait habilité à demander paiement au débiteur en se fondant sur le contrat initial, dans sa version initiale.

3. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de limiter le champ d'application du projet d'article 15 aux cas où une modification serait nécessaire pour éviter une impossibilité d'exécuter le contrat initial (par exemple si l'exécution du contrat initial devient impossible en raison d'empêchements imprévus, indépendants de la volonté des parties; voir l'article 119 de la Convention sur les ventes). On notera qu'en vertu de l'article 9-318 (2) du Code de commerce uniforme une modification du contrat initial lie le cessionnaire si elle est "faite de bonne foi et conformément à des normes commerciales raisonnables".

Article *16. Renonciation aux exceptions*

1. Aux fins du présent article, une renonciation aux exceptions est une convention explicite écrite entre le débiteur et le cédant ou le cessionnaire, aux termes de laquelle le débiteur s'engage à ne pas faire valoir contre le cessionnaire les exceptions qu'il pourrait invoquer en vertu de l'article 14.

2. Une renonciation aux exceptions, *(...) faite au moment de la conclusion du contrat initial ou ultérieurement, interdit (...) au débiteur de faire valoir des exceptions [(...)]* [dont il savait ou aurait dû savoir au moment de la renonciation qu'il pouvait les invoquer].

3. Il est impossible de renoncer aux exceptions suivantes :

a) *exceptions découlant d'opérations distinctes entre le débiteur et le cessionnaire*;

b) *exceptions fondées sur des actes frauduleux de la part du cessionnaire*;

[...]

4. Une renonciation aux exceptions ne peut être révoquée que par une convention écrite explicite.

[5. Une indication écrite et explicite du consentement par le débiteur à la cession après la notification est réputée être une renonciation aux exceptions.

6. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas à la cession de créances de consommateurs.]

Références : A/CN.9/420, par. 136 à 144
A/CN.9/420, projet d'article 11

Remarques

1. On a défini au paragraphe 1 le terme "renonciation aux exceptions" afin d'éviter d'introduire des incertitudes quant à son sens. Le Groupe de travail voudra peut-être préciser qu'une renonciation peut être convenue, avant la notification, entre le débiteur et le cédant et, après la notification, entre le débiteur et le cessionnaire.

2. Les premiers mots soulignés au paragraphe 2 ont pour objet de donner effet à une suggestion faite lors de la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/420, par. 138). La deuxième série de mots soulignés vise à décrire le résultat d'une renonciation sans utiliser les termes "valable", "opposable", ou "exécutoire", dont le sens ne serait peut-être pas compris de la même manière partout. Au paragraphe 3, on pourrait énumérer les autres exceptions auxquelles il serait impossible de renoncer (voir l'article 30 de la Convention sur les lettres de change et billets à ordre).

3. Le paragraphe 5, qui a été inséré conformément à une suggestion faite lors de la session précédente du Groupe de travail, prévoit une renonciation implicite aux exceptions en cas d'acceptation de la cession par le débiteur. Il figure entre crochets, car il n'est peut-être pas conforme au principe énoncé au paragraphe 1 selon lequel, afin de protéger le débiteur contre toute renonciation non intentionnelle aux exceptions, toute renonciation doit être explicite. Le paragraphe 6 figure également entre crochets, dans l'attente de la décision que prendra le Groupe de travail pour ce qui est des créances de consommateurs.

Article *17. Recouvrement d'avances*

1. Sans préjudice des droits du débiteur en vertu de l'article *14, la non-exécution (...)* du contrat initial par le cédant n'habilite pas *(...)* le débiteur à recouvrer une somme payée par lui au cessionnaire *(...)*.

2. *Une cession ne porte pas atteinte aux droits du débiteur à l'encontre du cédant découlant de la non-exécution par le cédant du contrat initial, y compris, mais non exclusivement, le droit du débiteur de recouvrer auprès du cédant les sommes qu'il a payées au cessionnaire.*

Références : A/CN.9/420, par. 145 à 148
A/CN.9/420, projet d'article 12

Le paragraphe 1 vise à garantir que le débiteur supporte le risque de non-exécution des obligations de son partenaire contractuel, c'est-à-dire le cédant, tout en préservant les exceptions que peut invoquer le débiteur à l'encontre du cessionnaire en vertu du projet d'article 14. Le paragraphe 2, inséré comme suite à une suggestion faite lors de la session précédente du Groupe de travail, a pour objet de préserver les droits du débiteur contre le cédant en cas de rupture du contrat initial, notamment le droit de recouvrer auprès du cédant les avances versées par le débiteur au cessionnaire.

Article *18. Priorité*

1. Lorsqu'une créance est cédée par le cédant à plusieurs cessionnaires, le [premier cessionnaire] [premier cessionnaire qui avise le débiteur conformément à l'article 13] [premier cessionnaire qui enregistre la cession] a la priorité.

2. Le cessionnaire a la priorité sur les créanciers du cédant, à condition que [la cession] [la notification du débiteur] [l'enregistrement de la cession] se produise avant le moment où les créanciers du cédant acquièrent un droit sur les créances cédées.

3. En cas d'insolvabilité du cédant, le cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité, à condition que [la cession] [la notification du débiteur] [l'enregistrement de la cession] se produise avant la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

[4. [Sans préjudice des autres règles de droit relatives à la priorité], les paragraphes précédents ne s'appliquent pas dans les cas suivants : [...]]

[5. Le cessionnaire peut enregistrer dans un registre public, dans le lieu où est situé le cédant, une déclaration simplifiée, identifiant raisonnablement le cédant, le cessionnaire, les créances cédées et l'obligation garantie, le cas échéant. En l'absence d'enregistrement, [le premier cessionnaire] [le premier cessionnaire à aviser le débiteur] a la priorité, sous réserve des dispositions des paragraphes 2 et 3 du présent article].

6. Aux fins du présent article, le terme "priorité" désigne le droit à paiement d'une personne à l'encontre du cédant, sur la base des créances cédées, de préférence à d'autres personnes.

7. Aucune disposition du présent article ne porte atteinte aux dispositions applicables à l'insolvabilité du cédant.

Références : A/CN.9/420, par. 149 à 164
A/CN.9/420, projet d'article 14

Remarques

1. Les incertitudes en matière de priorité constituent un obstacle important au financement par cession de créances, car les créanciers tendent à ne pas accorder de crédit ou à le faire payer plus cher, s'ils ne sont pas certains qu'ils auront la priorité, notamment en cas d'insolvabilité du cédant. De ce fait, le projet d'article 18 est d'une importance essentielle pour un texte qui vise à améliorer l'offre de crédits.

2. Les variantes A, B et C de l'ancien projet ont été reprises dans les paragraphes 1 à 3. La règle initialement présentée dans la variante D est incluse dans le chapitre V relatif aux questions de conflit de lois (projet d'article 23). Les paragraphes 1 à 3 traitent de différents conflits de priorités. Le paragraphe 1 traite des conflits de priorités entre plusieurs cessionnaires du même cédant ("cessions doubles"). Le Groupe de travail a jugé que ces cessions doubles, qu'elles soient frauduleuses ou abusives, devraient être traitées séparément des cessions successives par le cessionnaire initial ou tout cessionnaire ultérieur, car elles posent essentiellement un problème de priorité ou de validité (A/CN.9/420, par. 167). Le paragraphe 2 traite des

conflits entre le cessionnaire et les créanciers du cédant demandant la saisie de ces créances cédées, alors que le paragraphe 3 traite des conflits entre le cessionnaire et l'administrateur de l'insolvabilité du cédant.

3. On notera qu'une règle de priorité fondée sur la notification du débiteur ne serait pas adaptée aux cessions globales de créances existantes et futures, dans le cadre, par exemple, de la titrisation de créances de consommateurs sur cartes de crédit, car, pour des raisons de coût et de temps, le cessionnaire serait dans l'impossibilité d'aviser les centaines ou les milliers de débiteurs intervenant dans de telles cessions, même s'il connaissait leur identité.

4. Le Groupe de travail voudra peut-être traiter également de la question de savoir si un cessionnaire ayant effectivement connaissance d'une cession antérieure non notifiée ou non enregistrée devrait obtenir la priorité en notifiant ou en enregistrant le premier (pour ce qui est de la question de la notification par rapport à la connaissance, dans le contexte de la disposition relative à l'obligation de paiement du débiteur, voir A/CN.9/420, par. 99 à 104). Lorsqu'il déterminera l'approche à suivre, le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte à la fois de la nécessité d'éviter toute incertitude et de celle de préserver des normes de conduite acceptables.

5. Le paragraphe 4 (paragraphe 2 de l'ancien projet) a été placé entre crochets en raison des préoccupations exprimées lors de la session précédente du Groupe de travail, selon lesquelles une exception générale à la règle de priorité énoncée au paragraphe 1 serait source d'incertitudes et aurait donc des effets négatifs sur le coût du crédit (A/CN.9/420, par. 161 à 164). Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'autres moyens de traiter des créances concurrentes des fournisseurs du cédant et des cessionnaires ayant offert un financement au cédant.

6. Le paragraphe 5, qui figure entre crochets dans l'attente de l'examen par le Groupe de travail de la règle de priorité figurant aux paragraphes 1 à 3, complète un régime fondé sur l'enregistrement en énonçant une règle de priorité applicable au cas où il y aurait des cessions non enregistrées (A/CN.9/420, par. 157).

7. Par rapport au projet précédent, le paragraphe 5 se fonde sur une approche plus souple pour ce qui est de la détermination du lieu où le cessionnaire doit enregistrer, en ce sens que référence est faite au lieu où est situé le cédant et non à son établissement. Au cas où cette approche serait retenue, il faudrait examiner la question de savoir si le cédant sera considéré comme situé dans l'État où il est constitué, ou dans l'État où sont situés son siège ou ses avoirs principaux. Si l'on retient l'une ou l'autre des deux dernières solutions, il faudra traiter de la question d'un changement d'emplacement du cédant.

8. Si le Groupe de travail retient une approche fondée sur l'enregistrement, il faudra ajouter des dispositions, selon que le projet prendra la forme d'une convention ou d'une loi type. S'il prend la forme d'une convention, on pourra faire référence aux registres existants, par exemple les registres des sociétés, peut-être liés internationalement au moyen d'un système de communications électronique, ou à un registre international qu'il faudrait créer.

9. Les questions liées à la gestion du registre, telles que l'authentification des documents et la responsabilité du registre relèveraient, dans le premier cas, de la loi de l'État où se produit l'enregistrement, mais devraient, dans le second cas, être régies par la convention. Si l'on préfère une loi type, il faudra ajouter un commentaire aux termes duquel les États souhaitant adopter la loi type devraient mettre en place les registres qu'ils jugeront appropriés et énoncer les conditions d'enregistrement voulues (on trouvera dans les remarques 15 à 17, relatives à l'article premier, des arguments généraux en faveur, soit d'une convention, soit d'une loi type).

10. Vu les importantes divergences entre les différents systèmes juridiques pour ce qui est des droits des créanciers nantis et non nantis, il sera sans doute difficile d'arriver à un consensus quant au sens général du terme "priorité". Toutefois, il pourrait être utile de tenter de décrire la priorité en termes génériques, comme on a essayé de le faire au paragraphe 6. Dans son libellé actuel, ce paragraphe ne s'appliquerait qu'au projet d'article 18. Si la référence à la priorité était retenue dans les projets d'articles 10-3 et 23, la définition de ce terme devrait également s'appliquer à ces dispositions.

11. Le paragraphe 7 ne constitue en rien une solution définitive du problème de la relation entre le projet de règles uniformes et les dispositions applicables à l'insolvabilité du cédant (qu'elles figurent dans un code de l'insolvabilité ou dans tout autre corpus juridique), mais il a pour objet de soulever la question de la relation entre le projet de règles uniformes et les dispositions applicables à l'insolvabilité du cédant, afin que le Groupe de travail puisse l'examiner. On notera également qu'il faudra peut-être élargir le champ d'application du paragraphe 7, afin qu'il s'applique à l'ensemble du projet de règles uniformes.

Article 19. Paiement à un compte bancaire spécifié et priorité

1. S'il en est convenu entre le cessionnaire et le débiteur avant la notification de la cession conformément au paragraphe 2 de l'article 13, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire à un compte bancaire ou à une boîte postale spécifiés dans la convention. Après notification de la cession conformément au paragraphe 2 de l'article 13, le débiteur et le cessionnaire peuvent convenir de la méthode de paiement.

2. En cas de convention entre le cédant et le débiteur, conformément au paragraphe 1 du présent article, la personne qui contrôle le compte bancaire ou la boîte postale spécifiés dans ladite convention aux fins du paiement par le débiteur a la priorité.

Référence : A/CN.9/420, par. 65, 92 et 183

Remarques

1. Lors de la session précédente du Groupe de travail, il a été fait référence aux arrangements contractuels aux termes desquels le débiteur peut-être prié de continuer d'effectuer des paiements à un compte bancaire ou une boîte

postale désignés par le cédant, même après la cession ou la notification du débiteur. Le projet d'article 19 a pour objet de codifier un tel arrangement.

2. Cette approche présente divers avantages, notamment les suivants : le cédant peut céder ses créances afin d'obtenir un crédit sans que la cession ne soit publiée, car le cédant et le cessionnaire peuvent négocier entre eux la question du contrôle du compte bancaire ou de la boîte postale; la cession ne modifie pas nécessairement la situation du débiteur; et cette méthode peut offrir une solution simple et claire à la question de la priorité.

3. Par contre, cette approche présente certains inconvénients : le cessionnaire ne pourra déterminer certaines questions liées au compte bancaire, par exemple, la banque dans laquelle le compte sera domicilié ou le type de compte, ce qui peut avoir des incidences sur le taux d'intérêt à appliquer; le cessionnaire devra obtenir le contrôle du compte bancaire ou de la boîte postale avant, par exemple, la date d'effet de l'insolvabilité du cédant, afin d'être protégé; et l'entité auprès de laquelle le compte sera domicilié risquera d'être exposée au risque d'être poursuivie en tant qu'"agent" du cédant ou du cessionnaire.

Chapitre IV. Cessions subséquentes

Article *20. Cessions subséquentes*

1. *[La présente Convention] [La présente Loi]* s'applique à toute cession (...) par le cessionnaire *initial* ou tout autre cessionnaire à des cessionnaires subséquents, à condition que [la cession *initiale*] [cette cession] soit régie par *[la présente Convention]* [la présente loi].

2. (...) *[La présente Convention] [la présente Loi]* (...) s'applique comme si le cessionnaire subséquent était le cessionnaire *initial*. Toutefois, le débiteur ne peut exercer à l'encontre d'un cessionnaire subséquent des droits de compensation sur la base de créances existant à l'encontre d'un cessionnaire antérieur *[, à l'exception des droits opposables au pénultième cessionnaire, qui est le dernier cédant]*.

3. *Variante A*

Une cession *subséquente* de créances (...) *transfère les créances au cessionnaire* nonobstant toute convention (...) interdisant ou limitant une telle cession (...). Aucune disposition du présent paragraphe n'a d'incidence sur toute obligation ou responsabilité *d'un cessionnaire subséquent du chef d'une violation d'une clause de non-cession.*

Variante B

Une convention (...) interdisant ou limitant la cession de créances n'est pas valable. Une cession de créances transfère les créances au cessionnaire nonobstant une telle convention. Ni le cédant, ni le cessionnaire ne sont en rien responsables en cas de rupture d'une telle convention.

4. *Nonobstant le fait que* l'invalidité d'une cession intermédiaire rend invalides *toutes les cessions subséquentes, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire au premier cessionnaire qui l'avise en application du paragraphe 2 de l'article 13.*

Références : A/CN.9/420, par. 188 à 195
A/CN.9/420, projet d'article 15

Remarques

1. Comme suite à un avis largement partagé lors de la session précédente du Groupe de travail, le projet d'article 20 a été révisé de manière à s'appliquer exclusivement aux cessions successives par le cessionnaire initial ou tout cessionnaire subséquent, et non aux cessions doubles par le cédant (A/CN.9/420, par. 167). Les projets d'articles 13-4 et 18-1 devraient suffire pour traiter respectivement des notifications multiples de cessions doubles frauduleuses ou abusives et de la question de la priorité entre plusieurs cessionnaires ayant obtenu les créances du même cédant.

2. On notera qu'il pourra être nécessaire de préciser que la cession initiale, dans des opérations de titrisation, est la cession effectuée par la partie en faveur de laquelle les créances ont été établies en vertu du contrat initial. Sinon, la référence à la cession "initiale" pourrait être interprétée par erreur comme désignant la cession entre des sociétés affiliées dans le même État, dans lequel le projet de règles uniformes ne s'appliquerait pas s'il s'agissait de créances nationales. Du fait de la référence à l'ensemble du projet de règles uniformes au paragraphe 2, le cessionnaire subséquent devrait se conformer à la même procédure que le cessionnaire initial pour déterminer la priorité (A/CN.9/420, par. 172).

3. Le libellé ajouté à la fin du paragraphe 2 tient compte d'une suggestion faite lors de la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/420, par. 171). On notera que, si ce libellé est retenu, la situation juridique du débiteur serait améliorée du fait de la cession, car il pourrait invoquer contre le cessionnaire ultime, non seulement les droits opposables au cédant en application du projet d'article 14-2, mais aussi les droits opposables au pénultième cessionnaire. Dans ce cas, le projet d'article 6-1 *b*, énonçant le principe selon lequel la cession ne devrait ni aggraver ni améliorer la situation juridique du débiteur, devrait être révisé.

4. Les variantes présentées dans le contexte du projet d'article 8 à propos des clauses de non-cession sont reproduites au paragraphe 3, avec les modifications requises. Le paragraphe 4 a pour objet de faire en sorte que l'invalidité d'une cession dans une chaîne de cessions ne nuise pas à la certitude dont a besoin le débiteur pour effectuer un paiement libératoire.

5. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'insérer dans le projet d'article 20 une disposition similaire à l'article 11-2 de la Convention sur l'affacturage, qui a pour objet de traiter des incertitudes, dans le cadre de l'affacturage international, sur le point de savoir si la notification de la cession par l'entreprise d'affacturage du pays exportateur à l'entreprise d'affacturage du pays importateur constitue également une notification de la cession par le cédant à l'entreprise d'affacturage du pays exportateur.

Chapitre V. Conflit de lois

Les dispositions relatives au conflit de lois figurant dans le document A/CN.9/412 ont été révisées compte tenu des

délibérations du Groupe de travail à ses sessions précédentes (A/CN.9/420, par. 185 à 201). Elles figurent entre crochets dans l'attente de la détermination par le Groupe de travail d'un certain nombre de questions, notamment : la question de savoir si le texte en cours d'élaboration devrait prendre la forme d'une convention ou d'une loi type; et la question de savoir si le champ d'application des dispositions sur le conflit de lois devrait être identique à celui des dispositions de fond, ou plus large, comme dans la Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (par. 3 de l'article premier). Pour ce qui est de la décision prise par la Commission de coopérer plus étroitement avec la Conférence de La Haye de droit international privé sur les aspects de la cession touchant les conflits de lois, le Groupe de travail voudra peut-être étudier comment mettre en place cette coopération (par exemple, en organisant des réunions conjointes d'experts sur des questions d'intérêt commun liées à la cession de créances)[2].

Article *21. Loi applicable à la relation entre le cédant et le cessionnaire*

1. *À l'exception des questions qui sont traitées dans la présente Convention (...), le transfert d'une créance entre le cédant et le cessionnaire est régi par la loi applicable à la créance faisant l'objet de la cession.*

2. À l'exception des questions qui sont traitées dans *la présente Convention (...), la relation entre le cédant et le cessionnaire, y compris, mais non exclusivement, la validité de la cession (...) est régie par la loi [expressément] choisie par le cédant et le cessionnaire (...).*

3. Faute d'un choix *[valide] [exprès] (...), la relation* entre le cédant et le cessionnaire (...), *y compris mais non exclusivement, la validité de la cession, dans la mesure où elle n'est pas régie par la présente Convention, est* régie par [la loi de l'État dans lequel le cédant a son établissement] *[la loi du pays avec lequel la cession a le lien le plus étroit].*

[(4. À moins qu'il n'apparaisse clairement que la cession est plus étroitement liée à un autre pays, la cession est réputée avoir le lien le plus étroit avec le pays dans lequel la partie qui doit exécuter l'obligation caractéristique de la cession a son établissement, au moment de la conclusion de la cession].

Références : A/CN.9/420, par. 188 à 196
A/CN.9/420, projet d'article 8

Remarques

1. Le paragraphe 1 a pour objet d'établir une distinction entre les effets contractuels de la cession, qui pourraient être régis par la loi choisie par le cédant et le cessionnaire, et les effets patrimoniaux, qui ne devraient pas relever de l'autonomie des parties. Le paragraphe 1 se fonde sur le principe selon lequel le transfert d'une créance doit être régi par la loi en vertu de laquelle la créance est née. Le mot "expressément", qui figurait dans la version antérieure du paragraphe 1 de l'article 8, a été supprimé car, conformément au projet d'article 4, les questions qui ne sont pas "expressément" traitées dans les règles doivent être réglées par référence aux principes sur lesquels se fonde le projet de règles uniformes.

2. La référence aux "droits et obligations" du cédant et du cessionnaire, qui figurait au paragraphe 2 a été remplacée par une référence plus générale à "la relation entre le cédant et le cessionnaire". On notera que la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980; la "Convention de Rome") fait référence aux "obligations entre le cédant et le cessionnaire d'une créance" et ne traite pas de la question du transfert de créances (art. 12). Au paragraphe 2, il faudra trancher entre un choix "exprès" ou "implicite" de la loi par les parties.

3. Le paragraphe 3 présente deux solutions, l'une fondée sur l'établissement du cédant, qui vise à promouvoir la certitude, et l'autre, plus souple, fondée sur le pays avec lequel la cession "a le lien le plus étroit", solution tirée de l'article 4 de la Convention de Rome. On notera que la Convention de Rome fait référence à la loi d'un "pays" plutôt qu'à la loi d'un "État".

Article 22. *Loi applicable à la relation entre le cessionnaire et le débiteur*

À l'exception des questions qui sont régies par *la présente Convention, (...) la relation* entre le cessionnaire et le débiteur, *y compris, mais non exclusivement, le droit du cessionnaire d'aviser le débiteur et d'obtenir paiement, l'obligation du débiteur d'effectuer un paiement libératoire au cessionnaire et les exceptions du débiteur à l'encontre du cessionnaire,* est régie par la loi [régissant la créance sur laquelle porte la cession] [de l'État où le débiteur a son établissement]. *(...)*

Références : A/CN.9/420, par. 197 à 201
A/CN.9/420, projet d'article 13

Remarques

1. On a modifié le champ d'application du projet d'article 22 afin de l'aligner sur celui de l'article 12.2 de la Convention de Rome. Pour ce qui est de la loi applicable, l'article 22 présente deux solutions, l'une fondée sur la loi régissant la créance, l'autre fondée sur la loi de l'État où le débiteur a son établissement. Le principal avantage de la première solution, qui est conforme à l'article 12.2 de la Convention de Rome, est qu'elle se fonde sur le principe généralement accepté selon lequel la cession ne devrait pas modifier la situation du débiteur, si ce n'est dans la mesure autorisée par la loi en vertu de laquelle le débiteur a contracté une obligation envers le cédant.

2. Par contre, une telle solution présente notamment pour inconvénient de porter atteinte à la certitude et à la prévisibilité car, dans le cadre du financement par cession de créances, le contrat initial n'a souvent pas été conclu au moment de la cession. En outre, le cessionnaire pourrait se

[2]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-huitième session (1995), *Documents officiels de l'Assemblée générale, Cinquantième session, Supplément n° 17*, A/50/17, par. 379 et 380.

trouver incapable d'opposer la cession au débiteur, même s'il s'était conformé aux exigences de la loi régissant le contrat initial.

3. La deuxième solution présente le principal avantage d'offrir une solution au problème de l'exécution, mais elle présente notamment les inconvénients suivants : l'identité du débiteur peut être inconnue au moment de la cession; une cession globale devrait être conforme à la loi de plusieurs pays dans lesquels pourraient être situés des débiteurs; et le cas de l'exécution dans un pays où le débiteur peut avoir des biens ne serait pas traitée.

[Article 23. *Loi applicable à la priorité*

La priorité d'un cessionnaire sur des cessionnaires subséquents ayant obtenu les créances cédées du même cédant et sur les créanciers du cédant, y compris, mais non exclusivement, l'administrateur de l'insolvabilité du cédant, est régie par la loi de l'État où le [cédant] [débiteur] a son établissement.]

Références : A/CN.9/420, par. 154 et 201
A/CN.9/420, article 14, Variante D

Remarques

1. Le projet d'article 23 figure entre crochets, car il a pour objet de constituer une variante du projet d'article 18, au cas où l'on n'arriverait pas à un consensus sur une disposition de fond traitant des priorités. Il exige que l'on fasse un choix entre deux facteurs de rattachement, l'établissement du cédant et l'établissement du débiteur. L'établissement du cédant, en tant que facteur de rattachement, présente l'avantage de la simplicité et de la prévisibilité pour un certain nombre de raisons : il constitue un point de référence unique, il peut être vérifié au moment de la cession, même en cas de cession globale; et il serait approprié même dans les systèmes juridiques où l'on pratique l'enregistrement (le cessionnaire vérifierait normalement l'établissement du cédant pour s'assurer du statut des créances). En outre, une telle approche aurait l'avantage de permettre l'application de la loi qui régirait la procédure d'insolvabilité du cédant, si une telle procédure était ouverte dans l'État de l'établissement du cédant ou dans un État ayant adopté le projet de règles uniformes.

3. Le principal inconvénient d'une approche fondée sur l'établissement du cédant est que la question des priorités peut être caractérisée de diverses manières, en tant que question régie par le droit des contrats, le droit préjudiciel, le droit des biens, le droit de l'insolvabilité ou le droit de procédure, et pourrait donc être soumis à une autre loi applicable, qui serait, selon toute probabilité, la loi du pays où est demandée l'exécution. Le problème de la caractérisation peut être surmonté dans une certaine mesure si la loi du pays où le débiteur a son établissement est applicable, car il s'agira sans doute de la loi du pays où sera demandée l'exécution. On notera toutefois que même le pays de l'établissement du débiteur n'offrirait pas une solution applicable à tous les cas (par exemple, le cas où l'exécution est demandée dans le pays où a été ouverte la procédure d'insolvabilité du cédant, ou le cas où l'exécution est demandée dans un pays où sont situés des biens du débiteur).

C. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-sixième session (Vienne, 11-22 novembre 1996) (A/CN.9/434) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-11
I.	DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS	12-13
II.	PROJET DE CONVENTION SUR LA CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT	14-258
	A. Titre	14
	B. Préambule	15-16
	C. Examen des projets d'articles	17-258
	CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES	17-101
	Article premier. Champ d'application	17-41
	Article 2. Exclusions	42-61
	Article 3. Définitions	62-85
	Article 4. Protection du débiteur	86-95
	Article 5. Obligations internationales de l'État contractant	96-99
	Article 6. Principes d'interprétation	100-101

Paragraphes

CHAPITRE II. FORME ET TENEUR DE LA CESSION 102-147
Article 7. Forme de la cession 102-106
Article 8. Moment du transfert des créances 107-123
Article 9. Cessions globales 124-127
Article 10. Conventions interdisant la cession 128-137
Article 11. Transfert de sûretés 138-147

CHAPITRE III. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS 148-258
Article 12. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire 148-151
Article 13. Garanties du cédant 152-161
Article 14. Droit du cessionnaire d'aviser le débiteur et de demander le paiement 162-165
Article 15. Notification au débiteur 166-175
Article 16. Paiement libératoire du débiteur 176-193
Article 17. Exceptions et compensations du débiteur 194-197
Article 18. Modification du contrat initial [et de la cession] 198-204
Article 19. Renonciation aux exceptions et aux compensations du débiteur 205-212
Article 20. Recouvrement d'avances 213-215
Article 21. Droits des tiers 216-237
Article 22. Droits concurrents de plusieurs cessionnaires 238-254
Article 23. Droits concurrents du cessionnaire et des créanciers du cédant . 255-258

III. TRAVAUX FUTURS 259-263

INTRODUCTION

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

2. La décision de la Commission d'entreprendre des travaux sur la cession dans le cadre du financement par cession de créances répondait à des suggestions qui lui avaient été adressées, en particulier lors du Congrès de la CNUDCI sur le thème "Le droit commercial uniforme au XXIe siècle" (tenu parallèlement à la vingt-cinquième session, à New York, du 17 au 21 mai 1992). Une suggestion connexe faite lors de ce Congrès visait à inviter la Commission à reprendre ses travaux sur les sûretés en général, question dont elle avait décidé à sa treizième session (New York, 14-25 juillet 1980) de renvoyer l'examen à plus tard[2].

3. De sa vingt-sixième à sa vingt-huitième session (1993 à 1995), la Commission a examiné trois rapports du Secrétariat relatifs à certains aspects juridiques de la cession de créances (A/CN.9/378/Add.3, A/CN.9/397 et A/CN.9/412). Après avoir étudié ces rapports, la Commission a conclu qu'il serait à la fois souhaitable et possible que la Commission prépare un ensemble de règles uniformes destinées à éliminer les obstacles au financement par cession de créances créés par l'incertitude qui existait dans divers systèmes juridiques quant à la validité des cessions transfrontières (dans lesquelles le cédant, le cessionnaire et le débiteur ne sont pas dans le même pays) et aux effets de telles cessions sur le débiteur et sur d'autres tiers[3].

4. À sa vingt-quatrième session, le Groupe de travail a commencé à examiner un avant-projet de règles uniformes contenu dans un rapport du Secrétaire général intitulé "Examen et avant-projet de règles uniformes" (A/CN.9/412). À cette session, le Groupe de travail a été instamment prié de s'efforcer d'élaborer un texte juridique qui ait pour effet d'améliorer l'offre de financement (A/CN.9/420, par. 16).

5. Pour les travaux de sa vingt-cinquième session, le Groupe de travail était saisi d'une note du Secrétariat, qui contenait des dispositions portant sur divers éléments et

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

[2] Ibid., *trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 26 à 28 (*Annuaire de la CNUDCI*, vol. XI : 1980, première partie, II, A).

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

notamment sur la forme et la teneur de la cession, les droits et obligations du cédant, du cessionnaire, du débiteur et des autres tiers, les cessions subséquentes et la question des conflits de lois (A/CN.9/WG.II/WP.87).

6. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa présente session à Vienne du 11 au 22 novembre 1996. Les États membres du Groupe de travail énumérés ci-après étaient représentés à la session : Allemagne, Argentine, Autriche, Brésil, Chili, Chine, Égypte, Espagne, Équateur, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Mexique, Nigéria, Pologne, République slovaque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Soudan et Thaïlande.

7. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants : Bélarus, Cambodge, Grèce, Indonésie, Irlande, Israël, Liban, Maroc, Pakistan, Qatar, République arabe syrienne, République de Corée, Roumanie, Suède, Suisse, Turquie et Venezuela.

8. Les organisations internationales suivantes étaient également représentées par des observateurs : Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Commercial Finance Association (CFA), Conférence de La Haye de droit international privé, Fédération bancaire de l'Union européenne, Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN) et Interamerican Bar Association (IABA).

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

Président : M. David Morán Bovio (Espagne)

Rapporteur : M. Ross Masud (Pakistan)

10. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants : ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.88) et trois notes établies par le Secrétariat contenant les articles nouvellement révisés du projet de convention sur la cession de créances à des fins de financement, les commentaires du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé et les commentaires de la Commercial Finance Association (A/CN.9/WG.II/WP.89, A/CN.9/WG.II/WP.90 et A/CN.9/WG.II/WP.91, respectivement).

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

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

I. DÉLIBÉRATIONS ET DÉCISIONS

12. Le Groupe de travail a examiné les articles premier à 23 du projet de convention sur la cession de créances à des fins de financement présentés dans la note établie par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.89).

13. Il est rendu compte des délibérations et conclusions du Groupe de travail, y compris l'examen par celui-ci des différentes dispositions du projet, dans le chapitre III ci-après. Il a été demandé au Secrétariat d'établir, à partir de ces conclusions, une version révisée des articles premier à ... ainsi que des autres articles du projet de convention.

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

A. Titre

14. Des avis divergents ont été exprimés à propos de la référence aux fins de "financement" de la cession de créances dans le titre du projet de convention. Selon un avis, il conviendrait de supprimer cette référence compte tenu de la décision prise par le Groupe de travail à sa session précédente de ne pas définir, quant au fond, le champ d'application du projet de convention en se référant aux fins de la cession (voir A/CN.9/432, par. 16 à 18). Selon un autre avis, il faudrait que le titre reflète dans son ensemble le caractère économique des opérations sur lesquelles le projet de convention était censé porter, à savoir les cessions effectuées pour obtenir des crédits. On a rappelé que, si le champ d'application du projet de convention faisait l'objet d'une définition générale dans le projet d'article premier, il était cependant assorti d'un certain nombre d'exceptions, actuellement énumérées dans le projet d'article 2. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que le titre du projet de convention était dans l'ensemble acceptable. Cependant, on a généralement pensé qu'il faudrait peut-être rouvrir le débat lorsque le Groupe de travail aurait achevé l'examen des dispositions de fond du projet de convention.

B. Préambule

15. Le texte du préambule examiné par le Groupe de travail se lisait comme suit :

"Les États contractants,

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

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

Sont convenus de ce qui suit :"

16. Le Groupe de travail a jugé que le préambule, quant au fond, était acceptable dans son ensemble. Plusieurs suggestions d'ordre rédactionnel ont été faites. Selon une de ces suggestions, il conviendrait de remplacer les mots "de crédits commerciaux [et de crédits de consommateur]" par une simple référence aux "crédits". Après un débat, cette suggestion a été retenue par le Groupe de travail. Selon une autre suggestion, il y aurait lieu de supprimer les mots "à des taux plus favorables", qui étaient superflus. Toutefois, on a généralement estimé que la possibilité d'obtenir des

taux d'intérêt plus favorables constituait un avantage pratique important que le projet de convention était censé apporter et qu'il faudrait en faire état dans le préambule.

C. Examen des projets d'articles

Chapitre premier. Champ d'application et dispositions générales

Article premier. Champ d'application

17. Le texte du projet d'article premier examiné par le Groupe de travail se lisait comme suit :

"1. La présente Convention s'applique aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances,

a) [si le cédant et le débiteur ont leur établissement] [si le cédant a son établissement] dans un État contractant; [ou

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

2. Une créance est internationale si les établissements du cédant et du débiteur sont situés dans des États différents. Une cession est internationale si les établissements du cédant et du cessionnaire sont situés dans des États différents.

3. Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat pertinent et son exécution, compte tenu des circonstances connues des parties ou envisagées par elles à tout moment avant la conclusion ou lors de la conclusion dudit contrat. Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu."

Paragraphe 1

Phrase d'introduction

18. S'agissant, quant au fond, du champ d'application du projet de convention, il a été noté que la phrase d'introduction du projet d'article premier tenait compte de la décision prise par le Groupe de travail, à sa session précédente, de ne pas circonscrire le champ d'application du projet aux cessions effectuées à des fins de "financement" ou à des fins "commerciales" (A/CN.9/432, par. 16 à 18). Il a été noté par ailleurs que cette phrase tenait compte aussi de la décision prise par le Groupe de travail à sa session précédente, de donner au projet de convention un champ d'application général, de manière à couvrir à la fois les cessions de créances internationales et les cessions internationales de créances nationales, ce qui en exclurait uniquement les cessions nationales de créances nationales (A/CN.9/432, par. 24). Le Groupe de travail a confirmé ces deux décisions en adoptant sans la modifier la phrase d'introduction du paragraphe 1.

Alinéa a

19. Des avis différents ont été exprimés sur la question de savoir si les établissements du cédant, du cessionnaire et du débiteur devaient constituer des facteurs de rattachement pertinents pour la détermination de l'applicabilité ou de la non-applicabilité du projet de convention dans une situation concrète donnée.

20. Selon un avis, le projet de convention devrait s'appliquer à toutes les situations dans lesquelles le cédant avait son établissement dans un État contractant, à l'exception des cas où les intérêts du débiteur étaient en jeu et auxquels le projet de convention ne devrait s'appliquer que si le débiteur avait lui aussi son établissement dans un État contractant. Il a été déclaré que le maintien de ce facteur de rattachement assurerait à la fois une large applicabilité du projet de convention et un degré suffisant de certitude et de prévisibilité pour toutes les parties intéressées quant aux circonstances dans lesquelles le projet de convention deviendrait applicable. À cet égard, il a été proposé de remplacer le paragraphe 1 du projet d'article premier par le texte suivant :

"1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, la présente Convention s'applique aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances si le cédant a son établissement dans un État contractant [au moment de la cession].

2. Nonobstant le paragraphe 1, la présente Convention ne régit pas les droits et obligations du débiteur [à l'égard du cédant ou du cessionnaire] à moins que :

a) le débiteur n'ait son établissement dans un État contractant [au moment de la conclusion du contrat initial [ou, en l'absence de contrat initial, au moment où la créance naît]]; ou

b) les règles du droit international privé ne conduisent à l'application de la loi d'un État contractant pour déterminer les droits et obligations du débiteur découlant du contrat initial."

21. Un appui a été exprimé en faveur du maintien de l'établissement du cédant comme seul facteur de rattachement, du fait que le cédant serait, dans la plupart des cas, partie aux situations conflictuelles que le projet de convention était censé régler. On a généralement estimé, toutefois, que le texte proposé élargirait indûment le champ d'application du projet de convention. Bien que le Groupe de travail n'ait pas adopté le texte proposé, il a été convenu dans l'ensemble que la référence au moment de la cession était un élément utile, dont il conviendrait de tenir compte au paragraphe 2 (voir ci-après, par. 27 à 31).

22. Selon un autre point de vue, le projet de convention devrait s'appliquer uniquement lorsque le cédant, le cessionnaire et le débiteur ont leur établissement dans un État contractant. On a estimé que, sauf si toutes les parties intéressées avaient leur établissement dans un État contractant, le projet de convention pourrait mal à propos s'appliquer aux cas où, en vertu des règles applicables du droit international privé, la loi qui régit la cession serait la loi d'un État non contractant. Bien que ce point de vue ait été appuyé, on a dans l'ensemble estimé que le maintien d'un tel facteur de rattachement réduirait excessivement le champ d'application du projet de convention. Durant le débat, il a été avancé que le droit des parties d'écarter l'application du projet de

convention en choisissant la loi d'un État non contractant devrait être examiné plus avant.

23. Selon l'avis qui a prévalu, le projet de convention devrait être applicable lorsque aussi bien le cédant que le cessionnaire ont leur établissement dans un État contractant. On a généralement pensé que, étant donné que le débiteur n'était pas partie à la cession, et étant donné que les dispositions du projet de convention visaient à ne pas modifier la situation juridique du débiteur, le lieu où le débiteur a son établissement ne devrait pas être considéré comme un facteur de rattachement pertinent pour déterminer l'applicabilité du projet de convention. Des craintes ont toutefois été exprimées quant aux difficultés pratiques que pourrait soulever la nécessité de déterminer où se trouve l'établissement du cessionnaire. On a par exemple fait valoir que lorsqu'un cédant cède certaines créances à un groupement de cessionnaires, il pourrait être difficile de déterminer si tous les cessionnaires ont leur établissement, dans un État contractant. Une question a également été soulevée au sujet de la manière dont la question des conflits de priorité pourrait être traitée lorsqu'une créance a été cédée à plusieurs cessionnaires, dont certains ont leur établissement dans des États contractants, tandis que d'autres ont leur établissement dans des États non contractants.

24. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé de libeller l'alinéa *a* comme suit : "si le cédant et le cessionnaire ont leur établissement dans un État contractant". Il a toutefois été généralement accepté que l'alinéa *a* quant au fond devrait peut-être être réexaminé à l'occasion de l'examen ultérieur de la question des conflits de priorité et d'autres dispositions de fond du projet de convention.

Alinéa b

25. On s'est inquiété de ce que la référence aux règles du droit international privé risque d'être une source d'incertitude quant à l'applicabilité du projet de convention. On a rappelé que l'efficacité du projet de convention pour accroître les possibilités de crédit se fondait sur le caractère certain et prévisible des situations auxquelles elle s'appliquerait. En réponse à ce point de vue, on a fait valoir que la référence aux règles du droit international privé élargissait fort utilement le champ d'application du projet de convention. On a également fait valoir qu'on ne ferait pas disparaître l'incertitude qui pourrait découler de divergences dans les règles applicables du droit international privé en limitant l'applicabilité du projet de convention étant donné que les règles du droit international privé s'appliquaient également en dehors du champ d'application du projet de convention. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a adopté le libellé de l'alinéa *b* sans le modifier.

Paragraphe 2

26. Bien qu'un large appui se soit dégagé aussi bien en faveur du principe que du libellé du paragraphe 2, le Groupe de travail a décidé qu'il devrait examiner en outre la question du moment auquel une créance ou une cession doit être internationale pour que la convention puisse s'appliquer.

27. Des avis différents ont été exprimés quant à la manière d'envisager cette question. Selon l'un d'eux, le caractère international aussi bien d'une créance que d'une cession devrait être déterminé au moment de la cession. À l'appui de cet avis, on a fait observer que le caractère certain et prévisible de l'application du projet de convention s'en trouverait amélioré étant donné que, dans la plupart des circonstances, les parties seraient en mesure de déterminer le caractère international d'une créance ou d'une cession au moment de la cession. Selon un autre avis, le moment auquel le critère d'internationalité devrait être satisfait pourrait varier suivant que l'on considérait l'internationalité d'une créance ou l'internationalité d'une cession.

28. Il a été suggéré que, pour que le projet de convention puisse s'appliquer, une créance devrait être internationale au moment où elle naît, alors qu'une cession devrait être internationale au moment où elle intervient. À l'appui de l'idée de fixer le caractère international d'une créance au moment où elle naît, on a fait observer que cette formule assurerait une protection au débiteur en cas de cession de créances futures. Au moment où la créance naîtrait, le débiteur saurait, grâce à ses liens contractuels avec le cédant, que son créancier se trouvait dans un pays étranger et que la cession entrait dans le champ d'application du projet de convention.

29. Bien que la solution proposée ait été appuyée, un certain nombre de craintes ont été exprimées. L'une tenait à ce que la formule proposée introduirait un élément d'incertitude, étant donné que, au moment de la cession, les parties ne seraient pas en mesure de déterminer si le projet de convention s'appliquait aux créances futures, telles que définies au paragraphe 5 du projet d'article 3, c'est-à-dire aux créances nées après la cession. Une autre inquiétude tenait à ce qu'en se référant au moment où une créance "naît", on risquait de préjuger de la question de savoir si les créances non contractuelles devraient être visées par le projet de convention ainsi que de la question du moment auquel une créance était "née", question qui est traitée au paragraphe 4 de l'article 3.

30. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé de remanier le paragraphe 2, afin d'indiquer que le critère d'internationalité devrait être satisfait, lorsqu'il s'agit de créances, au moment où elles naissent et, lorsqu'il s'agit de cessions, au moment où elles sont conclues. Selon l'avis qui a prévalu toutefois, il devrait être tenu compte des inquiétudes susmentionnées et la discussion pourrait être rouverte à l'occasion de l'examen du projet d'article 3.

Paragraphe 3

31. On s'est inquiété de ce que, alors qu'une disposition du type de celle qui figure au paragraphe 3 pourrait être appropriée en cas de relation entre deux parties, elle ne le serait pas dans une relation tripartite, dans laquelle les tiers devraient déterminer quel est l'établissement qui a la relation la plus étroite avec le contrat pertinent et devraient découvrir ce que les parties à ce contrat connaissaient ou envisageaient. En outre, on a fait observer que le paragraphe 3 pourrait être une source d'incertitude, en particulier dans le cadre du commerce électronique, étant donné qu'il

pourrait être impossible dans certaines situations de déterminer l'établissement des parties ayant la relation la plus étroite avec le contrat pertinent, par exemple en cas d'opérations conclues par le biais d'Internet.

32. Afin de répondre à ces inquiétudes, il a été suggéré qu'au lieu de parler aux paragraphes 1 et 2 de l'établissement des parties, il conviendrait de parler du lieu où elles ont été constituées, qui serait toujours unique et plus facile à déterminer que l'établissement, étant donné qu'il serait officiellement enregistré. Cette suggestion s'est heurtée à diverses objections. On a fait observer que l'établissement était un critère utile pour déterminer l'internationalité d'une opération et l'application territoriale de nombreux textes juridiques et que cette notion devrait être retenue, pour ce motif et pour des raisons de cohérence. En outre, on a fait valoir qu'une référence au lieu de constitution des parties exigerait des dispositions supplémentaires concernant le lieu où se trouvent les personnes physiques. En outre, on a fait observer que la référence proposée au lieu de constitution ne résoudrait pas le problème des établissements multiples des parties, étant donné que l'expression "lieu de constitution" n'avait pas la même signification dans tous les systèmes juridiques. On a cité à titre d'exemple l'emplacement du siège central et d'une succursale d'une même société, qui dans certains systèmes juridiques pouvaient être considérés comme deux lieux de constitution distincts de la même société.

33. Au cours de la discussion, il a été suggéré que, pour déterminer l'établissement des parties ayant la relation la plus étroite avec le contrat pertinent, il conviendrait de se référer aux stipulations des parties elles-mêmes. On s'est aussi opposé à cette suggestion en faisant valoir que cette formule pourrait, sans qu'on le veuille, permettre aux parties à un contrat de spécifier comme établissement pertinent un endroit qui pourrait ne pas avoir la moindre relation avec ledit contrat. À l'issue des délibérations, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 sans le modifier.

Forme à donner à l'instrument

34. Lors de l'examen du projet d'article premier, on a pensé que le Groupe de travail voudrait peut-être revenir sur l'hypothèse de travail arrêtée à sa session précédente quant à la forme à donner à l'instrument (A/CN.9/432, par. 26 à 28). Il a été suggéré que le texte prenne la forme d'une loi type. Une loi type aurait pour avantage de laisser aux États qui l'adopteraient une certaine souplesse pour en adapter les dispositions à leur législation nationale, et serait donc vraisemblablement plus facilement acceptée par les États. Cet argument n'a pas recueilli un appui suffisant. Il a été généralement convenu qu'une convention permettrait de donner plus de certitude à la loi applicable aux cessions, ce qui pourrait avoir des effets positifs sur l'offre et le coût du crédit. Après un débat, le Groupe de travail a confirmé son hypothèse de travail, selon laquelle le texte à établir aurait la forme d'une convention.

"Option positive"/"option négative"

35. Le Groupe de travail s'est demandé s'il conviendrait d'inclure dans le projet de convention une clause générale d'option positive (c'est-à-dire une clause qui subordonnerait l'application du projet de convention à la décision des parties à une cession de soumettre leur relation au projet de convention).

36. À cet égard, on a fait valoir qu'une clause d'option positive permettrait aux parties de faire un choix entre les techniques de transfert des créances prévues dans le projet de convention et celles qui existent actuellement en vertu des lois nationales. En outre, une clause d'option positive rendrait le projet de convention plus acceptable pour les États. Cependant, de l'avis qui a prévalu, une telle clause limiterait indûment les cas auxquels le projet de convention s'appliquerait. On a généralement estimé qu'en tout état de cause le projet de convention visait non à remplacer les règles nationales relatives à la cession, mais à faciliter le recours accru aux techniques de cession dans les cas où intervenait un élément d'internationalité. Dans ces cas, la cession n'était pas une pratique très répandue actuellement en raison de l'incertitude qui était attachée, dans les lois nationales, à la validité et à la force exécutoire de l'opération. Pour cette raison, a-t-on déclaré, le projet de convention traitait, dans le projet d'article 21, des conflits qui pourraient survenir notamment entre les cessions qui relèveraient de la loi nationale et celles qui relèveraient du projet de convention. Après délibération, le Groupe de travail a décidé que l'application du projet de convention ne serait pas subordonnée à une convention d'option positive des parties à une cession.

37. Le Groupe de travail a ensuite abordé la question de savoir si une clause d'option négative (c'est-à-dire une clause permettant aux parties d'exclure l'application du projet de convention) devrait être incluse dans le projet de convention. Il a été rappelé qu'à sa session précédente le Groupe de travail avait décidé de ne pas inclure de clause générale d'option négative, mais de se demander si les parties seraient autorisées à exclure l'application du projet de convention, ou à y déroger ou à modifier les effets de ses dispositions qui régissaient leurs droits et leurs obligations, au titre de chaque article (A/CN.9/432, par. 33 à 38).

38. Des avis différents ont été exprimés. Selon l'un d'eux, il faudrait que le cédant et le cessionnaire aient la possibilité de choisir la loi applicable à leur opération, mais ce choix ne devrait pas avoir d'incidence sur les droits du débiteur et des autres tiers. On a fait observer que le choix de la loi pourrait créer des difficultés, en particulier dans le cas des cessions ultérieures, car il risquerait d'aboutir à ce que certaines cessions soient couvertes par le projet de convention, alors que d'autres relèveraient de la loi choisie par les parties. Pareille approche pourrait compromettre la certitude et la prévisibilité à l'égard des droits des tiers, et ainsi avoir un effet préjudiciable sur l'offre et le coût du crédit.

39. De l'avis qui a prévalu, toutefois, le projet de Convention devrait reconnaître l'autonomie des parties, qui comprenait la liberté de choisir la loi applicable à leurs droits et obligations réciproques, ainsi que celle de déroger à la convention ou de modifier l'effet de ses différentes dispositions. À l'appui de cet avis, on a fait valoir que l'autonomie des parties était un principe important qu'il convenait de respecter et qui faciliterait l'acceptabilité du projet de Convention. En outre, le choix de la loi des

parties à un contrat pourrait n'avoir d'incidence que sur leurs droits et obligations réciproques, et non sur ceux des tiers. Si le cédant et le cessionnaire choisissaient d'exclure l'application du projet de convention, le projet de convention pourrait néanmoins s'appliquer aux droits du débiteur et des tiers, si ses dispositions régissaient le contrat initial. On a fait observer que cette approche serait conforme au principe incorporé dans le projet de convention, à savoir que la cession ne devait pas modifier les droits et obligations du débiteur.

40. Au cours du débat, la question s'est posée de savoir si seules les parties à la cession devraient avoir le droit d'exclure l'application du projet de convention à leur relation, ou si ce droit serait aussi reconnu aux parties au contrat initial. Il a été indiqué que les cédants et les cessionnaires devraient avoir le droit de déterminer la loi applicable à leur relation. En outre, on a fait valoir que les débiteurs pourraient avoir intérêt à exclure l'application du projet de convention étant donné en particulier que, à la suite d'une cession internationale de créance nationale, leurs droits et obligations pourraient être soumis à un régime juridique dont les règles différaient de celles qui étaient applicables aux cessions nationales.

41. Après examen, le Groupe de travail a décidé que le projet de convention devrait établir le droit des parties à la cession et au contrat initial d'exclure l'application du projet de convention. S'agissant du caractère impératif ou non impératif des dispositions du projet de convention, le Groupe de travail a décidé que les parties à la cession devraient avoir la faculté de déroger aux dispositions du projet de convention qui concernaient leurs droits et obligations réciproques, ou de modifier l'effet de ces dispositions.

Article 2. Exclusions

42. Le texte de l'article 2 examiné par le Groupe de travail était libellé comme suit :

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

[*a)* effectuées à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

b) entre individus en tant que dons;

c) effectuées uniquement par endossement d'un effet de commerce ou remise d'un document au porteur;

d) effectuées en application de la loi;

e) se rattachant à la vente d'une entreprise commerciale d'où sont nées les créances cédées;

f) de créances dues par des individus;

g) de créances découlant de relations d'emploi;

h) de créances découlant d'un contrat lorsque le cessionnaire doit exécuter le contrat;

i) de créances découlant de contrats de réassurance;

j) de créances découlant de contrats de bail relatifs à des biens immobiliers et à des équipements;

k) de créances découlant de comptes de dépôt]."

Remarques générales

43. Le Groupe de travail a noté que, sur le fond et dans sa structure, le projet d'article 2 reflétait l'approche retenue par le Groupe de travail à sa session précédente selon laquelle le champ d'application du projet de convention devrait être défini en termes larges, quitte à incorporer dans le texte une liste de cessions, de créances et de parties à exclure du champ d'application du projet de convention. Cette approche était conforme à la décision prise par le Groupe de travail, à savoir que le projet de convention devrait être centré sur les cessions visant à obtenir un financement ou d'autres services connexes, mais que le projet de convention pourrait s'appliquer aussi à d'autres types de cession sans chercher à prendre en compte tous les types de cession, ce qui paraissait difficile, voire inutile (A/CN.9/432, par. 66). Il a également été noté que le libellé du projet d'article 2 était fondé sur des suggestions préliminaires faites lors de la session précédente du Groupe de travail (voir A/CN.9/432, par. 59, 63 et 65).

Alinéa a

44. Le Groupe de travail a estimé que sur le fond l'alinéa *a*, qui était calqué sur l'alinéa *a* de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après dénommée "Convention des Nations Unies sur les ventes"), était acceptable en général. On s'est largement accordé à reconnaître qu'il était approprié d'exclure du champ d'application du projet de convention les cessions effectuées à des fins personnelles, familiales ou domestiques.

45. S'agissant de savoir si les cessions de créances personnelles et familiales à des fins de financement devraient également être exclues, des avis divergents ont été exprimés. Selon un avis, une disposition additionnelle serait nécessaire pour exclure ces créances du champ d'application de la convention. On a fait valoir que, dans certaines juridictions, la cession de telles créances serait interdite par le droit impératif, que la Convention ne devrait pas tenter de supplanter.

46. Toutefois, l'opinion qui l'a emporté a été que la cession de créances personnelles et familiales à des fins de financement ne devrait être ni interdite par le projet de convention ni exclue de son champ d'application. Il a été dit que la cession de ces créances à des fins de financement était fréquemment utilisée dans la pratique et on s'est largement accordé à penser que le projet de convention devrait reconnaître et appuyer ces pratiques importantes (par exemple la titrisation des créances sur carte de crédit). À l'issue du débat, le Groupe de travail a adopté l'alinéa *a* sans modification.

Alinéa b

47. Le Groupe de travail est certes convenu que les "dons" devraient être exclus, mais diverses préoccupations ont été exprimées quant à la formulation exacte de l'alinéa *b*. On a craint que la notion de "don" à laquelle faisait référence l'alinéa *b* ne soit peu claire et ne risque de créer une incertitude dans la mesure où elle pourrait être interprétée différemment dans diverses juridictions. L'incertitude pourrait porter, en particulier, sur le fait de savoir s'il

fallait entendre par "don" seulement une opération à titre gracieux ou si le terme pouvait également couvrir d'autres types d'opération. On s'est généralement accordé à estimer que le libellé de l'alinéa *b* devrait être modifié pour indiquer plus clairement que les cessions faites à titre gracieux étaient exclues du champ d'application du projet de convention.

48. On s'est également inquiété que la référence aux "individus" figurant à l'alinéa *b* risquait de circonscrire de façon excessive le champ d'application de la disposition. En général, on s'est accordé à penser que toutes les cessions du type considéré à l'alinéa *b*, qu'elles aient été faites par les personnes physiques ou morales devraient être exclues du champ d'application de la convention. Il a été convenu que la référence aux individus devrait être supprimée de l'alinéa *b*.

49. À l'issue du débat, le Groupe de travail a adopté l'alinéa *b* quant au fond et a demandé au Secrétariat de préparer un projet révisé en tenant compte des préoccupations reflétées ci-dessus.

Alinéa c

50. Le Groupe de travail a estimé que sur le fond l'alinéa *c* était acceptable dans l'ensemble. On s'est globalement accordé à reconnaître que certains types d'instrument normalement transférés par simple endossement ou remise (par exemple lettres de change, billets à ordre ou chèques) devraient être exclus du champ d'application du projet de convention, car celui-ci ne devait pas entraver le fonctionnement des autres conventions internationales qui couvraient ordinairement ces instruments.

51. En ce qui concerne la formulation, toutefois, des préoccupations ont été exprimées tenant au fait que les notions d'"effet de commerce" et de "document au porteur" étaient insuffisamment précises et risquaient de se prêter à des interprétations divergentes. On a fait valoir, par exemple, qu'il pourrait y avoir une incertitude quant à savoir si une lettre de crédit stand-by pourrait être considérée comme un effet de commerce. Il a été suggéré de centrer l'alinéa *c* sur le mode de transfert, à savoir l'endossement ou la remise, plutôt que sur la forme de l'instrument et, en conséquence, d'en modifier le libellé comme suit : "uniquement par endossement ou remise d'un instrument". À l'issue du débat, le Groupe de travail a adopté l'alinéa *c* avec la modification de forme suggérée.

Alinéa d

52. La question de savoir si le projet de convention devrait s'appliquer aux cessions effectuées en application de la loi a suscité des avis divergents. Selon l'un d'eux, les cessions de cet ordre devraient être exclues du champ d'application du projet de convention car de telles cessions n'étaient pas habituellement utilisées à des fins de financement. On a toutefois noté que cette exclusion découlait déjà de la définition du terme "cession" donnée au paragraphe 1 de l'article 3, qui mentionnait le transfert par convention. Il a donc été avancé que l'alinéa *d* était superflu et devrait être supprimé.

53. Selon un avis contraire, les transferts de créances effectués en application de la loi devraient être visés par le projet de convention au même titre que les cessions contractuelles. On a donné comme exemple celui de cessions de créances quasi délictuelles résultant de contrats d'assurance, pratique dont on a dit qu'elle était particulièrement répandue. On a aussi estimé que les mécanismes juridiques du type subrogation, qui pourraient découler soit d'un contrat, soit de l'application de la loi, devraient être régis par le projet de convention. À cet égard toutefois, on a fait observer que la subrogation figurait expressément dans la définition du terme "cession" donnée au paragraphe 1 du projet d'article 3.

54. Selon l'opinion qui a prévalu, les cessions effectuées en application de la loi ne devraient être visées par le projet de convention que dans la mesure où elles pouvaient être utilisées à des fins de financement. On a dans l'ensemble pensé que seules les cessions, qui découlaient automatiquement de l'application de la loi, comme par exemple les cessions de créances dans le cadre d'un héritage, devraient être exclues du champ d'application du projet de convention. S'agissant du libellé de l'alinéa *d*, il a été proposé de le remanier comme suit : "effectuées automatiquement en application de la loi". À l'issue du débat, le Groupe de travail a invité le Secrétariat à préparer une version révisée de l'alinéa *d* en tenant compte du libellé qui avait été proposé.

Alinéa e

55. Dans l'ensemble, l'alinéa *e* a été jugé acceptable quant au fond. On a toutefois pensé qu'il conviendrait d'élargir la portée de cette disposition en ne tenant pas uniquement compte des cas où une entreprise était mise en vente, mais aussi des cas où le régime de propriété de l'entreprise pourrait être modifié, en cas de fusion par exemple. Le Groupe de travail a décidé que cette disposition ne devrait pas être axée sur la nature de l'opération ayant modifié le régime de propriété de l'entreprise, mais sur la cession considérée comme un élément accessoire de l'opération. À l'issue du débat, le Groupe de travail a invité le Secrétariat à préparer une version remaniée de l'alinéa *e* pour tenir compte de cette décision.

Alinéa f

56. Le Groupe de travail a décidé de supprimer l'alinéa *f*. De l'avis général, les cessions de créances par certains commerçants et consommateurs relevaient de pratiques importantes, la titrisation par exemple, qui ne devraient pas être exclues du champ d'application du projet de convention.

Alinéa g

57. Des avis divergents ont été exprimés quant au maintien ou à la suppression de l'alinéa *g*. Pour justifier le maintien de cet alinéa, on a fait valoir que la cession de salaires était normalement interdite ou limitée par la loi nationale afin de protéger les employés. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, l'alinéa *g* devrait être supprimé. On a généralement pensé que le droit des employés d'obtenir des facilités de crédit sur la base de leur salaire devrait être sauvegardé,

au moins lorsque ces cessions de salaires n'étaient pas interdites par la loi nationale. Il a aussi été reconnu que le maintien de l'alinéa *g* risquerait d'exclure du champ d'application du projet de convention des pratiques importantes, comme par exemple celle du financement d'emplois temporaires. Bien que le projet d'article 10 ait inévitablement pour conséquence d'exclure les cessions interdites par la loi du champ d'application du projet de convention, le Groupe de travail a décidé de supprimer l'alinéa *g* et d'examiner cette question dans le contexte du projet d'article 10.

Alinéa h

58. Le Groupe de travail a estimé que l'alinéa *h* était dans l'ensemble acceptable quant au fond. On a généralement pensé que les cessions de créances découlant d'un contrat lorsque le cessionnaire doit exécuter le contrat ne constituaient pas des opérations de financement et devraient donc être exclues du champ d'application du projet de convention. S'agissant du libellé exact de l'alinéa *h*, il a été suggéré de faire référence aux cas où le transfert s'applique non seulement au droit de recevoir un paiement, mais aussi à l'obligation d'exécuter le contrat à l'origine de la créance. À l'issue du débat, le Groupe de travail a invité le Secrétariat à remanier le libellé de l'alinéa *h* pour tenir compte de la suggestion susmentionnée.

Alinéas i *et* j

59. Le Groupe de travail a décidé de supprimer les alinéas *i* et *j*. De l'avis général, la cession de primes d'assurance, de même que la cession de créances, découlant de contrats de bail, constituaient des pratiques financières importantes qui devraient être visées par le projet de convention.

Alinéa k

60. Des avis divergents ont été exprimés quant au maintien ou à la suppression de l'alinéa *k*. À l'appui du maintien de cet alinéa, on a fait observer que la cession de créances découlant de comptes de dépôt soulevait des questions complexes qui seraient peut-être difficiles à résoudre, et notamment les questions ci-après : la banque où un compte de dépôt a été ouvert serait-elle dans l'obligation de payer le cessionnaire ? La créance compensatoire d'une banque l'emporterait-elle sur la créance d'un cessionnaire ? Enfin, quel serait l'effet de la cession du solde d'un compte de dépôt à la banque où ce compte a été ouvert ?

61. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, l'alinéa *k* devrait être supprimé. On a généralement pensé que la cession de créances découlant de comptes de dépôt ne serait en tout état de cause pas visée par le projet de convention étant donné que cette opération serait normalement interdite par la loi nationale. À l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer l'alinéa *k*.

Article 3. Définitions

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

"Aux fins de la présente Convention :

1. Le terme "cession" désigne le (...) transfert par convention [écrite] [d'une ou plusieurs] créances [existantes ou futures] [ou d'intérêts partiels et indivis sur des créances,] d'une ou plusieurs parties ("le cédant") à une autre partie ou d'autres parties ("le cessionnaire"), par vente, à titre de garantie d'exécution d'une obligation, ou par tout autre moyen (...) [, y compris la subrogation, la novation ou le nantissement].

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

3. Le terme "créance" désigne tout droit du cédant ou d'une autre partie ou d'autres parties d'obtenir ou de demander le paiement d'une somme d'argent d'une autre partie ou d'autres parties (...).

4. Le terme "contrat initial" désigne un contrat d'où naît une créance. [Une créance "naît" [lorsque le contrat initial est conclu] [lorsqu'elle devient exigible] [lorsqu'elle découle de l'exécution d'une obligation] [lorsqu'elle peut être exercée]].

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

6. Le terme "écrit" désigne toute forme de communication préservant un enregistrement complet de l'information qui y est contenue et permettant l'authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou par une procédure convenue par l'expéditeur et le destinataire de la communication.

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

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

Paragraphe 1 ("Cession")

63. Le Groupe de travail a approuvé dans l'ensemble le paragraphe 1 quant au fond. Il a ensuite examiné le libellé entre crochets, ainsi que la formulation du paragraphe.

"[*écrites*]"

64. Certains ont douté qu'il soit approprié de faire de la forme écrite un élément de la définition de la "cession". Il a été proposé que la question de la forme de la cession ne soit traitée que dans le contexte du projet d'article 7. Il a été rappelé que le fait de mentionner la forme écrite dans la définition de la cession ou de ne la mentionner que dans une disposition de fond établissant certaines conditions de forme, risquerait d'avoir des conséquences juridiques différentes sur le régime juridique des cessions purement verbales en vertu du projet de convention.

65. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer la référence aux cessions "écrites" figurant au paragraphe 1, car il ne semblait pas nécessaire d'écarter les

cessions verbales du champ d'application du projet de convention. Il a été convenu que de telles cessions devraient être soit reconnues soit invalidées par le projet de convention, question qui serait examinée dans le contexte du projet d'article 7.

"[d'une ou plusieurs] créances [existantes ou futures]"

66. Le Groupe de travail est convenu que la cession de créances uniques, ainsi que la cession de groupes de créances, existantes ou futures, devraient être régies par le projet de convention. Pour ce qui est de la forme, il a été avancé que le résultat serait sans doute le même si l'on supprimait les mots "une ou plusieurs". Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a décidé de conserver la référence aux "créances existantes ou futures" en supprimant les crochets.

"[d'intérêts partiels et indivis sur des créances]"

67. Le Groupe de travail a décidé de conserver entre crochets la référence aux intérêts partiels et indivis. Il a été noté que de telles créances étaient souvent cédées dans le contexte d'opérations importantes, telles que des opérations de titrisation, de participation à des prêts et de consortiums de prêts.

"d'une ou plusieurs parties"

68. Il a été convenu que le projet de convention devrait traiter des cas où le financement émane de plusieurs sources (par exemple, consortiums de prêts et participations à des prêts). Pour ce qui est de la forme, il a été avancé que le terme "une partie" suffirait, car cette référence serait interprétée comme pouvant désigner plusieurs parties. Il a été noté que le texte serait sans doute plus clair si le projet de convention incluait une règle d'interprétation indiquant que "le singulier inclut le pluriel". Le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait traiter des cas où intervenaient une ou plusieurs parties et a prié le Secrétariat de tenir compte de cette décision dans une version révisée du paragraphe 1 en se fondant sur les avis exprimés.

"par vente, à titre de garantie"

69. Il a été noté que la référence à la "vente" ne serait peut-être pas appropriée, car il s'agissait d'une référence non seulement au mode de cession, mais aussi à son objet.

"[y compris la subrogation, la novation ou le nantissement]"

70. Il a été souligné une nouvelle fois que le projet de convention devrait établir un nouveau type de cession que pourraient utiliser les parties aux opérations commerciales internationales désireuses d'opter pour l'application du projet de convention à leurs relations. Ainsi, il a été proposé de supprimer la référence à d'autres techniques de transfert de créances. Cet avis n'a toujours pas reçu un appui suffisant. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé d'englober la cession et les pratiques connexes, sous réserve du droit des parties d'exclure l'application du projet de convention pour ce qui est de leurs droits et obligations mutuels (voir par. 41 ci-dessus). Le Groupe de travail a décidé de conserver la référence aux pratiques liées à la cession et de supprimer les crochets.

Paragraphe 2 ("Financement par cession de créances")

71. Le Groupe de travail a noté que le "financement par cession de créances" était mentionné dans le titre, dans le préambule et dans le projet d'article 12-3. Il a été convenu dans l'ensemble que la définition du financement par cession de créances était utile, car elle précisait les types de pratiques que régirait la Convention, et qu'elle devrait donc être conservée. Durant le débat, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur la nécessité de veiller, dans le projet d'article 5, à ce que tout conflit potentiel entre le projet de convention et la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (Ottawa, 1988; ci-après dénommée la "Convention sur l'affacturage") soit réglé de manière appropriée. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver sans la modifier la définition du financement par cession de créances.

Paragraphe 3 ("Créance")

72. Il a été noté que la définition du terme "créance" englobait une large gamme de créances : les créances contractuelles (qu'elles découlent ou non de l'exécution d'une obligation) et les créances non contractuelles; les dommages-intérêts de toute nature; les créances payables dans toutes les monnaies; les créances au sens strict ("le droit de demander") et le produit des créances ("le droit d'obtenir").

73. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir si la cession de créances non contractuelles devrait être régie par le projet de convention. Selon un avis, il ne faudrait pas les inclure. À l'appui de cet avis, différents arguments ont été avancés, notamment les suivants : les créances quasi délictuelles étaient source de nombreuses incertitudes et, de ce fait, leur cession ne constituait pas une pratique financière suffisamment importante; la cession de créances quasi délictuelles posait un certain nombre de questions complexes (par exemple, la définition d'une créance quasi délictuelle future, le moment du transfert et la loi applicable); et, en incluant les créances quasi délictuelles, on risquerait de rendre le projet de convention moins acceptable aux États.

74. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, les créances non contractuelles devraient être incluses au motif que d'importantes pratiques de financement supposaient la cession de créances quasi délictuelles (par exemple, la cession de créances d'assurance); et que, si on limitait le champ d'application aux créances contractuelles, il faudrait établir une distinction entre les créances contractuelles et les créances non contractuelles, notions qui n'étaient pas comprises de la même manière dans les différents pays. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de conserver la définition large du terme "créance", de manière à ce qu'elle couvre les créances contractuelles et non contractuelles.

75. Le Groupe de travail a ensuite traité de la question de savoir si la notion de "créance" devrait être limitée aux créances monétaires ou élargie aux autres créances non monétaires (par exemple, le droit de recevoir des métaux précieux, des titres, des biens ou des produits de base).

76. Selon un avis, la définition devrait être élargie aux métaux précieux et aux titres. Il a été noté que le prêt de métaux précieux ou de titres (dans le cadre duquel l'emprunteur devait rembourser en nature ou en espèces l'or ou les titres empruntés) constituait une pratique importante que le projet de convention devrait reconnaître. Selon un autre avis, la définition devrait être élargie encore plus, afin d'englober, par exemple, le droit de recevoir des biens ou des produits de base. À ce propos, on a noté qu'il faudrait faire preuve de prudence, car une telle approche pourrait être par trop ambitieuse et rendre le projet de convention moins acceptable aux États. Dans le même esprit, il a été noté que les produits de base étaient échangés sur des marchés organisés, qui étaient soumis à des règles spéciales et ne devraient donc pas être régis par le projet de convention.

77. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la définition du terme "créance" et a prié le Secrétariat d'établir un projet révisé de paragraphe 3, présentant des variantes tenant compte des avis et suggestions susmentionnés. (Cette question est également traitée au paragraphe 137 ci-après.)

Paragraphe 4 ("Contrat initial")

Première phrase

78. Il a été noté que, dans son libellé actuel, le paragraphe 4 ne précisait pas suffisamment que la créance découlait du contrat initial, en tant qu'actif appartenant au cédant.Il a donc été proposé que le contrat initial soit défini par référence aux parties audit contrat (c'est-à-dire le cédant et le débiteur). Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté la première phrase du paragraphe 4.

Deuxième phrase

79. La règle d'interprétation traitant du moment où naît une créance a reçu un large appui au sein du Groupe de travail. Il a été jugé, dans l'ensemble, que la détermination de ce moment était importante, car il y était fait mention dans la définition des "créances futures", et dans plusieurs articles traitant du moment où une créance cédée était transférée (voir, par exemple, les projets d'articles 8, 9, 23 et 24). Dans ce contexte, il a été noté que le moment où une créance serait réputée naître pourrait être différent selon qu'il s'agissait d'une créance contractuelle ou non contractuelle.

80. Le Groupe de travail a examiné d'abord la question du moment où naissait une créance contractuelle. Selon un avis, la créance devrait être considérée comme naissant au moment où elle devenait payable. On a objecté qu'en retardant le moment de la naissance d'une créance on pourrait nuire à l'offre de crédit. Selon un autre avis, une créance devrait être considérée comme naissant au moment où le contrat initial était conclu. Il a été noté qu'une telle approche serait moins incertaine et plus prévisible, car, à ce moment, l'identité du créancier et du débiteur, la source juridique de la créance et son montant seraient connus. Cette opinion a reçu un large appui, mais il a été noté qu'il faudrait peut-être ajouter une référence au moment où le contrat initial devient exécutoire. Après un débat, le Groupe de travail a décidé qu'une créance contractuelle devrait être considérée comme naissant au moment où le contrat initial était conclu.

81. Le Groupe de travail a ensuite procédé à un échange de vues sur la question du moment où naissait une créance non contractuelle. Selon un avis, une créance quasi délictuelle naissait au moment où le débiteur et la source juridique de la créance pouvaient être identifiés. On a objecté qu'une telle approche serait source d'incertitudes quant au moment où naissait une telle créance. Il a été noté que ce moment était important, car, par exemple, une créance quasi délictuelle, après confirmation par décision d'un tribunal, pourrait être transformée en une créance contractuelle qui, en vertu des règles de droit international privé, serait soumise à une loi différente. Selon un autre avis, une créance quasi délictuelle naissait au moment où elle était convenue par les parties ou confirmée par décision d'un tribunal. Il a été noté qu'une telle approche réduirait les incertitudes et permettrait d'éviter de soulever des problèmes de conflit de lois.

82. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un projet de disposition traitant du moment où naissait une créance non contractuelle, comportant des variantes tenant compte des différents avis exprimés lors du débat.

Paragraphe 5 ("Créance future")

83. Le Groupe de travail a décidé que la définition du terme "créance future" devrait être examinée dans le cadre du débat sur le projet d'article 8-2 traitant du moment du transfert des créances futures (voir par. 109 à 114 ci-dessous).

Paragraphe 6 ("Écrit")

84. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 6 sans modification.

Paragraphes 7 et 8 ("Notification" et "Priorité")

85. Le Groupe de travail a décidé de n'examiner les paragraphes 7 et 8 qu'après avoir achevé son examen des projets d'articles 15 et 22 à 24 (voir, respectivement, les paragraphes 167 et 244).

Article 4. Protection du débiteur

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

> "1. Une cession ne produit pas d'effet sur l'obligation qu'a le débiteur de payer, si ce n'est qu'au moment de la réception de la notification de la cession le débiteur est habilité, sous réserve des dispositions de l'article 16, à effectuer un paiement libératoire au cessionnaire.
>
> 2. Une cession ne porte pas atteinte aux droits du débiteur à l'encontre du cédant découlant de la non-exécution par le cédant du contrat initial."

Paragraphe 1

"Une cession ne produit pas d'effet sur l'obligation qu'a le débiteur de payer..."

87. Il a été rappelé que le paragraphe 1 exprimait le principe fondamental selon lequel la cession ne doit pas modifier la situation juridique du débiteur, principe incorporé également dans les projets d'articles 16 et 17, qui ont reçu un large appui lors de la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/432, par. 89 et 244). Plusieurs avis ont été émis quant à la manière d'exprimer ce principe dans le projet de convention. Selon un avis, le principe fondamental relatif à l'exécution par le débiteur de son obligation de payer était suffisamment traité dans le projet d'article 16. Il a donc été proposé de supprimer le paragraphe 1. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, une disposition générale énonçant expressément le principe selon lequel la cession ne doit pas modifier la situation juridique du débiteur était nécessaire dans la première partie du projet de convention. En outre, il a été jugé, dans l'ensemble, que le principe énoncé au paragraphe 1 était d'une portée plus large que les projets d'articles 16 et 17, qui ne traitaient que de certains aspects de la situation juridique du débiteur. Après un débat, le Groupe de travail a réaffirmé sa décision selon laquelle il faudrait inclure dans le projet d'article 4 une déclaration d'ordre général. Il a été convenu dans l'ensemble que ce principe devrait être énoncé de manière large, par exemple de la manière suivante : "Une cession ne produit pas d'effet sur la situation juridique du débiteur."

"... si ce n'est qu'au moment de la réception de la notification de la cession, le débiteur est habilité, sous réserve des dispositions de l'article 16, à effectuer un paiement libératoire au cessionnaire."

88. Pour ce qui est de la structure du paragraphe 1, on a estimé qu'il n'était pas approprié de combiner dans la même disposition une déclaration de principe générale, à savoir que la cession ne doit pas avoir d'effet sur l'obligation de paiement du débiteur, et une règle pratique ne concernant que l'effet de la notification sur l'exécution par le débiteur de son obligation de paiement. Il a été déclaré que cette dernière règle devrait plutôt être énoncée dans le contexte du projet d'article 16, de même que les autres règles relatives à l'effet de la notification d'une cession sur l'exécution par le débiteur de son obligation de paiement. En outre, tel qu'il était actuellement rédigé, le paragraphe 1 risquerait d'être interprété comme réglant tous les problèmes que pourrait susciter l'interaction entre le principe général qu'il énonçait et les autres dispositions du projet de convention.

89. Il a été noté que la question des incidences possibles du projet de convention sur la situation juridique du débiteur devrait sans doute être réexaminée, non seulement dans le cadre du projet d'article 16, mais aussi pour ce qui est des projets d'articles 10, 17 et 18. Aussi a-t-il été proposé de supprimer les mots "si ce n'est qu'au moment de la réception de notification de la cession, le débiteur est habilité, sous réserve des dispositions de l'article 16, à effectuer un paiement libératoire au cessionnaire". Il a également été proposé que, si la référence au projet d'article 16 était conservée, on envisage d'ajouter dans le projet d'article 4 des références à l'effet d'autres dispositions du projet de convention sur la situation juridique du débiteur. Selon une autre proposition encore, il ne devrait y avoir qu'une exception au principe général énoncé au paragraphe 1, à savoir le cas où le débiteur acceptait une modification de sa situation juridique du fait de la cession.

90. Selon l'avis qui a prévalu, puisque le projet d'article 16 constituait la seule exception qu'il était prévu de faire dans le projet de convention au principe général selon lequel une cession ne produisait pas d'effet sur la situation juridique du débiteur, le projet d'article 4 ne devrait faire référence qu'à ce projet d'article 16. Les conflits éventuels entre le principe énoncé dans le projet d'article 4 et d'autres dispositions du projet de convention, par exemple les projets d'articles 17 et 18, devraient être sans doute traités lors de l'examen de ces projets d'articles. Il a été convenu que, si d'autres conflits ne pouvaient être évités, on rouvrirait éventuellement le débat sur le projet d'article 4.

91. Pour ce qui est, en substance, de l'exception énoncée au paragraphe 1, il a été jugé que les mots "le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire au cessionnaire" n'étaient pas appropriés, car ils risqueraient d'être interprétés comme autorisant le débiteur, après notification de la cession, à payer néanmoins le cédant et à être libéré de son obligation. Il a été déclaré que, sous réserve des dispositions du projet d'article 16-3, la notification de la cession devrait contraindre le débiteur à payer le cessionnaire. Toutefois, pour ce qui est de la manière dont cette obligation pourrait être exprimée, il a été jugé que la règle énoncée au paragraphe 1 devrait être rédigée de manière à ce que l'on ne puisse interpréter la notification de la cession comme créant, en soi, une obligation de payer. Il a été rappelé que, comme suite à une décision prise par le Groupe de travail à sa session précédente, l'orientation du projet d'article 16 avait été modifiée, passant de l'obligation de paiement du débiteur à la libération du débiteur (A/CN.9/432, par. 181). Du fait de cette décision, l'obligation de paiement du débiteur ne devrait pas être considérée comme relevant du projet de convention, mais plutôt du contrat initial et de la loi applicable audit contrat. Il a donc été proposé que cette disposition soit modifiée et énonce l'obligation positive qu'a le débiteur de payer le cessionnaire, sous réserve du contrat initial et de la loi applicable audit contrat.

92. La modification suggérée a été jugée dans l'ensemble acceptable, mais il a été proposé que l'exception énoncée au paragraphe 1 indique également qu'après notification le débiteur doit se conformer aux instructions de paiement figurant dans ladite modification. Par exemple, lorsque la notification spécifiait que le paiement devait être versé, non au cessionnaire mais à un tiers ou au cédant, le débiteur devrait être libéré de son obligation en payant la partie ainsi désignée. Il a été rappelé qu'en vertu du projet d'article 16-3 le débiteur devait s'acquitter de son obligation en payant le cédant, si cela lui était demandé dans la notification.

93. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de modifier comme suit le paragraphe 1 : "Une cession ne produit pas d'effet sur la situation juridique du débiteur, si

ce n'est que, sur réception de la notification de la cession, le débiteur, sous réserve du contrat initial, le cas échéant, s'acquitte de son obligation en payant le cessionnaire ou en payant conformément aux instructions figurant dans la notification." Pour ce qui est de la forme, il a été proposé de remplacer les mots "s'acquitte de son obligation" par les mots "ne peut s'acquitter de son obligation qu'", de manière que l'on n'ait pas l'impression que la notification d'une cession créait en soi une obligation de payer.

Paragraphe 2

94. Le Groupe de travail est convenu, dans l'ensemble, que le paragraphe 2 ne constituait qu'une illustration du principe énoncé au paragraphe 1 et était de ce fait superflu. Après un débat, il a décidé de le supprimer.

Remarques générales

95. À la fin du débat sur le projet d'article 4, il a été rappelé que la décision prise par le Groupe de travail d'établir le droit qu'avaient les parties à la cession de modifier des dispositions du projet de convention (voir par. 41 ci-dessus) devrait être limitée aux droits et obligations mutuels desdites parties. Ainsi, le cédant et le cessionnaire ne devraient pas être autorisés à ignorer le principe énoncé dans le projet d'article 4, qui devrait être considéré comme impératif.

Article 5. Obligations internationales de l'État contractant

96. Le texte du projet d'article 5 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 et le débiteur aient leur établissement dans des États parties à cet accord."

"La présente Convention ne prévaut pas sur un accord international déjà conclu ou à conclure"

97. Il a été jugé que la référence générale à "un accord international" ne précisait peut-être pas avec suffisamment de clarté quels accords prévaudraient sur le projet de convention dans un État contractant donné. Il a été déclaré qu'il serait essentiel pour les parties à une opération de financement par cession de créances de savoir avec certitude quels textes internationaux prévaudraient sur le projet de convention, de l'avis d'un État contractant donné. Il a donc été proposé que le projet d'article 5 comporte une disposition aux termes de laquelle les États contractants auraient la possibilité d'indiquer dans une déclaration quels instruments prévaudraient sur le projet de convention. Toutefois, il a été jugé qu'un système fondé sur les déclarations faites par les États dans le contexte du processus de ratification risquerait de susciter des incertitudes quant aux effets de ces déclarations, notamment pour ce qui est des accords internationaux qui pourraient être conclus après qu'une telle déclaration aurait été faite.

"qui contient des dispositions concernant les matières régies par la présente Convention"

98. Il a été rappelé que le projet d'article 5 avait été inclus dans le projet de convention afin d'éviter d'éventuels conflits avec d'autres instruments internationaux tels que la Convention sur l'affacturage. Il a toutefois été noté qu'une disposition du type de l'article 5 pourrait certes être appropriée si le projet de convention traitait de questions de droit international privé, mais que le projet d'article 5 tel qu'il était actuellement libellé ne réglait pas la question des conflits négatifs (par exemple, lorsqu'un autre instrument international comportait une disposition parallèle au projet d'article 5) et que, de ce fait, ni l'instrument ni le projet de convention ne s'appliqueraient. Il a donc été proposé d'ajouter au texte du projet d'article 5 un libellé aux termes duquel, lorsqu'un accord international comporterait une clause similaire à celle énoncée actuellement dans le projet d'article 5, le projet de convention prévaudrait. Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir une version révisée du projet d'article 5 tenant compte des suggestions ci-dessus.

"à condition que le cédant et le débiteur aient leur établissement dans des États parties à cet accord"

99. Le Groupe de travail a étudié si le projet d'article 5 devrait être aligné sur le paragraphe 1 *a* du projet d'article 1er pour ce qui est de savoir quelle partie devait avoir son établissement dans un État partie à un accord international qui prévaudrait sur le projet de convention. Selon un avis, puisque les dispositions du projet de convention relatives au conflit de lois traitaient également de la relation entre le cédant et le débiteur, les trois parties, c'est-à-dire le cédant, le cessionnaire et le débiteur, devraient avoir leur établissement dans un État partie à l'accord international qui prévaudrait sur le projet de convention. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, cette réserve devrait être supprimée. Il a été jugé, dans l'ensemble, que la question de savoir quelles parties devaient être situées dans un État partie à l'accord international devant prévaloir son projet de convention serait régie par référence à la loi applicable en dehors du projet de convention.

Article 6. Principes d'interprétation

100. Le texte du projet d'article 6 examiné par le Groupe de travail était libellé comme suit :

> "1. Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application, ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.
>
> 2. Les questions concernant les matières régies par la présente Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé."

101. Le Groupe de travail a estimé que le projet d'article 6 était dans l'ensemble, quant au fond, acceptable.

Chapitre II. Forme et teneur de la cession

Article 7. Forme de la cession

102. Le texte du projet d'article 7 examiné par le Groupe de travail était libellé comme suit :

"*Variante A*

Une cession n'a pas à être effectuée ou attestée par écrit et ne fait l'objet d'aucune autre condition de forme. Elle peut être prouvée par tous les moyens, y compris par témoins.

Variante B

Une cession sous une forme autre que la forme écrite ne produit pas ses effets [à l'égard de tiers]. [Si la cession est à un moment donné effectuée ou attestée par écrit, elle produit ses effets à compter de ce moment.]"

103. Un accueil favorable a été fait à la fois à la variante A et à la variante B. En faveur de la variante A, il a été déclaré que le droit du cessionnaire sur les créances cédées ne devait être subordonné à aucune formalité. Il a également été déclaré que le fait de n'assujettir la cession à aucune condition de forme serait conforme à l'absence de conditions de forme particulières dans la plupart des législations nationales pour ce qui concerne le contrat initial entre le débiteur et le cédant, ainsi que le contrat de financement sous-jacent entre le cédant et le cessionnaire. Il a été déclaré en outre que la variante A était la seule approche acceptable au regard de la législation nationale d'un certain nombre de pays où l'imposition de conditions de forme précises pour les opérations de cession serait considérée comme contraire aux principes généraux du droit des obligations.

104. Selon l'avis qui a prévalu, la variante B était quant au fond préférable à la variante A. Il a été rappelé que, eu égard à la définition large du terme "écrit" qui a été adoptée au paragraphe 6 du projet d'article 3 (voir par. 84 ci-dessus), la variante B aurait simplement pour effet d'invalider les cessions purement verbales. Bien que l'on ait cité l'exemple de pratiques dans lesquelles certaines cessions transfrontières pourraient être conclues par téléphone sans être par la suite mises par écrit, on a généralement estimé que même ces pratiques informelles nécessiteraient la conclusion d'un accord écrit pour définir les conditions générales dans lesquelles seraient effectuées les différentes opérations de cession. Dans la mesure où de telles pratiques seraient valables en vertu de la variante B, la condition de forme énoncée au projet d'article 7 préserverait à la forme de la cession le niveau de souplesse voulu.

105. S'agissant de la question de savoir si des cessions purement verbales devraient être sans effet envers toutes les parties ou uniquement envers les tiers, on a généralement pensé que le projet d'article 7 devrait contenir une interdiction générale des cessions purement verbales. Il a été déclaré qu'une telle interdiction générale, conforme à la législation en vigueur dans certains pays, était particulièrement nécessaire en raison de la décision prise par le Groupe de travail d'élargir le champ d'application du projet de convention aux cessions internationales de créances nationales. Il a également été indiqué qu'une distinction entre les parties à la cession (c'est-à-dire le cédant et le cessionnaire) et les tiers (c'est-à-dire le débiteur) dans une disposition qui traite de la forme de la cession était sans intérêt sur le plan pratique et pourrait créer une situation inutilement complexe. À l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "à l'égard de tiers".

106. S'agissant de la seconde phrase de la variante B ("[Si la cession est à un moment donné effectuée ou attestée par écrit, elle produit ses effets à compter de ce moment.]"), on a fait valoir que cette disposition était nécessaire pour préciser que, lorsqu'une cession purement verbale produit un effet après qu'elle a été mise par écrit, la cession ne devient effective qu'au moment où elle est mise par écrit. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, les questions visées par la seconde phrase devraient être du ressort de la loi applicable en dehors du projet de convention. À l'issue d'un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer la seconde phrase de la variante B.

Article 8. Moment du transfert des créances

107. Le texte du projet d'article 8 examiné par le Groupe de travail était libellé comme suit :

"1. Une créance naissant avec le moment de la cession est transférée au moment de la cession.

2. Sans préjudice des droits des créanciers du cédant, une créance future est transférée directement au cessionnaire [lorsqu'elle est cédée] [lorsqu'elle naît] [lorsqu'elle est exigible] [lorsqu'elle est obtenue du fait de l'exécution d'une obligation], sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle cession."

Paragraphe 1

108. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 1 énonçait une règle évidente, qui avait été incluse dans le texte pour qu'il soit plus complet, et l'a adopté sans changement.

Définition de l'expression "créance future"

109. Avant d'aborder l'examen du paragraphe 2, le Groupe de travail s'est penché sur la définition de l'expression "créance future", qui avait été laissée pour délibération ultérieure lors de l'examen du projet d'article 3 (voir par. 83 ci-dessus).

110. On a craint que, dans sa formulation actuelle, la définition de l'expression "créance future" ne soit trop large et ne s'applique à toute la gamme des créances futures, y compris aux créances conditionnelles et purement hypothétiques. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé de limiter quelque peu les types de créances futures qui seraient couvertes par le projet de convention.

111. S'agissant de la manière précise dont ce résultat pourrait être obtenu, un certain nombre de propositions ont été avancées. L'une consistait à prévoir un délai ou à exiger que le débiteur soit identifié au moment de la cession. On

a fait observer que cette deuxième exigence résoudrait le problème de l'incertitude quant à l'application du projet de convention à la cession de créances futures, étant donné que l'identité à la fois du cédant et du débiteur serait connue au moment de la cession et que, par conséquent, l'internationalité d'une créance future pourrait être déterminée à ce moment en vertu du paragraphe 2 de l'article premier (voir par. 29 et 30 ci-dessus).

112. Une autre proposition visait à limiter les créances futures visées par le projet de convention à celles qui, au moment où elles sont nées, pouvaient être identifiées comme des créances cédées. En conséquence, la définition de l'expression "créances futures" devrait être modifiée de la manière suivante : "Créance future désigne une créance qui peut naître après la conclusion de la cession, à condition de pouvoir être identifiée au moment où elle est née comme une créance à laquelle la cession s'applique." Bien que le principe selon lequel les créances futures devraient être identifiées comme des créances auxquelles la cession s'applique ait bénéficié d'un large appui, il a été fait objection à cette suggestion en faisant valoir que l'identification des créances futures devrait être l'une des conditions de la validité de leur transfert, et non un élément de leur définition, et que, par ailleurs, le moment auquel les créances futures devraient être définies comme des créances auxquelles la cession s'applique devrait être le moment de la cession et non le moment auquel les créances sont nées. L'identification des créances au moment de la cession, a-t-on fait observer, serait peut-être utile à des fins de preuve et serait conforme à la pratique actuelle.

113. Au cours du débat, on a fait valoir que, si l'article 8 traitait de la question du moment du transfert des créances et de la question de savoir si le contrat initial de cession était suffisant, aucune disposition du projet de convention ne porte sur la question plus fondamentale de la validité de la cession des créances futures. Il a donc été suggéré d'inclure dans le texte une disposition relative à la validité de la cession des créances futures. À l'appui de cette suggestion, on a fait observer que d'importantes pratiques de financement se heurtaient à l'incertitude rencontrée dans de nombreux systèmes juridiques quant à la validité de la cession des créances futures. On a fait valoir que la possibilité d'obtenir des crédits sur la base de créances pourrait être améliorée si le principe de la validité de la cession de créances futures était énoncé dans le projet de convention.

114. À l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé de maintenir inchangée la définition du terme "créance future" et a invité le Secrétariat à élaborer une disposition sur la validité du transfert des créances futures en tenant compte des vues qui avaient été exprimées.

Paragraphe 2

"Sans préjudice des droits des créanciers du cédant"

115. Il a été relevé que l'insertion de ce membre de phrase au début du paragraphe 2 faisait suite à une décision prise par le Groupe de travail à sa session précédente selon laquelle, si le transfert devrait prendre effet au même moment pour toutes les parties, il ne devrait pas être porté atteinte aux droits des tiers (A/CN.9/432, par. 111). Le Groupe de travail a décidé de maintenir ce membre de phrase au début du paragraphe 2.

"directement"

116. Il a été noté que le terme "directement" visait à répondre à la question de savoir si les créances futures étaient acquises par le cessionnaire directement, car il s'agissait là d'une question importante lorsque le cédant devenait insolvable après la cession mais avant la naissance des créances. Selon un point de vue largement partagé, si le Groupe de travail décidait de fixer le moment du transfert de créances futures au moment de leur cession, la question ne se poserait pas, et le terme "directement" serait superflu.

[lorsqu'elle est cédée] [lorsqu'elle naît] [lorsqu'elle est exigible] [lorsqu'elle est obtenue du fait de l'exécution d'une obligation]

117. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé, à la session en cours, que les créances contractuelles devraient être considérées comme naissant au moment de la conclusion du contrat initial (voir par. 80 ci-dessus). Vu cette décision, la deuxième variante ("lorsqu'elle naît") aurait pour effet que la créance future serait transférée au moment où le contrat initial serait conclu (c'est-à-dire, compte tenu de la définition des créances futures, après la cession).

118. Des points de vue divergents ont été exprimés quant au moment auquel une créance contractuelle future qui est cédée devrait être considérée comme ayant été transférée. Selon un point de vue, les créances contractuelles futures ne pourraient être transférées que lorsqu'elles naissent au sens où elles deviennent exigibles. À l'appui de ce point de vue, on a fait observer qu'un avoir non existant ne pouvait pas être transféré. Selon un autre point de vue, les créances contractuelles futures devraient être considérées comme étant transférées à la date du contrat initial. On a fait observer que cette formule ne porterait pas atteinte aux droits du cessionnaire, étant donné que, dans la pratique, l'offre de crédit était formulée au moment de la conclusion effective d'une opération d'où pourraient découler des créances.

119. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, les créances contractuelles futures devraient être considérées comme étant transférées au moment de la cession. On a indiqué que, si la cession n'avait pas un effet immédiat, un élément d'incertitude s'attacherait aux droits relatifs du cessionnaire et des autres parties (par exemple d'autres cessionnaires ou créanciers du cédant). Par conséquent, la capacité du cédant d'obtenir un crédit sur la base de ses créances futures se trouverait sérieusement compromise. S'agissant du fait que les créances futures constituaient des avoirs "non existants", on a fait observer que cette caractéristique ne diminuait pas leur importance comme source de crédit bon marché. Il a été fait référence aux pratiques financières actuelles en matière de cessions nationales ou de créances nationales et à la possibilité qu'en fixant le moment du transfert des créances futures au moment de la cession on augmenterait la valeur des créances futures comme source de crédit et on donnerait accès à de nouvelles sources de crédit plus abondantes sur les marchés internationaux.

120. Au cours du débat, on a fait valoir que le transfert de créances futures quasi délictuelles devrait être considéré comme intervenant à un moment distinct, c'est-à-dire lorsqu'une créance future quasi délictuelle devient exigible. Faute de disposer de suffisamment de temps, le Groupe de travail a renvoyé cette question à une session ultérieure.

121. À l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé qu'il conviendrait de remanier le paragraphe 2 afin d'indiquer que les créances contractuelles futures seraient considérées comme transférées au moment où la cession intervenait.

"sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle cession"

122. Compte tenu de la décision prise par le Groupe de travail au sujet du moment du transfert des créances contractuelles futures, on a fait valoir que la référence à la nécessité d'une nouvelle cession était superflue et devrait être supprimée. On a toutefois fait observer que cette référence était utile dans la mesure où elle traitait de la question de savoir si une nouvelle formalité devait être satisfaite chaque fois qu'une créance future est née ou si le contrat initial de cession suffisait. À l'issue du débat, le Groupe de travail a invité le Secrétariat à réviser la fin du paragraphe 2 afin de le faire correspondre à l'interprétation du Groupe de travail selon laquelle une créance contractuelle future est née au moment de la cession, sans qu'il y ait lieu d'avoir un nouveau document de cession pour traiter de cette créance.

Observations générales

123. À l'issue du débat, on a fait remarquer que, pour que le projet d'article 8 s'applique à un lien de cession, il suffirait que le cédant se trouve dans un État contractant. En exigeant que le cessionnaire ou le débiteur se trouvent dans un État contractant, on limiterait inutilement l'application de cet article et on pourrait priver ces parties de possibilités de crédit plus avantageuses. En outre, cette exigence entraverait un certain nombre d'opérations financières importantes qui font intervenir une multiplicité de cessionnaires ou de débiteurs (par exemple, crédits consortiaux et cessions globales), qui ne seraient peut-être pas tous dans un État contractant.

Article 9. Cessions globales

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

"Sans préjudice des droits des créanciers du cédant, les créances futures qui ne sont pas identifiées individuellement sont transférées, si elles peuvent être identifiées comme étant les créances faisant l'objet de la cession, soit au moment convenu par le cédant et le cessionnaire, soit, en l'absence d'une telle convention, lorsque les créances naissent."

125. Le Groupe de travail a jugé qu'en substance le projet d'article 9 était globalement acceptable. Il a été jugé, dans l'ensemble, que le projet de convention devrait s'appliquer aux cessions globales et aux cessions de créances uniques, et devrait, dans tous les cas, s'appliquer de la même manière aux créances existantes et aux créances futures. Afin d'accélérer le processus de prêt et de réduire le coût de l'opération pour le prêteur, coût qui serait transféré au cédant, il fallait établir un cadre juridique permettant de réduire la documentation requise à l'appui d'un prêt fondé sur un groupe de créances. Si le projet de convention ne comportait pas le libellé du projet d'article 9 et si le cédant devait remplir de nouveaux documents à chaque fois que naissait une nouvelle créance régie par le projet de convention, le coût de l'administration d'un programme de prêt augmenterait considérablement, et les délais requis pour obtenir des documents de cession dûment remplis et pour examiner lesdits documents retarderaient le processus de prêt au détriment du cédant.

126. Pour ce qui est de la formulation précise du projet d'article 9, il a été proposé d'ajouter une disposition supplémentaire établissant expressément la validité des cessions globales, question qui ne serait pas aisément réglée dans tous les systèmes juridiques. Il a également été proposé de supprimer la référence aux créances "futures", étant donné le caractère général du principe sous-tendant le projet d'article 9, qui ne devrait pas être interprété comme signifiant que les créances futures et existantes devraient être traitées différemment pour ce qui est de la validité des cessions globales. Selon une autre proposition, les mots "soit au moment convenu par le cédant et le cessionnaire, soit, en l'absence d'une telle convention, lorsque les créances naissent" étaient superflus, vu la décision prise à propos du projet d'article 8 quant au moment du transfert des créances contractuelles, qui s'appliquerait de la même manière aux cessions individuelles et aux cessions globales. Selon une autre proposition encore, les mots "sont transférées" devraient être remplacés par les mots "sont cédées", dans un souci de conformité avec le libellé utilisé au projet d'article 8. Après un débat, le Groupe de travail a adopté quant au fond le projet d'article 9 et prié le Secrétariat d'établir un projet révisé tenant compte des suggestions ci-dessus.

Remarque générale

127. À la fin du débat sur le projet d'article 9, il a été avancé que, pour que le projet d'article 9 s'applique, seul le cédant devait être situé dans un État contractant. En exigeant que tous les cessionnaires ou débiteurs participant à de telles cessions soient situés dans des États contractants, on limiterait fortement le champ d'application du projet de convention.

Article 10. Conventions interdisant la cession

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

"1. Une créance est transférée au cessionnaire nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur interdisant la cession.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur toute obligation ou responsabilité du cédant

envers le débiteur du chef d'une cession effectuée en violation d'une convention interdisant la cession, mais le cessionnaire n'est pas responsable envers le débiteur du chef d'une telle violation."

Paragraphe 1

129. Il a été rappelé que le projet d'article 10 visait les interdictions contractuelles mais non légales de la cession. Il avait pour objet d'éviter toute incertitude quant à la validité d'une cession effectuée en violation d'une clause de non-cession, tout en garantissant que le débiteur pourrait recouvrer auprès du cédant tout préjudice subi du fait de la cession. Toutefois, ce recours ne pourrait être invoqué contre le cessionnaire, car, sinon, la cession pourrait être privée de toute valeur. Le Groupe de travail a estimé que la validité d'une cession effectuée en violation d'une clause de non-cession était dans l'ensemble acceptable, quoique, en vertu de certaines lois nationales, une telle cession serait considérée comme non valable, alors que, dans d'autres lois nationales, les clauses de non-cession seraient considérées comme non valables. Il a été déclaré qu'une telle approche faciliterait le financement par cession de créances, car les clauses de non-cession étaient source d'incertitudes quant à la validité de la cession, ce qui entraînait une augmentation du coût du crédit.

130. On a été d'avis qu'il faudrait peut-être élargir la référence aux clauses de non-cession dans le paragraphe 1 pour qu'elle s'applique non seulement aux cas où une clause contractuelle interdirait la cession d'une créance, mais aussi aux cas où une telle clause limiterait d'une manière ou d'une autre la cessibilité de la créance. Il a donc été proposé de remplacer les mots "interdisant la cession" par les mots "limitant la cession d'une manière ou d'une autre". À l'issue du débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1, compte tenu de la proposition ci-dessus.

Paragraphe 2

131. À propos de la responsabilité du cessionnaire à l'égard du débiteur en cas de violation d'une clause de non-cession convenue entre le cédant et le débiteur — responsabilité qui était exclue par les mots "mais le cessionnaire n'est pas responsable envers le débiteur du chef d'une telle violation" —, des avis différents ont été exprimés. Selon un de ces avis, si le cessionnaire était dégagé de toute responsabilité envers le débiteur, celui-ci pourrait avoir à payer le cessionnaire, tout en étant dans l'incapacité de recouvrer auprès du cédant le préjudice qu'il aurait subi du fait de la cession. Pareille situation pourrait se produire, par exemple si le cédant était dans l'intervalle devenu insolvable. En outre, une telle approche serait incompatible avec celle qui est suivie dans un certain nombre de systèmes juridiques nationaux, en particulier dans les cas où le cessionnaire a agi par négligence ou de mauvaise foi.

132. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, si on étendait au cessionnaire la responsabilité du cédant du chef de la violation d'une clause de non-cession, on réduirait l'offre de crédit à bon marché, car les cessionnaires devraient examiner un grand nombre de contrats pour vérifier s'ils contiennent de telles clauses. En outre, il a été déclaré que le paragraphe 2, dans la mesure où il ne privait pas le débiteur de ses moyens de recours contre le cédant, ne modifiait pas sa situation juridique et était donc conforme au principe relatif à la protection du débiteur énoncé dans le projet d'article 4, de même que dans d'autres dispositions du projet de convention (par exemple, le projet d'article 16).

133. Il a été proposé d'ajouter au projet d'article 10 une disposition tendant à ce que les clauses de non-cession soient frappées de nullité dans le projet de convention ou, au moins, que le débiteur ne soit pas autorisé à invoquer la violation d'une clause de non-cession comme motif juridique pour mettre fin au contrat initial. On a fait valoir que la validité des clauses de non-cession aurait pour effet d'augmenter le coût du crédit, en particulier dans le cas des cessions globales, car les cessionnaires auraient probablement à examiner un grand nombre de contrats pour s'assurer qu'ils ne contiennent pas de clauses de non-cession. De l'avis qui a prévalu, malgré un certain appui apporté à la proposition, le projet de convention ne devrait pas empiéter sur la relation entre le débiteur et le cédant, ni sur la loi applicable, en dehors du projet de convention, à la validité des clauses de non-cession. En outre, on a généralement estimé que la proposition réduirait l'acceptabilité du projet de convention et soulèverait des difficultés, par exemple lorsqu'il s'agirait de savoir si la violation d'une clause de non-cession doit être considérée comme une contravention fondamentale au contrat. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 sans changement.

Observations générales

134. À l'issue de l'examen du projet d'article 10, on a rappelé que la décision prise par le Groupe de travail de donner aux parties à la cession le droit de modifier les différentes dispositions du projet de convention (voir par. 41 ci-dessus) devrait être limitée à leurs droits et obligations réciproques. Le cédant et le cessionnaire ne seraient donc pas autorisés à déroger au principe énoncé dans le projet d'article 10, qui devrait être considéré comme impératif. On a aussi été d'avis que, pour que le projet d'article 10 s'applique, le débiteur devait se trouver dans un État contractant.

Interdictions non contractuelles de cession

135. La question s'est posée de savoir s'il conviendrait d'inclure dans le projet de convention des dispositions analogues à celles du projet d'article 10 pour traiter des interdictions non contractuelles de cession. On a été d'avis que le projet de convention devrait aussi admettre la validité des cessions faites en violation d'interdictions non contractuelles de cession, par exemple dans les cas où la cession était interdite par la loi. On a fait valoir que, si un État contractant décidait de ratifier le projet de convention, cet État serait présumé adhérer aux objectifs fondamentaux du projet de convention, qui étaient d'augmenter l'offre de crédit à des conditions avantageuses.

136. De l'avis qui a prévalu, toutefois, il serait fâcheux de chercher, dans le projet de convention, à outrepasser les règles de droit existantes, qui étaient souvent considérées comme impératives dans les lois nationales, eu égard en particulier à la non-cessibilité de certains types de créances

non contractuelles. On a généralement estimé qu'une telle tentative risquerait de compromettre l'acceptabilité du projet de convention. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que les interdictions non contractuelles de cession ne devraient pas être traitées dans le projet de convention.

Cession de créances non monétaires

137. Dans le cadre du débat sur les clauses interdisant la cession, le Groupe de travail est revenu sur la question, examinée au titre du paragraphe 3 de l'article 3, de savoir si le projet de convention devrait porter uniquement sur les créances monétaires ou aussi sur les créances non monétaires (voir par. 75 à 77 ci-dessus) . Selon un avis, la validité des cessions effectuées en violation d'une clause de non-cession pourrait soulever des difficultés particulières dans le cas de certains types de créances non monétaires. Par exemple, dans le cas d'un contrat initial qui porterait sur l'octroi d'une licence de propriété intellectuelle, ce contrat contiendrait normalement une série de clauses destinées à protéger le caractère confidentiel de la propriété intellectuelle et les secrets commerciaux qui pourraient s'y attacher. Il a été convenu, dans l'ensemble, que le projet de convention ne devrait pas ébranler les cadres contractuels qui visaient à interdire la cession de la propriété intellectuelle. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que la cession des créances non monétaires serait exclue du champ d'application du projet de convention (voir par. 77 ci-dessus).

Article 11. Transfert de sûretés

138. Le texte du projet d'article 11 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Sauf disposition contraire d'une loi ou sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, les sûretés [personnelles ou patrimoniales] garantissant les créances cédées sont transférées au cessionnaire sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire.

2. Le paragraphe 1 du présent article n'a d'incidence sur aucune obligation relative à l'enregistrement des sûretés."

139. Il a été noté que le projet d'article 11 énonçait le principe du transfert automatique des sûretés, sauf disposition légale ou contractuelle contraire, principe qui avait reçu un large appui lors de sessions précédentes du Groupe de travail (A/CN.9/420, par. 74 et A/CN.9/432, par. 130).

Paragraphe 1

140. Le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 1 devrait englober à la fois les sûretés personnelles (par exemple les garanties) et les sûretés réelles (par exemple les nantissements ou hypothèques) et que toute interdiction légale du transfert de ces droits devrait être en général respectée. Pour ce qui est des interdictions contractuelles, il a été jugé, dans l'ensemble, qu'il faudrait les respecter, si le cédant et le cessionnaire en convenaient. Il a été noté que l'approche retenue au paragraphe 1, autorisant le cédant et le cessionnaire à convenir que ces sûretés ne seraient pas transférées avec les créances cédées, était appropriée, car le cessionnaire pourrait ne pas souhaiter accepter les obligations liées à ces sûretés (telles que entretien, imposition et assurance des biens immobiliers hypothéqués).

141. Pour ce qui est des interdictions contractuelles du transfert des sûretés convenues entre le cédant et le débiteur, des avis divergents ont été exprimés. Selon un avis, de telles interdictions contractuelles devraient être respectées, afin de préserver l'autonomie des parties. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, ces interdictions contractuelles devraient être traitées de la même manière que les interdictions contractuelles concernant la cession de créances. On a cité le cas d'une titrisation dans laquelle les créances étaient cédées entre le créancier initial et une société créée à cette fin, dont les seuls éléments d'actifs étaient les créances cédées. Dans ce cas, a-t-on fait remarquer, ce n'était pas la créance qui avait une valeur, mais plutôt la garantie donnée par le propriétaire de la société. On a fait observer que, si le débiteur était autorisé à exclure la transférabilité de cette garantie, les créances n'auraient de fait plus de valeur comme base de financement, ce qui serait contraire au principe qui sous-tend le projet d'article 10.

142. S'il a été jugé acceptable en principe de traiter des interdictions contractuelles du transfert de sûretés conformément au projet d'article 10, diverses préoccupations ont été exprimées quant aux incidences de cette approche sur certains tiers.

143. Selon un avis, cette approche risquerait d'imposer au garant l'obligation de payer le cessionnaire, au lieu du cédant en faveur duquel le garant s'était engagé à payer en premier lieu. Il a été déclaré qu'une telle approche limiterait l'autonomie des parties à la relation de garanties et ferait ainsi obstacle à la pratique établie. En outre, il a été avancé qu'il faudrait établir une distinction entre les garanties accessoires et les garanties indépendantes. Si les garanties décrites comme accessoires seraient normalement transférées automatiquement avec l'obligation principale (c'est-à-dire la créance cédée), les garanties indépendantes (ou les lettres de crédit stand-by) seraient déclarées non liées à la créance ou à la relation de cession et ne devraient donc pas être transférées automatiquement au cessionnaire.

144. Il a été jugé, dans l'ensemble, que l'indépendance de l'engagement du garant/émetteur, tel que décrit dans la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, ne devrait pas être compromise. Toutefois, il a été convenu que cela serait possible sans limiter la transférabilité des garanties entre le cédant et le cessionnaire. Du point de vue pratique, il a été noté que le garant/émetteur devrait pouvoir payer le cédant, alors que le cessionnaire aurait le droit de demander le produit de ce paiement. Il a été souligné que le Groupe de travail devrait peut-être étudier les conséquences d'une telle règle dans le contexte de l'insolvabilité du cédant.

145. On a également avancé qu'il ne serait pas approprié d'autoriser le transfert automatique des sûretés réelles garantissant les créances cédées lorsque ces sûretés supposaient la possession du bien grevé (par exemple, le nantissement). On a donné l'exemple d'une cession internationale de créances nationales, dans laquelle les biens grevés pourraient être transférés dans un pays étranger, ce qui serait particulièrement peu souhaitable.

146. Après un débat, le Groupe de travail a décidé que les conventions entre le cédant et le débiteur limitant la transférabilité des droits, personnels ou réels, garantissant les créances cédées devraient être traitées selon l'approche retenue dans le projet d'article 10. En outre, il a décidé que la transférabilité de ces sûretés entre le cédant et le cessionnaire ne devrait pas porter atteinte au droit du garant/émetteur d'un engagement indépendant ou du propriétaire d'un bien assorti d'une sûreté supposant la possession dudit bien. Cela étant entendu, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond et a prié le Secrétariat de présenter un texte, à l'endroit approprié du projet de convention, tenant compte de cette conclusion.

Paragraphe 2

147. Le paragraphe 2 a été jugé, dans l'ensemble, acceptable, mais il a été proposé d'en élargir le champ d'application, afin qu'il englobe, outre l'enregistrement, les conditions de forme. Il a été noté que la question de savoir si la forme requise pour le transfert d'une sûreté aurait une incidence sur la forme de la cession elle-même devrait sans doute également être traitée, soit dans le contexte du paragraphe 2, soit dans celui du projet d'article 7. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 quant au fond et a prié le Secrétariat d'en établir une version révisée, compte tenu des suggestions faites.

Chapitre III. Droits, obligations et exceptions

Article 12. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire

148. Le texte du projet d'article 12 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"[1. [Sous réserve des dispositions de la présente Convention,] les droits et obligations du cédant et du cessionnaire découlant de leur convention sont déterminés par les termes et conditions de ladite convention, y compris toutes règles, toutes conditions générales ou tous usages qui y sont mentionnés.]

2. Le cédant et le cessionnaire sont liés par les usages auxquels ils ont consenti et, sauf convention contraire, par les habitudes qui se sont établies entre eux.

3. Sauf convention contraire, le cédant et le cessionnaire sont réputés s'être tacitement référés pour la cession à tout usage dont ils avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties aux opérations de financement des créances."

Paragraphe 1

149. Il a été noté qu'aux termes du paragraphe 1, en cas de conflit entre le projet de convention et la Convention conclue entre le cédant et le cessionnaire, le projet de convention prévaudrait. Il a également été noté que cela ne limiterait pas l'autonomie du cédant et du cessionnaire, étant donné que, à l'exception de celles qui traitent de la forme de la cession, les dispositions du projet de convention visant les droits du cédant et du cessionnaire (projets d'articles 11, 12-2 et 3, 13 et 14-1) pouvaient être modifiées d'un commun accord. On a fait valoir que la référence aux usages qui figure au paragraphe 1 était superflue et devrait être supprimée, étant donné que les usages faisaient l'objet des paragraphes 2 et 3. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1.

Paragraphe 2

150. Il a été noté qu'en vertu du paragraphe 2, qui s'inspire du paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, les usages commerciaux en général étaient soumis à l'accord des parties, tandis que les habitudes établies entre les parties les liaient, à moins qu'elles ne soient modifiées. Selon un avis, la modification apportée au paragraphe 2 à la disposition correspondante de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les ventes (à savoir l'inclusion de l'expression "sauf convention contraire") était justifiée. Il a été précisé que, contrairement à la hiérarchie des règles juridiques prévue par la Convention des Nations Unies sur les ventes, dans laquelle le contrat entre les parties l'emportait sur la Convention (article 6), le projet de convention à l'étude l'emportait sur la convention entre les parties (projet d'article 12-1). En revanche, on a fait valoir que cette modification était inutile, étant donné que le projet d'article 12-1 n'avait pas un caractère impératif. Tout en reconnaissant que cette question devrait peut-être être réexaminée lors d'une session ultérieure, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 sans le modifier.

Paragraphe 3

151. Le paragraphe 3, qui s'inspirait du paragraphe 2 de l'article 9-2 de la Convention des Nations Unies sur les ventes, a été jugé généralement acceptable dans son principe. Toutefois, un certain nombre de préoccupations ont été exprimées quant à sa formulation exacte. L'une portait sur la référence aux "opérations de financement des créances" en général, qui pouvait, sans qu'on le veuille, entraîner l'application par exemple d'usages liés à l'affacturage à une opération de titrisation notamment. Afin d'éviter cela, il a été suggéré de faire référence aux pratiques "pertinentes" de financement par cession de créances. Une autre préoccupation tenait au fait que, dans son libellé actuel, le paragraphe 3 risquait d'avoir l'effet non voulu de subordonner la cession nationale de créances internationales à des usages internationaux. On a fait valoir que la disposition figurant au paragraphe 3, selon laquelle seuls les usages internationaux dont les parties avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance seraient applicables, pourrait répondre à cette inquiétude. Selon l'avis qui a prévalu toutefois, même si les usages internationaux étaient connus des parties à une cession nationale, ils ne devraient pas s'appliquer à cette cession. Il a donc été suggéré de limiter le champ d'application du paragraphe 3 aux cessions internationales. À l'issue du débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 quant au fond et a invité le Secrétariat à préparer un projet révisé en tenant compte des suggestions qui avaient été formulées.

Article 13. Garanties du cédant

152. Le texte du projet d'article 13 examiné par le Groupe de travail était libellé comme suit :

"1. Sauf convention contraire, (...) du cédant et du cessionnaire, le cédant assure qu'il est, au moment de la cession, ou sera ultérieurement le créancier [, et que le débiteur ne peut invoquer, au moment de la cession, des exceptions *ou des compensations* qui pourraient [priver les créances cédées de leur valeur] *[faire obstacle, en totalité ou en partie, au droit du cessionnaire de demander le paiement]*].

2. Sauf convention contraire (...) du cédant et du cessionnaire, le cédant n'assure pas que le débiteur *effectuera le paiement* (...)."

Paragraphe 1

153. Une large mesure d'accord s'est fait jour au sein du Groupe de travail quant à l'intention générale qui sous-tendait le projet d'article 13, à savoir que, au moment où le cessionnaire décidait d'acquérir une créance ou d'accorder un crédit sur la base de cette créance, il était important que le cessionnaire dispose de moyens suffisants pour évaluer la valeur de cette créance. Selon un avis qui a été exprimé, il faudrait peut-être exprimer plus clairement cette intention au paragraphe 1 en énumérant les divers éléments qui permettraient au cessionnaire de donner une valeur à une créance déterminée. À cette fin, il a été suggéré que le cessionnaire avait besoin que le cédant lui assure, au moment de la cession, qu'il était propriétaire de la créance, qu'il avait le droit de transférer cette créance, qu'il n'avait pas préalablement cédé cette créance à un autre cessionnaire, et enfin que le débiteur ne pouvait pas invoquer des exceptions ou des compensations autres que celles spécifiées dans la cession. À l'appui de l'inclusion des garanties proposées dans le texte du paragraphe 1, on a fait valoir que, si ces garanties n'étaient pas expressément citées, le cessionnaire pourrait avoir à assumer le coût nécessaire pour déterminer l'existence de certains ou de la totalité des éléments susmentionnés, ce qui augmenterait le coût global du crédit. Des doutes ont toutefois été exprimés quant à la manière dont les divers éléments pourraient être énumérés sous forme de liste exhaustive, comme cela avait été suggéré. On a estimé qu'il serait peut-être préférable d'opter pour un libellé plus général et non exhaustif (par exemple sous forme de référence générale à l'"existence" de la créance), ce qui engloberait aussi les divers éléments de la liste proposée.

154. À l'issue du débat, le Groupe de travail, tout en notant que certains des éléments de la liste susmentionnée étaient déjà visés par le projet d'article 13, est convenu d'inclure au paragraphe 1 une liste sur le modèle qui a été suggéré. Il a été proposé d'assortir la garantie quant à l'absence d'une cession antérieure d'une garantie quant à l'absence de cessions ultérieures. Bien que cette proposition ait été appuyée, on a fait observer que cette garantie supplémentaire n'était pas courante dans la pratique, sauf dans le contexte des "accords de subordination", c'est-à-dire des accords conclus entre plusieurs cessionnaires pour régler les conflits de priorité. On a également fait valoir que le projet de convention serait peut-être appelé à répondre à des situations exceptionnelles dans lesquelles des cessions doubles seraient imaginables. Le Groupe de travail a reconnu que la question devrait être examinée plus avant lors d'une session ultérieure, et il a décidé que le libellé proposé devrait être placé entre crochets dans un projet révisé qui serait élaboré par le Secrétariat.

155. Le Groupe de travail a ensuite examiné la nature des garanties du cédant. En particulier, une question a été soulevée quant aux sanctions qui pourraient être appliquées en cas de manquement aux garanties du cédant. De l'avis général, les conséquences d'un tel manquement à une garantie devraient être considérées dans le contexte du contrat de financement initial conclu entre le cédant et le cessionnaire, qui ne devrait pas être modifié par le projet de convention. En outre, on a pensé qu'il serait peut-être difficile de parvenir à un accord quant à l'étendue de la responsabilité ou à la mesure du préjudice subi en cas d'un tel manquement à la garantie. À l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé que le projet d'article 13 ne devrait pas contenir de disposition générale sur la question du manquement à la garantie.

156. Différentes opinions ont été exprimées sur la question de savoir si les exceptions ou les compensations visées au paragraphe 1 devraient être qualifiées d'exceptions "qui pourraient priver les créances cédées de leur valeur" ou d'exceptions "qui pourraient faire obstacle, en totalité ou en partie, aux droits du cessionnaire de demander le paiement". Selon l'une d'elles, une simple référence aux "exceptions" risquait d'être trop générale et de créer des incertitudes quant au champ d'application du projet d'article 13. On a fait valoir, par exemple, que l'on ne verrait pas clairement si un paiement différé pourrait être considéré comme une "exception" en vertu du projet d'article 13. Dans le but de préciser que la référence aux "exceptions" dans le projet d'article 13 n'était pas destinée à s'appliquer aux cas où le paiement était simplement différé, il a été suggéré d'adopter le libellé "des exceptions qui pourraient faire obstacle, en totalité ou en partie, aux droits du cessionnaire de demander le paiement". On s'est opposé à cette suggestion en faisant valoir que, pour calculer la valeur des créances, le moment du paiement risquait d'être aussi décisif que la possibilité d'obtenir le paiement.

157. Selon un autre point de vue, la référence aux "exceptions" devrait peut-être être nuancée afin de préciser qu'en vertu du projet d'article 13 le cédant ne devrait pas être considéré comme donnant l'assurance que le contrat initial ne contenait aucune clause de non-cession. À l'appui de ce point de vue, on a fait observer que, dans la pratique, le cessionnaire serait ou devrait souvent être au courant de l'existence de clauses de non-cession dans le contrat initial. Dans ce cas, le résultat involontaire du projet d'article 13 pourrait être de donner, par exemple au cessionnaire, le droit de demander au cédant réparation du préjudice subi ou de résilier le contrat de financement en invoquant le fait que le cédant ne lui avait pas fourni de garantie quant à l'absence d'une clause de non-cession, ce qu'en fait le cessionnaire savait ou aurait dû savoir. Dans ce contexte, il a été proposé de ne traiter au paragraphe 1 que des exceptions ou des compensations "dont le cessionnaire n'a pas connaissance".

158. Le Groupe de travail s'est en général accordé à reconnaître que le paragraphe 1 ne visait pas à imposer au cédant l'obligation spécifique de fournir la garantie que le contrat initial ne contenait pas une clause de non-cession. Pour l'essentiel, la question des clauses de non-cession faisait l'objet du projet d'article 10-2 pour ce qui était des relations contractuelles entre le débiteur et le cédant, et du projet d'article 17-3 pour ce qui était des liens entre le cessionnaire et le débiteur. Aux termes de ces deux articles, la responsabilité d'un manquement à une clause de non-cession incombait au cédant. Toutefois, lorsque le contrat initial contenait une clause de non-cession, un manquement à cette clause ne compromettait pas le droit du cessionnaire d'obtenir le paiement, étant donné que ce paiement serait dû par le débiteur au cessionnaire en vertu du paragraphe 3 de l'article 17, et cela en dépit de la clause de non-cession. Le Groupe de travail a estimé, dans son ensemble, que même si cette interprétation erronée du paragraphe 1 en ce qui concerne les clauses de non-cession était implicitement exclue par les dispositions des projets d'articles 10-2 et 17-3, il y aurait peut-être lieu d'adopter un libellé plus explicite pour le paragraphe 1.

159. S'agissant des restrictions aux exceptions ou aux compensations prévues par le paragraphe 1, le maintien du membre de phrase "faire obstacle, en totalité ou en partie, au droit du cessionnaire de demander le paiement" a été appuyé. Selon l'avis qui a prévalu, toutefois, les garanties du cédant devraient être interprétées de la manière la plus large possible. S'agissant de la proposition selon laquelle le paragraphe 1 devrait se référer uniquement aux exceptions ou aux compensations "dont le cessionnaire n'a pas connaissance", on a généralement pensé que, pour des raisons pratiques, l'application du projet d'article 13 ne devrait pas être fondée sur la détermination de faits effectivement ou supposément connus du cessionnaire, ce qui pourrait être une source d'incertitude. À l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé de ne pas restreindre la référence aux exceptions ou compensations.

160. Une question a été soulevée quant à l'application du paragraphe 1 aux créances futures. Selon un point de vue, si cette disposition s'appliquait aux créances futures, il pourrait être excessivement difficile pour le cédant de fournir la garantie que des exceptions ou des compensations ne pourront pas être invoquées par la suite au titre de créances qui n'existaient pas au moment de la cession. On a généralement pensé, toutefois, qu'à titre de règle supplétive l'attribution des risques pour des exceptions inconnues que pourrait invoquer le débiteur en vertu du paragraphe 1 était raisonnable, étant donné que le cédant pouvait veiller à la bonne exécution du contrat initial et éviter d'amener le débiteur à invoquer des exceptions et que, en tout état de cause, le cédant était mieux placé pour savoir si le débiteur pouvait invoquer des exceptions. Dans ce contexte, on a rappelé que, lors d'une session précédente du Groupe de travail, il avait été indiqué que la solution retenue au paragraphe 1 était particulièrement utile, par exemple dans le cas des contrats de vente de marchandises comportant des éléments de service et d'entretien. Il avait été noté que, si le vendeur-cédant laissait les marchandises se détériorer, cela donnerait lieu, de la part du débiteur, à des exceptions auxquelles le cessionnaire ne pourrait en rien s'opposer (A/CN.9/432, par. 150).

Paragraphe 2

161. Le Groupe de travail a estimé que le paragraphe 2 quant au fond était dans l'ensemble acceptable. S'agissant de la rédaction, on a fait valoir que les mots "le débiteur effectuera le paiement" pourraient être interprétés à tort comme mettant l'accent sur la validité de l'instrument qui a donné naissance à la créance cédée. Il a été suggéré d'indiquer plus clairement au paragraphe 2 que l'accent était mis sur la solvabilité du débiteur, qui était l'élément principal pour évaluer le risque du crédit associé à la cession. Il a donc été proposé de remplacer les mots "le débiteur effectuera le paiement" par "le débiteur a les moyens financiers d'effectuer le paiement". À l'issue du débat, le Groupe de travail a adopté le libellé proposé pour le paragraphe 2.

Article 14. Droit du cessionnaire d'aviser le débiteur et de demander le paiement

162. Le texte du projet d'article 14 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "1. Sauf convention contraire du cédant et du cessionnaire, le cessionnaire est habilité à donner au débiteur notification de la cession et à demander le paiement des créances cédées.
>
> 2. Si le cessionnaire donne notification de la cession au débiteur en violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire interdisant ou limitant la notification, la notification produit ses effets, mais le cessionnaire peut être responsable envers le cédant de la rupture du contrat."

Paragraphe 1

163. Le Groupe de travail a jugé que le paragraphe 1 était globalement acceptable quant au fond. Il a été demandé si le cessionnaire devrait simplement être "habilité" à donner au débiteur notification de la cession et à demander le paiement, ou si la disposition énoncée au paragraphe 1 devrait prendre la forme d'une obligation d'aviser. Il a été déclaré qu'en énonçant une obligation en la matière on contribuerait peut-être à clarifier les droits et obligations du débiteur. Il a été toutefois jugé, dans l'ensemble, que, si les droits et obligations du débiteur devraient sans doute être spécifiés (par exemple dans les projets d'articles 4 et 16) dans les cas où le cédant ou le cessionnaire avaient choisi d'aviser le débiteur de la cession, le projet de convention ne devrait pas énoncer une obligation d'aviser le débiteur de la cession et ne devrait même pas être interprété comme encourageant le cessionnaire à agir de la sorte. Il a été également jugé, dans l'ensemble, que le projet de convention ne devrait pas porter atteinte à l'intérêt légitime que pourrait avoir le cédant à ne pas divulguer la cession, si ce n'est dans la mesure nécessaire pour préserver le droit du cessionnaire d'obtenir paiement auprès du débiteur. Il a été rappelé que, dans de nombreux cas pratiques, soit le débiteur ne serait pas avisé de la cession, et le cédant recevrait paiement au nom du cessionnaire, soit la notification de la cession serait impossible, par exemple dans le cas des cessions globales de créances futures.

164. Diverses suggestions ont été faites quant à la forme : la règle générale énoncée au paragraphe 1 *a* de l'article 15 devrait peut-être être énoncée avant le projet d'article 14 ou être insérée au paragraphe 1; et il faudrait peut-être ajouter les mots "au moment où elles deviennent exigibles" à la fin du paragraphe 1. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond. Le Secrétariat a été prié d'envisager, lorsqu'il élaborerait une version révisée du projet de convention, de placer le paragraphe 1 après l'article 15, ou de combiner les dispositions de l'article 15-1 et de l'article 14-1.

Paragraphe 2

165. Le Groupe de travail a jugé que le paragraphe 2 était acceptable dans l'ensemble. Pour ce qui est de son libellé exact, il a été noté que, si le titre du projet d'article 14 comme le texte du paragraphe 1 faisaient référence en même temps au droit d'aviser le débiteur de la cession et au droit de demander paiement, le paragraphe 2 ne se référait qu'au droit d'aviser. Il a été convenu, dans l'ensemble, que le paragraphe 2 ne devrait pas être interprété comme limitant le droit du cessionnaire de demander paiement au débiteur dans les cas où la notification de la cession avait été effectuée en violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire. Sous réserve de cette notification, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2.

Article 15. Notification au débiteur

166. Le texte du projet d'article 15 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. La notification de la cession :

a) est donnée par écrit au débiteur par le cédant ou le cessionnaire; et

b) identifie raisonnablement les créances cédées et la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement.

2. La notification de la cession peut porter sur des créances nées après la notification."

Définition de la "notification"

167. Avant d'examiner le texte du projet d'article 15, le Groupe de travail a examiné la définition de la "notification d'une cession" figurant dans le projet d'article 3-7 et qu'il avait été prévu d'examiner ultérieurement (voir par. 85 ci-dessus). Le Groupe de travail est convenu que le projet d'article 3-7, selon lequel la notification de la cession désigne "une déclaration informant le débiteur qu'une cession a été effectuée", était un élément essentiel du régime juridique des notifications en vertu du projet de convention. Pour ce qui est de la forme, il a été avancé qu'il faudrait peut-être combiner en une seule disposition les projets d'articles 3-7 et 15. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il était approprié de séparer le régime juridique des notifications en, d'une part, une brève définition figurant dans le projet d'article 3-7 et, d'autre part, des règles plus détaillées énoncées au projet d'article 15. Après un débat, le Groupe de travail a adopté sans modification le texte du projet d'article 3-7.

Paragraphe 1

Premiers mots et alinéa a

168. Le Groupe de travail a jugé, dans l'ensemble, acceptables, quant au fond, les premiers mots et l'alinéa *a* du paragraphe 1.

Alinéa b

169. Si l'alinéa *b* a été jugé, dans l'ensemble, acceptable quant au fond, diverses suggestions ont été faites quant à son libellé exact. Selon un avis, il faudrait ajouter au texte de l'alinéa *b* un libellé aux termes duquel le cédant ou le cessionnaire, lorsqu'ils aviseraient le débiteur de la cession, seraient tenus de fournir au débiteur une preuve appropriée de la cession. Il a été déclaré que, si le projet d'article 16-7 n'imposait une telle obligation au cessionnaire que "si le débiteur le demandait", la production d'une preuve appropriée de la cession devrait constituer une condition générale de la validité de la notification. Le libellé proposé, a-t-on indiqué, réduirait les incertitudes dans le processus de cession. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, on alourdirait à l'excès le processus en établissant une telle condition générale de validité.

170. Selon un autre avis, la référence à "la personne à laquelle" le débiteur est tenu d'effectuer le paiement devrait sans doute être complétée par une référence à "l'adresse" à laquelle le débiteur pourrait être tenu d'effectuer le paiement en vertu de la notification. Il a été jugé, dans l'ensemble, qu'une telle modification était nécessaire, vu que, de plus en plus souvent, les instructions de paiement désignaient, par exemple, des comptes bancaires ou des boîtes postales, plutôt qu'une personne donnée.

171. Pour ce qui est de la modification des instructions de paiement par le biais de la notification de la cession, diverses préoccupations ont été exprimées. Selon un avis, le texte de l'alinéa *b* ne précisait pas suffisamment clairement que, s'il reconnaissait la validité des instructions de paiement figurant dans la notification, il n'avait pas pour objet d'influer sur certaines caractéristiques légales de l'obligation de paiement — pouvant découler du contrat initial et être soumises aux règles applicables audit contrat en dehors du projet de convention —, sur le point de savoir si le paiement était dû à l'adresse du bénéficiaire ou s'il devait être recouvré par ce dernier. Il a été avancé qu'il faudrait peut-être modifier l'alinéa *b*, afin d'indiquer que la notification ne devait pas porter atteinte au caractère juridique de l'obligation de paiement. Selon un autre avis, le fait de reconnaître la validité de l'instruction de paiement figurant dans la notification pourrait avoir des incidences négatives sur la situation du débiteur. Afin de limiter ces effets négatifs possibles pour le débiteur, il a été proposé d'insérer dans le texte de l'alinéa *b* un libellé indiquant que la personne à laquelle ou à l'adresse de laquelle le débiteur pouvait être tenu de payer en vertu de la notification devait être située dans le même pays que le débiteur ou le cédant. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé l'alinéa *b* quant au fond et a prié le Secrétariat d'ajouter au texte de cet alinéa, ou dans le projet d'article 4, un libellé tenant compte des préoccupations exprimées.

Paragraphe 2

172. Le principe énoncé au paragraphe 2, selon lequel la notification peut porter sur des créances futures, a reçu un large appui. Pour ce qui est de la question de savoir si la validité de la notification de la cession de créances futures devrait être limitée dans le temps, des avis divergents ont été exprimés.

173. Selon un avis, aucun délai n'était acceptable pour ce qui est de la validité de la notification en vertu du projet de convention. Il a été déclaré que les limitations éventuelles de la validité d'une notification devraient être traitées dans le contexte du contrat de financement sous-jacent entre le cédant et le cessionnaire, question qui ne devrait pas être traitée dans le projet de convention. Il a été déclaré que, dans le cas des contrats à long terme, le renouvellement d'une notification à l'expiration d'un délai déterminé pourrait constituer une charge trop lourde, notamment en cas de cessions globales. Il a également été indiqué qu'une obligation de renouvellement de la notification risquerait d'entraver des pratiques commerciales fondées sur des relations à long terme, car elle introduirait un élément d'incertitude quant au point de savoir si la notification avait été renouvelée, ou avait été renouvelée comme il convient. On a noté que toute limitation quant à la validité soit des cessions de créances futures, soit de la notification de telles cessions aurait des effets néfastes sur l'autonomie économique des cédants éventuels.

174. Les tenants d'une limitation de la période de validité de la notification ont déclaré qu'une telle limitation serait conforme à la loi applicable dans un certain nombre de pays. Plusieurs participants ont estimé qu'une certaine forme de limitation de la validité d'une notification de la cession de créances futures serait sans doute acceptable. Toutefois, il fallait faire preuve de prudence, afin de ne pas risquer, en limitant la validité des notifications à un délai trop bref, de perturber à l'excès les pratiques commerciales actuelles portant sur des créances futures. Dans le même état d'esprit, il a été déclaré qu'une limitation éventuelle de la validité ne devrait pas être incompatible avec la définition des "créances futures" figurant dans le projet de convention. En particulier, si les "créances futures", telles que définies dans le projet de convention, n'étaient pas limitées dans le temps, il ne serait sans doute pas approprié d'aller à l'encontre d'une telle définition en limitant la validité de la notification. Il a été avancé que, en limitant la validité des notifications à une période de cinq ans, on préserverait sans doute suffisamment ces pratiques commerciales, à condition qu'un tel délai soit renouvelable.

175. Il a donc été avancé qu'il faudrait peut-être modifier le paragraphe 2, afin d'y ajouter que la validité de la notification de la cession de créances futures serait limitée à une période de cinq ans, sous réserve d'un renouvellement de la notification dans ce délai de cinq ans. Ce libellé supplémentaire pourrait être placé entre crochets et être examiné par le Groupe de travail lors d'une session ultérieure. Cette suggestion a reçu un large appui, mais le Groupe de travail n'a pu arriver à un consensus à ce propos. Après un débat, le Groupe de travail a adopté sans modification le texte du paragraphe 2.

Article 16. Paiement libératoire du débiteur

176. Le texte du projet d'article 16 examiné par le Groupe de travail était libellé comme suit :

"1. Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession conformément à l'article 15, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire au cédant.

2. Lorsqu'il a reçu notification de cession conformément à l'article 15, sous réserve des dispositions du paragraphe 3, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire au cessionnaire.

3. Nonobstant la notification de la cession conformément à l'article 15, le débiteur effectue un paiement libératoire au cédant :

[*a)* s'il a effectivement connaissance de la nullité de la cession; et

b)] s'il est invité dans la notification à continuer de payer le cédant.

4. Nonobstant la notification de la cession conformément à l'article 15, si le débiteur reçoit notification d'une cession antérieure conformément à l'article 15, ou de mesures visant à saisir les créances cédées, y compris, mais non exclusivement, de jugements ou ordonnances d'instances judiciaires ou non judiciaires, ainsi que de mesures prises en application de la loi, notamment en cas d'insolvabilité du cédant, il est habilité à [effectuer un paiement libératoire en déposant le montant dû auprès d'un fonds de dépôt public] [solliciter des instructions auprès d'une instance judiciaire ou non judiciaire compétente et à payer conformément aux instructions reçues].

5. Au cas où le débiteur reçoit notification conformément à l'article 15 de plus d'une cession des mêmes créances effectuées par le même cédant, il est habilité à effectuer un paiement libératoire au premier cessionnaire lui adressant notification de la cession conformément à l'article 15 et peut invoquer contre ce cessionnaire les exceptions et compensations prévues à l'article 17.

6. S'il en est ainsi convenu entre le cédant et le débiteur avant la notification de la cession conformément à l'article 15, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire à un compte bancaire ou à une boîte postale spécifiés dans la convention. Après notification de la cession conformément à l'article 15, le débiteur et le cessionnaire peuvent convenir de la méthode de paiement.

7. Si le débiteur le demande, le cessionnaire doit, dans un délai raisonnable, prouver de la manière appropriée que la cession a été effectuée, faute de quoi le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire au cédant [déposer le montant dû auprès d'un fonds de dépôt public] [solliciter des instructions auprès de l'instance judiciaire ou non judiciaire compétente et à payer conformément aux instructions reçues]. La cession est réputée prouvée de la manière appropriée notamment par la présentation d'un document quelconque provenant du cédant et indiquant que la cession a eu lieu.

8. Le paragraphe 2 du présent article ne porte préjudice à aucun autre motif pour lequel le paiement au cessionnaire est libératoire pour le débiteur."

Paragraphe 1

177. Le Groupe de travail a accepté la règle énoncée au paragraphe 1, à savoir que, jusqu'au moment de la notification de la cession, le débiteur était habilité à effectuer un paiement libératoire au cédant, et il a adopté le paragraphe 1 sans changement.

Paragraphe 2

178. Il a été noté que l'intention du paragraphe 2 était d'habiliter et non d'obliger le débiteur à effectuer un paiement libératoire au cessionnaire après avoir reçu une notification de la cession, étant donné que l'obligation de payer découlait du contrat initial et non de la notification proprement dite.

179. Tout en acceptant l'intention générale à la base du paragraphe 2, le Groupe de travail a, dans l'ensemble, pensé que, dans son libellé actuel, le paragraphe 2 risquait d'avoir involontairement pour effet de laisser au débiteur, après la notification, la possibilité d'effectuer un paiement libératoire au cédant ou au cessionnaire, d'où il pourrait résulter une incertitude quant aux droits du cessionnaire. Il a donc été suggéré de reformuler le paragraphe 2 pour indiquer que, après avoir reçu notification, le débiteur était dans l'obligation, sous réserve du contrat initial, le cas échéant, d'effectuer un paiement libératoire au cessionnaire. Il a en outre été suggéré, afin d'harmoniser le paragraphe 2 avec les pratiques actuelles, de faire référence non seulement au paiement à l'intention du cessionnaire, mais aussi au paiement effectué conformément aux instructions données dans la notification, idée qui apparaît déjà à l'alinéa *b* du paragraphe 3. Sous réserve des modifications proposées, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2.

Paragraphe 3

Alinéa a

180. Le Groupe de travail a décidé de supprimer l'alinéa *a*. De l'avis général, l'introduction d'un critère subjectif, c'est-à-dire le fait que le débiteur ait connaissance de la cession, dans le corps même d'une règle qui traite de l'obligation du débiteur de payer, irait à l'encontre du double objectif d'une telle règle, à savoir la certitude juridique et la protection du débiteur dans le cadre de la cession. En outre, on a généralement pensé que le fait de subordonner la libération du débiteur à sa connaissance de la validité de la cession l'obligerait à en établir la validité à la fois de fait et de droit, charge qui a été jugée trop lourde pour le débiteur. En outre, on a fait observer qu'une règle telle que celle énoncée à l'alinéa *a* pourrait avoir des effets non recherchés. Si, par exemple, le débiteur se montrait diligent et découvrait la nullité de la cession, celle-ci ne produirait pas ses effets, et, si le débiteur ne s'employait pas suffisamment à établir la nullité de la cession, il pourrait être amené à payer deux fois.

Alinéa b

181. Le Groupe de travail a décidé que le principe énoncé à l'alinéa *b* devrait être incorporé au paragraphe 2. Compte tenu de cette décision et de la décision antérieure de supprimer l'alinéa *a*, le Groupe de travail a décidé de supprimer l'ensemble du paragraphe 3.

Paragraphe 4

182. Le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 4. Il a été jugé, dans l'ensemble, que le paragraphe 4 était soit superflu, dans la mesure où il énonçait à nouveau une règle qui figurait déjà dans la loi nationale applicable aux questions de saisie ou d'insolvabilité, soit inacceptable, dans la mesure où il pourrait être contraire à des éléments fondamentaux de la loi nationale. En outre, on a fait observer que le paragraphe 4 risquait d'être une source d'incertitude, car il faisait intervenir un nombre excessif de moyens par lesquels le débiteur pourrait effectuer un paiement libératoire. En outre, il a été signalé que le paragraphe 8 pourrait utilement être élargi à tous les cas dans lesquels le débiteur pourrait se libérer en effectuant un paiement à la personne appropriée, ou encore en effectuant un paiement à un tribunal ou conformément aux instructions d'un tribunal. Il a donc été suggéré de remanier comme suit le libellé du paragraphe 8 : "Le présent article ne porte préjudice à aucun autre motif pour lequel le paiement est libératoire pour le débiteur." Malgré le large appui que cette suggestion a recueilli, on a indiqué que le paragraphe 8 ne s'appliquait pas dans la situation où, par exemple, il s'agirait de déterminer la personne à qui le débiteur devait effectuer le paiement ou la possibilité pour le cédant de retirer la notification. En réponse à la question qui avait été soulevée quant à la connaissance de la validité de la cession, on a fait observer que la question de la validité concernait le cédant et le cessionnaire, et non le paiement libératoire du débiteur.

Paragraphe 5

183. On a noté que le paragraphe 5 visait les cessions multiples des mêmes créances effectuées simultanément par le cédant, alors que la question des cessions subséquentes faisait l'objet du paragraphe 4 du projet d'article 25. En outre, on a noté que le paragraphe 5 ne visait pas à traiter l'ordre de priorité entre plusieurs parties faisant valoir leurs droits sur les créances cédées, question qui est traitée dans les projets d'articles 21 à 24. Bien que le paragraphe 5 ait recueilli un large appui, il a été suggéré, sur le plan rédactionnel, de donner la priorité au cessionnaire mentionné dans la première notification, que la notification ait été adressée par le cessionnaire lui-même ou par le cédant. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 5 quant au fond.

Paragraphe 6

184. Le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 6. Un certain nombre d'objections ont été soulevées au sujet de la première phrase, à savoir notamment qu'elle était superflue dans la mesure où elle énonçait une règle évidente selon laquelle les parties au contrat initial pouvaient convenir d'une méthode de paiement, et qu'elle

risquait en outre d'être restrictive dans la mesure où elle mentionnait uniquement deux méthodes de paiement, excluant du même coup le paiement effectué, par exemple, par des moyens électroniques.

185. Des objections ont été soulevées au sujet de la deuxième phrase pour diverses raisons : elle était superflue dans la mesure où le cessionnaire et le débiteur pouvaient de toute façon convenir d'une autre méthode de paiement si la modification des conditions de paiement était acceptable pour le débiteur (par exemple paiement effectué dans une autre monnaie dont disposait le débiteur); elle était inappropriée dans la mesure où elle risquait d'avoir le résultat inopiné de subordonner toute modification apportée aux instructions de paiement données par le cessionnaire à l'approbation du débiteur, formule qui serait contraire au paragraphe 2 sous sa forme révisée et qui entraverait indûment les pratiques actuelles (voir par. 178 et 179 ci-dessus); il a déjà été fait référence à la possibilité de déposer l'argent dans un coffre au projet d'article 15-1 *b*, où il est question de "la personne" ou de "l'adresse" à laquelle le débiteur peut effectuer le paiement (voir par. 169 à 171 ci-dessus); enfin, les risques de changements qui pourraient porter préjudice à la position juridique du débiteur (par exemple changement du pays où le paiement est effectué ou de la monnaie dans laquelle il est effectué) ont déjà été traités dans le cadre du projet d'article 4 (voir par. 87 à 93 ci-dessus).

Paragraphe 7

186. Il a été noté que le paragraphe 7 reposait sur l'hypothèse que la notification était donnée par le cessionnaire et que, par conséquent, le débiteur devrait pouvoir obtenir l'assurance que la cession avait bien été effectuée. Le principe énoncé au paragraphe 7, selon lequel, en l'absence de preuves appropriées quant au statut du cessionnaire, le débiteur devrait pouvoir effectuer un paiement libératoire au cédant, a recueilli un large appui. On a fait observer que cette disposition était conforme à la pratique actuelle, dans la mesure où la notification donnée par le cessionnaire ferait état de la reconnaissance du cédant, et, en l'absence de cette reconnaissance, le débiteur était habilité à demander une preuve supplémentaire que la cession a eu lieu. S'agissant des options qui figurent entre crochets au paragraphe 7, on a généralement pensé qu'elles devraient être supprimées pour les raisons qui ont amené le Groupe de travail à les supprimer au paragraphe 4 (voir par. 182 ci-dessus).

187. S'agissant de l'expression "prouver de la manière appropriée", on s'est demandé si elle ne risquait pas d'être difficilement comprise dans certains systèmes juridiques et qu'il conviendrait donc peut-être de la remplacer par une référence à une "confirmation" du cédant. En réponse à cette inquiétude, il a été précisé que l'expression "la cession est réputée prouvée de la manière appropriée", dont le sens était précisé dans la dernière phrase du paragraphe 7, visait à faire intervenir un élément objectif qui apporterait la certitude nécessaire pour assurer la protection du débiteur. Il a été suggéré qu'une copie du document de cession devrait aussi pouvoir être considérée comme constituant une preuve appropriée. Cette suggestion a recueilli un large appui.

188. Une question ayant été soulevée sur le point de savoir si l'enregistrement de la cession pourrait aussi être considéré comme une preuve appropriée, il a été noté que le Groupe de travail avait pris comme hypothèse de travail qu'un système d'enregistrement serait utile dans le contexte des effets de la cession sur les tiers; si l'enregistrement concernait l'opération de cession dans son ensemble, il ne pourrait pas fonctionner de manière efficace et soulèverait des problèmes juridiques complexes et si l'"enregistrement" se limitait au dépôt d'un avis de cession par le cessionnaire, il ne constituerait pas une "preuve appropriée" pour la protection du débiteur.

189. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 7, sous réserve de la suppression du membre de phrase entre crochets et de l'élargissement de la notion de "preuve appropriée" à un exemplaire du document de cession.

Paragraphe 8

190. Le principe énoncé au paragraphe 8 a recueilli un large appui, mais on a généralement pensé que la portée devrait en être élargie aux cas dans lesquels le débiteur pourrait effectuer un paiement libératoire en vertu de la loi nationale (par exemple en payant non seulement le cessionnaire, mais aussi la personne appropriée, un tribunal ou un fonds de dépôt public).

191. S'agissant du libellé précis du paragraphe 8, il a été suggéré que ce paragraphe pourrait revêtir la forme d'une règle positive de paiement libératoire sur le modèle ci-après : "Outre le paiement obligatoire du débiteur prévu aux paragraphes 1 à 7 du présent article, le débiteur peut effectuer un paiement libératoire : *a)* à la personne habilitée à recevoir le paiement; *b)* à une instance judiciaire [ou non judiciaire] compétente ou à un fonds de dépôt public [dans la mesure où ce paiement libère le débiteur en vertu de la loi nationale]." Il a été noté que le Groupe de travail avait décidé de formuler le paragraphe 8 de manière négative afin d'éviter toute référence à "une autre loi applicable" et afin d'aligner cette disposition sur le paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention sur l'affacturage. À l'issue du débat, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 8 quant au fond et a invité le Secrétariat à élaborer une version révisée en tenant compte des suggestions susmentionnées.

Observations générales

192. Selon un avis exprimé, en exigeant que le cessionnaire se trouve dans un État contractant pour l'application du projet d'article 16, on limiterait de manière inutile et excessive le champ d'application de cette disposition. En outre, cette approche pourrait conduire à des abus de la part de cessionnaires qui souhaiteraient se soustraire à l'application du principe fondamental de la protection du débiteur énoncé dans le projet d'article 16.

193. En outre, on s'est inquiété de ce que, compte tenu de la décision provisoire du Groupe de travail de traiter de la cession de polices d'assurance (voir par. 59 ci-dessus) et de traiter éventuellement aussi des comptes de dépôt (voir par. 61 ci-dessus), une règle telle que celle envisagée dans le projet d'article 16 ne risque de faire obstacle à des

pratiques bien rodées en vertu desquelles les débiteurs n'étaient tenus de payer que leurs clients (à savoir banques, compagnies d'assurances, maisons de courtage). On a fait observer qu'il n'y avait nullement lieu de traiter de ces pratiques dans le projet de convention, étant donné qu'elles fonctionnaient bien. Toutefois, s'il était décidé de les faire entrer dans le champ d'application de la Convention, elles devraient être exclues du projet d'article 16, faute de quoi l'acceptabilité du projet de convention pourrait s'en trouver réduite.

Article 17. Exceptions et compensations du débiteur

194. Le texte du projet d'article 17 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur une demande de paiement des créances cédées, le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire toutes les exceptions qu'il pourrait invoquer si la demande était présentée par le cédant.

2. Le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire tout droit à compensation, sur la base de droits ou actions existants contre le cédant en faveur duquel la créance est née, qu'il pouvait invoquer au moment où la notification de la cession lui a été donnée.

3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, les exceptions et compensations que le débiteur pourrait invoquer contre le cédant pour violation des conventions interdisant la cession conformément à l'article 11 ne peuvent être invoquées par le débiteur contre le cessionnaire."

Paragraphe 1

195. Il a été noté que le paragraphe 1 portait sur les exceptions du débiteur découlant du contrat initial. Un large appui a été apporté au paragraphe 1 qui faisait état d'un principe essentiel pour la protection du débiteur, à savoir que la position juridique de celui-ci ne devait pas souffrir du fait de la cession. Il a été généralement convenu que le paragraphe 1 couvrait toutes les exceptions : les créances conventionnelles qui, dans certains systèmes juridiques, pourraient ne pas être considérées comme des "exceptions"; les droits de résolution du contrat, par exemple pour cause d'erreur, de fraude ou de contrainte; l'exonération de responsabilité pour inexécution, par exemple en raison d'un empêchement imprévu indépendant de la volonté des parties (voir Convention des Nations Unies sur les ventes, art. 79), et les droits découlant d'opérations précédant le contrat. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 sans changement.

Paragraphe 2

196. Il a été noté que, dans le paragraphe 2, l'idée était de traiter des droits à compensation découlant d'opérations distinctes entre le cédant et le débiteur. En outre, le droit à compensation du débiteur contre le cessionnaire ne pouvait être invoqué que sur la base des droits qui existaient au moment de la notification afin de protéger le cessionnaire des conséquences d'arrangements conclus entre le cédant et le débiteur, dont le cessionnaire pourrait n'avoir pas connaissance. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 sans changement.

Paragraphe 3

197. Il a été rappelé que la garantie, donnée par le cédant en application du projet d'article 13, selon laquelle le débiteur n'avait pas d'exception à faire valoir n'équivalait pas à une garantie d'absence de clause de non-cession dans le contrat initial. On a expliqué que, même si une clause de non-cession figurait dans le contrat initial, le cédant ne manquerait pas à son obligation à l'égard du cessionnaire, car, en application du paragraphe 3, le débiteur ne pourrait pas invoquer d'exception ou de droit à compensation contre le cessionnaire pour manquement à une clause de non-cession. Selon un avis exprimé au cours du débat, la garantie donnée par le cédant quant à l'absence d'exceptions de la part du débiteur ne conviendrait pas dans le cas des créances quasi délictuelles : il convenait donc d'établir une règle différente pour les garanties concernant les cessions de créances quasi délictuelles. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 sans changement.

Article 18. Modification du contrat initial [et de la cession]

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

"1. La modification du contrat initial, convenue entre le cédant et le débiteur [avant notification de la cession], lie le cessionnaire et celui-ci acquiert des droits correspondants en vertu du contrat modifié.

[2. La modification du contrat initial, convenue entre le cédant et le débiteur après notification de la cession, lie le cessionnaire et celui-ci acquiert des droits correspondants en vertu du contrat modifié, si la modification est effectuée de bonne foi et conformément à des normes commerciales raisonnables.]

[3. La modification de la cession, convenue par le cédant et le cessionnaire après notification de la cession conformément aux dispositions de l'article 15, ne lie le débiteur que si celui-ci reçoit notification de la cession modifiée.]"

Paragraphe 1

199. Le maintien du paragraphe 1, avec les mots entre crochets, a recueilli un large appui. De l'avis général, permettre au cédant et au débiteur de modifier leur contrat avant notification était conforme au principe énoncé dans le projet d'article 16 : avant la notification, le débiteur était habilité à effectuer un paiement libératoire au cédant. S'agissant de la forme, on a suggéré qu'il faudrait peut-être modifier le paragraphe 1 pour éviter de donner l'impression erronée que la cession crée une relation conventionnelle entre le cessionnaire et le débiteur. Sous réserve de cette suggestion, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1.

Paragraphe 2

200. On a relevé qu'en vertu du paragraphe 2 les modifications du contrat initial convenues entre le cédant et le débiteur après notification ne liaient le cessionnaire que si ces modifications étaient faites de bonne foi ou conformément à des normes commerciales raisonnables.

201. Des avis différents ont été exprimés à propos de la condition dans laquelle une modification du contrat initial après notification de la cession devrait lier le cessionnaire. Selon un avis, les modifications devraient être subordonnées au consentement général ou spécifique du cessionnaire. À l'appui de cet avis, on a fait valoir qu'après notification le cessionnaire s'insérait dans une relation triangulaire et que ses intérêts devraient aussi être pris en compte comme, en même temps, ceux du débiteur et ceux du cédant. En outre, les mots "bonne foi" ou "normes commerciales raisonnables" risquaient de créer l'incertitude car ils n'étaient pas partout compris de la même manière.

202. Selon un autre avis, les modifications intervenant après notification ne devraient lier le cessionnaire que si elles étaient faites de bonne foi et conformément à des normes commerciales raisonnables. Il a été déclaré que, s'il pouvait être justifié, dans certains cas, de soumettre toute modification du contrat initial au consentement du cessionnaire (par exemple, lorsque des créances cédées auraient été intégralement obtenues, et la cession notifiée au débiteur), en revanche cette obligation aurait des effets peu souhaitables dans d'autres cas (par exemple, dans le cadre de contrats à long terme). Dans ces cas, a-t-on fait observer, la tâche d'avoir à demander le consentement du cessionnaire pour chaque modification (par exemple, pour le remplacement de matériel) pourrait être trop lourde pour le cédant. En outre, le cessionnaire pourrait ne pas vouloir être surchargé de telles demandes. On a expliqué que, dans la pratique, ces problèmes étaient résolus par convention entre le cédant et le cessionnaire, qui décidaient des types de modifications qui étaient subordonnés à l'approbation du cessionnaire. De plus, on a fait observer que le paragraphe 2 partait de l'hypothèse qu'aucune convention de ce genre n'existait entre le cédant et le cessionnaire, ou que le cédant avait contrevenu au contrat, auquel cas le paragraphe 2 offrait au cessionnaire un niveau de protection suffisant.

203. Après un débat, l'accord ne s'étant pas fait au Groupe de travail, le Secrétariat a été prié d'établir une version révisée du paragraphe 2 comportant des variantes qui tiendraient compte des avis exprimés.

Paragraphe 3

204. De l'avis qui a prévalu, malgré un certain appui en faveur du maintien, le paragraphe 3 devrait être supprimé. On a fait observer qu'en cas de modification mineure une deuxième notification ne serait pas nécessaire et pourrait avoir pour résultat non recherché d'accroître le coût du financement, en particulier dans les opérations faisant intervenir la cession d'un grand nombre de créances de faible valeur. En outre, on a déclaré que, dans le cas d'une modification importante assimilable à une nouvelle cession, une deuxième notification serait nécessaire, en application des projets d'articles 4 et 16, même si le paragraphe 3 était supprimé. Pour préciser ce dernier point, il a été suggéré de faire référence, au paragraphe 1 de l'article 15, à la notification de "la cession ou de sa modification". Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 3.

Article 19. Renonciation aux exceptions et aux compensations du débiteur

205. Le texte du projet d'article 19 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. [Sans préjudice de [la loi applicable aux relations entre le cédant et le débiteur] [la législation relative à la protection des consommateurs],] le débiteur peut convenir avec le cédant ou le cessionnaire, par écrit, de renoncer aux exceptions et aux compensations qu'il pourrait invoquer en vertu de l'article 17. La renonciation aux exceptions et aux compensations interdit au débiteur d'invoquer contre le cessionnaire ces exceptions et compensations.

2. Il est impossible de renoncer aux exceptions suivantes :

a) exceptions découlant d'opérations distinctes entre le débiteur et le cessionnaire; et

b) exceptions fondées sur des actes frauduleux de la part du cessionnaire [ou du cédant].

3. Une renonciation aux exceptions ne peut être modifiée que par une convention écrite."

Titre

206. S'agissant de la forme, on a suggéré d'utiliser une expression telle que "convention de non-recours aux exceptions" au lieu du mot "renonciation", qui pourrait être interprété à tort comme se rapportant à un acte unilatéral et un acte dont il n'était pas nécessaire de convenir par écrit.

Paragraphe 1

207. Le Groupe de travail a d'abord examiné le texte entre crochets ("[Sans préjudice de [la loi applicable aux relations entre le cédant et le débiteur] [la législation relative à la protection des consommateurs],]"). Dans l'ensemble, on a privilégié la référence à la législation relative à la protection des consommateurs. On a généralement estimé que cette référence répondait aux préoccupations exprimées à la session précédente du Groupe de travail au sujet du conflit possible entre le projet d'article 19 et la législation applicable à la protection des consommateurs (A/CN.9/432, par. 234 à 238). En outre, on a fait valoir qu'une référence à la loi applicable à la relation entre le cédant et le débiteur ne convenait pas, car le projet de convention portait sur certains aspects au moins de cette relation.

208. S'agissant de la forme, un certain nombre de suggestions ont été faites : il pourrait être utile de compléter la référence à la législation relative à la protection des consommateurs pour préciser qu'il s'agissait de la législation applicable en la matière dans le pays où le débiteur avait son établissement; une formule plus générale pourrait être

trouvée pour inclure les pays qui n'ont pas de législation spécifique relative à la protection des consommateurs. Sous réserve de ces suggestions, le Groupe de travail a décidé de supprimer la référence à "la loi applicable aux relations entre le cédant et le débiteur" et de maintenir la référence à la "législation relative à la protection des consommateurs".

209. Le Groupe de travail s'est ensuite demandé si le paragraphe 1 devrait porter uniquement sur les renonciations convenues entre le cédant et le débiteur, ou aussi sur les renonciations convenues entre le cessionnaire et le débiteur. De l'avis général, il conviendrait de laisser les renonciations convenues entre le cessionnaire et le débiteur entièrement au gré des parties. On a fait observer que les limitations à la renonciation visées au paragraphe 2 ne seraient pas justifiées dans le cas de la relation entre le cessionnaire et le débiteur, étant donné qu'il serait possible au débiteur d'obtenir des avantages en négociant avec le cessionnaire une renonciation aux exceptions. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer la référence au cessionnaire au paragraphe 1 et a prié le Secrétariat d'établir une version révisée du projet de paragraphe 1 en tenant compte des suggestions ci-dessus.

Paragraphe 2

Alinéa a

210. Des doutes ont été exprimés sur le point de savoir s'il fallait maintenir l'alinéa *a*. On a fait observer qu'une renonciation aux exceptions découlant d'opérations distinctes entre le cessionnaire et le débiteur devrait être laissée au gré des parties. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de maintenir l'alinéa *a* entre crochets.

Alinéa b

211. Le maintien de l'alinéa *b* a bénéficié d'un large appui. Il a été suggéré de faire état des autres exceptions auxquelles il serait impossible de renoncer en s'inspirant de l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 30 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (ci-après appelée "Convention sur les lettres de change et les billets à ordre"). L'un des objectifs possibles du projet de convention pourrait être de traiter dans une large mesure les créances comme des instruments négociables. Le projet de convention pourrait donc offrir au débiteur une protection identique à celle que la Convention sur les lettres de change et les billets à ordre offre au débiteur dans le cas d'un instrument négociable. Après un débat, le Groupe de travail a adopté l'alinéa *b* sans changement et a prié le Secrétariat d'examiner la possibilité de faire état au paragraphe 2 des autres exceptions en s'inspirant de l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 30 de la Convention sur les lettres de change et les billets à ordre.

Paragraphe 3

212. Le paragraphe 3 a recueilli un large appui. Il a été indiqué que la convention écrite exigée pour renoncer aux exceptions répondait à un souci de certitude et de prévisibilité. En outre, si un cessionnaire, qui accordait un crédit en se fondant sur une renonciation du débiteur à ses exceptions, devait constater que cette renonciation avait été modifiée, la certitude s'en trouverait compromise, ce qui pourrait être préjudiciable à l'offre et au coût du crédit. Pour éviter ce résultat, on a suggéré que la modification de la renonciation devrait peut-être être notifiée au cessionnaire. Cependant, de fortes préoccupations ont été exprimées à propos de l'ajout d'une nouvelle exigence de forme. Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu que la cession et la notification devraient se faire sous forme écrite et que l'acceptabilité du projet de convention se trouverait réduite si on avait l'impression qu'elle découlait d'une démarche trop formaliste. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le paragraphe 3 sans changement.

Article 20. Recouvrement d'avances

213. Le texte du projet d'article 20 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "Sans préjudice des droits du débiteur en vertu du paragraphe 2 de l'article 4 de l'article 17, la non-exécution du contrat initial, si tant est qu'il y en ait un, par le cédant n'habilite pas le débiteur à recouvrer une somme payée par lui au cessionnaire."

214. Le Groupe de travail a estimé que le projet d'article 20 était généralement acceptable quant au fond. On a fait observer que le Groupe de travail ayant décidé de supprimer le paragraphe 2 du projet d'article 4 (voir par. 94 ci-dessus), il faudrait aussi supprimer la référence à ce paragraphe dans l'article 20, étant entendu que la cession ne portait pas atteinte aux droits du débiteur à l'encontre du cessionnaire.

215. Il a été suggéré d'insérer au début du projet d'article 20 une phrase allant dans le sens de celle du début du paragraphe 1 du projet d'article 19, tel que révisé (voir par. 207 et 208 ci-dessus). On a fait observer que, dans certaines législations relatives à la protection des consommateurs, le débiteur pourrait avoir le droit de mettre fin au contrat initial et que, dans ce cas, il pourrait avoir le droit de recouvrer les avances faites au cessionnaire. Sous réserve de cette suggestion, le Groupe de travail a adopté le projet d'article 20.

Article 21. Droits des tiers

216. Le texte du projet d'article 21 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

> "1. Sous réserve des dispositions des articles 22 à 24, la présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits des cessionnaires recevant les mêmes créances du cédant, ni sur ceux des créanciers du cédant saisissant les créances cédées ou des créanciers du cédant en cas d'insolvabilité du cédant.
>
> 2. Nonobstant les dispositions des articles 22 à 24, la présente Convention ou les principes généraux sur lesquels elle se fonde ne régissent pas :
>
> *a)* le droit des créanciers du cédant saisissant les créances cédées d'invalider la cession au motif qu'il s'agit d'un transfert frauduleux;

b) le droit de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant d'invalider la cession au motif qu'il s'agit d'un transfert frauduleux ou préférentiel;

c) la priorité de l'administrateur de l'insolvabilité en faveur de créances privilégiées."

217. Il a été noté que l'article 21 avait pour objet d'introduire les articles 22 à 24, qui indiquaient dans quelle mesure le projet de convention peut avoir des incidences sur la loi applicable aux droits des tiers, y compris les créanciers du cédant en cas d'insolvabilité. Le projet d'article 21 disposait que le projet de convention ne portait pas atteinte aux droits des tiers et énumérait ensuite les exceptions à la règle énoncée dans les projets d'articles 22 à 24. Il a été dans l'ensemble convenu que ces exceptions, si elles étaient nécessaires pour offrir des garanties minimum aux marchés, devaient être définies étroitement, afin de ne pas compromettre l'acceptabilité du projet de convention en portant atteinte aux lois nationales régissant l'insolvabilité. Pour ce qui est de la forme, il a été proposé, dans la mesure du possible, de combiner les dispositions des projets d'articles 21 à 24 traitant des questions liées à l'insolvabilité en un seul ensemble de règles.

Paragraphe 1

218. Selon un avis, les mots "la présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits des cessionnaires" ne reflétaient pas suffisamment le principe selon lequel les règles de droit applicables en dehors du projet de convention, pour ce qui est des questions visées au paragraphe 1, devraient prévaloir sur le projet de convention. Il a été proposé de remplacer le paragraphe 1 par le libellé suivant : "Sous réserve des dispositions des articles 22 à 24, les droits des cessionnaires recevant les mêmes créances du cédant, des créanciers du cédant saisissant les créances cédées ou des créanciers du cédant en cas d'insolvabilité du cédant sont régis par la loi applicable à l'insolvabilité."

219. Pour ce qui est des mots "la présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits des cessionnaires recevant les mêmes créances du cédant", on a jugé que, tel qu'il était actuellement libellé, le paragraphe 1 risquerait d'être interprété comme plaçant en dehors du champ d'application du projet de convention tous les cas où plusieurs cessionnaires auraient des droits. Il a été jugé, dans l'ensemble, qu'il faudrait modifier le paragraphe 1, afin d'indiquer plus clairement que les droits de chacun des multiples cessionnaires seraient régis par le projet de convention et que les questions liées aux droits concurrents de plusieurs cessionnaires seraient régies par le projet d'article 22. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 1 quant au fond et a prié le Secrétariat d'élaborer un projet révisé de paragraphe 1 tenant compte des suggestions ci-dessus.

Paragraphe 2

220. Il a été noté que le paragraphe 2 énumérait certains droits fondamentaux des tiers, fondés sur des considérations d'ordre public, que le projet de convention ne devrait pas tenter de régir. Il s'agissait des droits suivants : le droit des différents créanciers du cédant de contester la validité des cessions au motif qu'il s'agissait d'un transfert frauduleux; le droit de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant d'invalider une cession au motif qu'il s'agissait d'un transfert frauduleux ou préférentiel; et la priorité de créances privilégiées (par exemple de l'État en ce qui concerne les impôts, et des employés, en ce qui concerne les salaires ou prestations similaires).

221. Il a été déclaré que l'objectif visé par le paragraphe 2 découlerait sans doute implicitement de l'application des projets d'articles 22 à 24, mais il a été dans l'ensemble convenu qu'une telle disposition était nécessaire, afin qu'il soit bien clair que les questions énumérées aux alinéas *a* à *c* étaient régies par la loi applicable en dehors du projet de convention et n'entraient donc pas dans le champ d'application des projets d'articles 22 à 24.

Chapeau

222. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir s'il faudrait conserver ou non la référence aux "principes généraux" sur lesquels se fonde le projet de convention. Divers avis ont été exprimés à ce propos. Selon un avis, une telle référence était nécessaire, afin qu'il soit bien clair que la déclaration générale figurant dans le projet d'article 6-2, relative aux principes généraux dont s'inspire le projet de convention (par exemple, le respect de la bonne foi dans le commerce international), ne saurait être interprétée comme entraînant l'application du projet de convention en vertu du projet d'article 21 (par exemple, en cas de transferts frauduleux traités aux alinéas *a* et *b*). Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, la référence aux principes généraux sur lesquels se fonde le projet de convention devrait être retirée du projet d'article 21, car le paragraphe 2 traitait de questions non régies par le projet de convention. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "ou les principes généraux sur lesquels elle se fonde".

Alinéa a

223. Le Groupe de travail a jugé que l'alinéa *a* était globalement acceptable quant au fond. Pour ce qui est du champ d'application de cette disposition, il a été jugé, dans l'ensemble, qu'il n'était pas nécessaire de le limiter aux créanciers du cédant "saisissant les créances cédées". La disposition devrait en fait être également applicable à tous les créanciers du cédant pouvant avoir "le droit d'invalider la cession au motif qu'il s'agit d'un transfert frauduleux". Le Groupe de travail a décidé de supprimer les mots "saisissant les créances cédées".

224. Pour ce qui est de la forme, il a été convenu que la référence au "droit des créanciers du cédant d'invalider la cession" devrait sans doute être modifiée, afin qu'elle ne soit pas interprétée comme donnant aux créanciers du cédant la possibilité d'invalider directement la cession. Il a été noté que, dans la plupart des systèmes juridiques, les créanciers du cédant ne pourraient que contester la validité de la cession, l'invalidation elle-même ne pouvant résulter que d'une décision d'un tribunal. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé l'alinéa *a* quant au fond et a prié le Secrétariat d'en élaborer une version révisée, compte tenu des décisions ci-dessus.

Alinéa b

225. Le texte de l'alinéa *b* a été jugé, dans l'ensemble, acceptable, sous réserve d'une modification similaire à celle adoptée pour l'alinéa *a*, afin de ne pas donner l'impression que l'administrateur de l'insolvabilité pouvait, de son propre chef, "invalider" une cession (voir par. 224 ci-dessus).

Alinéa c

226. Le Groupe de travail a jugé que l'alinéa *c* était dans l'ensemble acceptable quant au fond. Toutefois, il a été avancé que, s'il était approprié de subordonner les droits du cessionnaire à ceux des titulaires de créances privilégiées en cas de cession à titre de garantie, cela ne le serait peut-être pas en cas de cession-vente. Il a été déclaré que, dans de nombreux systèmes juridiques, les créances cédées à titre de garanties de dettes ou d'autres obligations avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité étaient incluses dans les biens faisant l'objet de l'insolvabilité et étaient donc subordonnées aux droits privilégiés, alors que les créances vendues ne faisaient pas partie de ces biens et ne devraient pas être subordonnées aux droits privilégiés. À cette fin, il a été proposé d'établir une distinction entre les cessions-ventes et les cessions à titre de garantie. À l'appui de cette suggestion, il a été noté qu'une telle distinction pourrait être utile dans les pays où la loi nationale ne reconnaissait pas suffisamment la vente effective de créances et qu'elle tiendrait compte de pratiques importantes, telles que la titrisation, qui suppose la vente de créances. On a objecté qu'il ne serait pas approprié de tenter d'établir une telle distinction, étant donné les nombreux cas où il serait difficile de déterminer si, en fait, les créances cédées étaient utilisées à titre de garantie ou étaient vendues. Il a été rappelé que, lors de sessions antérieures, le Groupe de travail avait évité d'établir une telle distinction, car il avait jugé qu'elle poserait des problèmes (A/CN.9/420, par. 39 et 95 et A/CN.9/432, par. 46 et 257).

227. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé quant au fond l'alinéa *c* et a prié le Secrétariat d'ajouter entre crochets les mots "lorsque les créances cédées constituent une garantie pour dette ou toute autre obligation" à la fin de l'alinéa *c*, pour examen lors d'une session ultérieure.

Créances futures

228. Des points de vue divergents ont été exprimés sur la question de savoir si la validité de la cession de créances qui n'existaient pas au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être régie par le projet de convention.

229. Selon un avis, la question devrait être réglée par la loi nationale. On a estimé que des créances qui naissent, qui deviennent exigibles ou qui sont obtenues du fait de l'exécution d'une obligation après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité étaient considérées, dans de nombreux systèmes juridiques, comme faisant partie des biens sur lesquels porte l'insolvabilité. En outre, on a fait observer, d'une part, que ces créances seraient normalement obtenues, si elles l'étaient, en puisant dans les biens sur lesquels porte l'insolvabilité et que, d'autre part, le cessionnaire ne fournirait probablement pas de crédits avant l'exécution complète ou partielle du contrat initial par l'administrateur de l'insolvabilité au nom du cédant. On a donc fait valoir qu'il ne serait pas approprié d'exclure ces créances de l'ensemble des biens sur lesquels porte l'insolvabilité ou d'accorder la priorité en ce qui concerne ces créances au cessionnaire par rapport aux créanciers chirographaires. Dans cette optique, il a été proposé d'insérer au paragraphe 2 une disposition libellée dans ce sens : "le droit de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant de contester la cession de créances qui n'étaient pas encore nées au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité du cédant".

230. On s'est opposé à cette suggestion en faisant valoir que, la validité des cessions de créances futures ayant été établie aux termes du projet d'article 8 du projet de convention, il serait déplacé d'exclure d'une règle aussi fondamentale les principaux cas dans lesquels ces cessions devraient être validées, à savoir les cas où intervient une insolvabilité. On a fait observer que, en vertu des lois de nombreux pays, une telle cession ne produirait ses effets que si elle avait été effectuée avant le début d'une période déterminée, parfois désignée sous le nom de "période douteuse", avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. On a également fait observer que, en raison de l'incertitude qui s'attachait dans certains systèmes juridiques à la validité des cessions de créances futures, il était important que le projet de convention en donne confirmation. Afin de tenir compte de ces observations, il a été suggéré d'insérer une disposition fixant la date de la cession sous forme de paragraphe distinct, dans le projet d'article 21 ou dans le projet d'article 24, étant donné qu'il serait peut-être nécessaire de l'énoncer sous la forme d'une règle positive et non d'une exception dans le projet de convention.

231. Au cours du débat, on a fait valoir qu'il serait peut-être utile que le projet de convention contienne des dispositions plus détaillées en ce qui concerne la cession de créances futures dans le cadre de procédures d'insolvabilité, étant donné que l'on pourrait ainsi combler des lacunes dans de nombreuses lois sur l'insolvabilité au moyen du projet de convention. De l'avis général, toutefois, il conviendrait d'éviter dans toute la mesure possible que le projet de convention n'empiète sur les lois nationales en matière d'insolvabilité, ce qui pourrait avoir des répercussions sur son acceptabilité.

232. Après un débat, le Groupe de travail n'a pu s'accorder et a invité le Secrétariat à insérer dans le projet d'article 21 et dans le projet d'article 24 une disposition entre crochets qui tiendrait compte des vues susmentionnées afin que l'examen de la question puisse être poursuivi lors d'une session ultérieure.

Autres adjonctions proposées au paragraphe 2

233. Le Groupe de travail a ensuite examiné un certain nombre d'adjonctions possibles au paragraphe 2, ou ailleurs dans le texte, en ce qui concerne le traitement d'autres aspects liés à l'insolvabilité dans le cadre du projet de convention.

234. Selon l'une des suggestions formulées, il conviendrait d'énoncer sous forme de règle générale qu'un cessionnaire ne devrait pas être traité moins favorablement aux termes de la convention qu'un cessionnaire dans la même situation ne le serait en vertu de la loi nationale. C'est ainsi, par exemple, que si un cessionnaire qui répondait aux conditions prévues par la loi nationale pour avoir priorité sur les créanciers saisissant ou sur un administrateur de l'insolvabilité devait être traité d'une certaine manière en vertu de la loi nationale, un cessionnaire qui répondait aux conditions prévues par le projet de convention pour bénéficier du même degré de priorité devrait alors être traité d'une manière au moins aussi favorable. Il a été suggéré qu'une règle de non-discrimination dans le traitement national assurerait une garantie minimale aux cessionnaires en vertu du projet de convention. Cette suggestion a reçu un large appui.

235. Selon une autre suggestion, il y aurait peut-être lieu de préciser au paragraphe 2 que le projet de convention laissait à l'application des lois nationales les transferts jugés frauduleux en vertu de ces mêmes lois. Selon une autre suggestion, le projet de convention devrait peut-être laisser à l'application de la loi nationale certaines questions ayant trait aux règles de fond en matière d'insolvabilité : une cession pourrait-elle être annulée lorsqu'il s'agit d'un transfert préférentiel; ou encore, une cession de créance qui existait mais qui n'avait pas été obtenue, en totalité ou en partie, du fait de l'exécution d'une obligation à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pourrait-elle être amputée des dépenses encourues par l'administrateur de l'insolvabilité pour obtenir ces créances au profit du cessionnaire.

236. Selon encore une autre suggestion concernant les règles de procédure en matière d'insolvabilité, au moins lorsque les créances cédées servaient de garantie en cas de dettes ou autres obligations, le projet de convention devrait laisser à l'application des lois nationales sur l'insolvabilité les questions ci-après : les cessionnaires et les créanciers feraient-ils l'objet, dans la procédure d'insolvabilité, d'une mesure de suspension qui les empêcherait d'obtenir, de demander ou de faire valoir leur garantie; l'administrateur de l'insolvabilité pourrait-il utiliser les créances cédées pour gérer les biens sur lesquels porte l'insolvabilité sous réserve de fournir une garantie de remplacement au cessionnaire; l'administrateur de l'insolvabilité pourrait-il emprunter sur les créances cédées dans la mesure où la valeur de ces créances dépasse les obligations dont l'exécution est garantie; et l'administrateur de l'insolvabilité pourrait-il déduire les créances privilégiées (par exemple, les impôts et les salaires) des créances cédées. Il a été proposé que si le Groupe de travail décidait que les créances privilégiées pouvaient être déduites des créances cédées, il pourrait aussi envisager d'adopter un autre principe pour empêcher la discrimination, à savoir que la déduction s'appliquerait équitablement à la garantie du cessionnaire comme aux autres garanties qui pourraient être déduites avec les créances privilégiées.

237. Le Groupe de travail a pris note des suggestions susmentionnées et a prié le Secrétariat d'incorporer, dans la mesure du possible, dans le projet d'article 21 ou le projet d'article 24, un libellé entre crochets tenant compte de ces suggestions.

Article 22. Droits concurrents de plusieurs cessionnaires

238. Le texte du projet d'article 22 examiné par le Groupe de travail était le suivant :

"1. Lorsqu'une créance est cédée par le cédant à plusieurs cessionnaires, la priorité est déterminée en fonction du moment de [la notification] [l'enregistrement] de la cession.

2. [Si aucun cessionnaire n'enregistre la cession, la priorité est déterminée en fonction du moment de la notification de la cession.] Si aucun cessionnaire n'avise le débiteur, la priorité est déterminée en fonction du moment de la cession."

Paragraphe 1

239. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir si un cessionnaire, qui avait respecté la règle de priorité prévue dans le projet de convention, aurait la préférence par rapport à celui qui s'était conformé plus tôt à la règle de priorité de la loi nationale. On a fait observer que la question pourrait se poser lorsque les deux règles de priorité étaient différentes et qu'un conflit survenait entre un cessionnaire étranger et un cessionnaire national de créances nationales.

240. Selon un avis, le projet de convention devrait établir une règle de priorité qui permettrait de régler tous les conflits de priorité possibles entre plusieurs cessionnaires. On a indiqué que, si un cessionnaire qui avait appliqué la règle de priorité du projet de convention se trouvait subordonné à celui qui ne l'avait pas appliquée, le projet de convention n'atteindrait pas son objectif qui est de renforcer la certitude et la prévisibilité quant aux droits des tiers. De ce fait, a-t-on dit, le projet de convention ne permettrait pas d'augmenter l'offre de crédit à des conditions avantageuses.

241. En outre, il a été noté que le fait de ne pas donner la priorité à un "cessionnaire au titre de la Convention" sur un "cessionnaire antérieur, non au titre de la Convention" ôterait toute valeur au projet de convention sur le marché mondial. Il a été noté que, si tous les systèmes nationaux de priorité prévalaient sur le projet de convention, les incertitudes actuelles persisteraient, ce qui compromettrait gravement l'utilité du projet de convention. Il a toutefois été déclaré que, s'il serait souhaitable d'inclure dans le projet de convention une règle régissant tous les conflits de priorité, l'absence d'une telle règle aurait pour conséquence de réduire quelque peu l'utilité du projet de convention, mais pas de la supprimer.

242. Selon un autre avis, le projet de convention ne devrait pas porter sur les conflits de priorité entre les cessionnaires étrangers et nationaux de créances nationales. Accorder la priorité à un cessionnaire étranger (dont le droit résultait d'une cession faite plus tard dans le temps conformément au projet de convention) sur un cessionnaire national (dont le droit découlait d'une cession faite plus tôt dans le temps en application de la loi nationale) pourrait perturber les marchés financiers nationaux. À cet égard,

on a fait valoir que les cessionnaires nationaux pourraient être protégés s'ils devaient satisfaire aux conditions de la règle de priorité qui serait établie dans le projet de convention.

243. Après un débat, l'accord ne s'étant pas fait au sein du Groupe de travail, le Secrétariat a été prié d'établir un projet révisé de paragraphe 1, avec des variantes possibles, compte tenu des vues exprimées.

244. Le Groupe de travail a noté que, lors du débat sur le projet d'article 3, il avait été prévu de revenir sur la définition de la "priorité" (voir par. 85 ci-dessus). Toutefois, faute de temps, le Groupe de travail a reporté son examen de la définition du terme "priorité" à une session ultérieure.

245. Le Groupe de travail a ensuite abordé la question de la base sur laquelle déterminer la priorité entre plusieurs cessionnaires en concurrence (c'est-à-dire la partie qui "avait le droit d'obtenir le paiement des créances de préférence aux autres parties", au sens du projet d'article 3-8). Il a été noté que la "priorité" ne faisait pas intervenir la validité de la cession, mais plutôt la question de savoir quelle partie recevrait son paiement la première, à condition que sa créance soit valide. Pour ce qui est de savoir si la partie prioritaire conserverait le produit du paiement ou remettrait tout solde éventuel après satisfaction de sa créance à la partie suivante, dans l'ordre de priorité, cela serait traité différemment, selon qu'il s'agissait d'une cession-vente ou d'une cession à titre de garantie, question régie par l'autre loi applicable.

246. Selon un avis, la priorité devrait être déterminée en fonction du moment auquel la cession a été faite. Cette règle serait conforme à l'approche suivie dans le projet d'article 8 sur le moment du transfert des créances. En outre, elle correspondrait aussi aux règles appliquées, dans beaucoup de systèmes juridiques, au transfert de propriété. De plus, tout en reconnaissant que cette approche n'offrirait pas ou guère de protection aux tiers, on a fait observer qu'il n'était pas nécessaire de protéger les tiers par rapport au premier cessionnaire dans le temps. On a expliqué qu'il ne serait pas possible d'établir et, par conséquent, qu'il ne conviendrait pas de reconnaître l'acquisition faite de bonne foi par des tiers de droits sur les créances cédées.

247. On a fait observer que la question essentielle était la suivante : par quel moyen de preuve la priorité dans le temps pouvait-elle être établie ? Pour répondre à cette question, il a été suggéré de prévoir une règle tendant à ce que le cessionnaire qui, le premier, a procédé à l'enregistrement, ou bien à la notification du débiteur, serait présumé être le premier cessionnaire dans le temps. Tout autre cessionnaire qui prétendrait être le premier aurait la charge de fournir une preuve suffisante de sa priorité dans le temps.

248. Il a été indiqué que, dans les systèmes juridiques qui traitaient des questions de priorité en se fondant sur le moment de la cession, le caractère confidentiel de l'opération de financement était une considération d'importance primordiale et que toute autre approche ferait indûment obstacle à des pratiques bien établies de financement sans notification. En outre, comme la publicité n'était pas vraiment nécessaire dans le cas des cessions, il ne devrait y avoir que peu de renseignements accessibles, et ils ne devraient être accessibles qu'aux banques. Selon un avis opposé, un mécanisme de publicité ne porterait pas obligatoirement atteinte aux pratiques de financement sans notification, car l'identité du débiteur ne devait pas forcément être divulguée dans l'avis à déposer, et cet avis ne serait pas envoyé au débiteur. En outre, un mécanisme de publicité qui ne serait accessible qu'aux banques, et non à tous les fournisseurs potentiels de crédit, ôterait toute certitude quant aux droits des tiers et ferait obstacle à l'offre de nouveaux crédits.

249. Selon un autre avis, la priorité devrait être déterminée en fonction du moment de la notification du débiteur. On a fait observer que les tiers devraient être en mesure d'obtenir auprès des débiteurs des renseignements sur les cessions antérieures éventuelles. Tout en reconnaissant qu'une telle approche fonctionnerait bien en cas de cession de petits nombres de créances existantes, on a fait valoir que la notification du débiteur pourrait ne pas être efficace pour déterminer les priorités en cas de cessions globales de créances actuelles et futures. On a expliqué qu'un certain nombre de difficultés se poseraient : l'identité des débiteurs ne serait pas connue; le coût et le temps nécessaires pour aviser un grand nombre de débiteurs seraient considérables; enfin, les tiers se trouveraient dans l'obligation de se renseigner sur le statut des créances auprès de tous les débiteurs, qui ne seraient nullement tenus de répondre.

250. Selon un autre avis encore, la priorité devrait être déterminée en fonction d'un mécanisme de publicité approprié, qui permettrait aux tiers de savoir, avec un degré élevé de certitude et de prévisibilité, s'ils pouvaient compter sur les créances pour décider d'accorder un crédit. On a rappelé que, à sa session précédente, le Groupe de travail avait généralement estimé que, dans la règle principale pour la détermination de la priorité, il conviendrait de prévoir d'une manière ou d'une autre la publicité de la cession, de façon à éviter des difficultés pratiques d'établissement de la preuve des différentes cessions (A/CN.9/432, par. 247). En outre, on a fait valoir que, dans la pratique, les établissements de financement ne seraient pas disposés à accorder un crédit s'il ne leur était pas possible de calculer le risque de perte, ce qui serait le cas en l'absence de mécanisme de publicité appropriée.

251. S'agissant du type particulier de mécanisme de publicité à adopter, on a indiqué que, pour éviter la confusion entre un système visant à résoudre les conflits de priorité entre plusieurs cessionnaires et le système classique d'enregistrement de la propriété, il conviendrait d'utiliser à la place du mot "enregistrement" l'expression "dépôt de la notification". On a expliqué que la différence essentielle était que le dépôt d'une notification de cession, contrairement à l'enregistrement de la propriété, était non une condition de validité de la cession, mais uniquement une condition de détermination de la priorité.

252. De plus, selon un avis, la question de savoir si le cessionnaire prioritaire conserverait le produit des créances dépendait de celle de savoir s'il s'agirait d'une cession-vente ou d'une cession à titre de garantie, ce qui était laissé

à l'autre loi applicable. De plus, on a indiqué que, si on pouvait envisager un registre international unique, on avait aussi la solution de combiner les systèmes nationaux de dépôt et un registre international, ou la solution de la base de données. Un système de dépôt, entièrement ou partiellement informatisé, serait peu coûteux et fiable, et permettrait d'entrer et de stocker rapidement les renseignements déposés et d'y avoir accès. À cet égard, on s'est préoccupé des difficultés que pourrait poser l'établissement d'un système de dépôt électronique dans les pays qui n'avaient pas la technologie nécessaire. Par contre, on a noté que, sans un tel système de publicité, le projet de convention ne permettrait pas d'augmenter sur les nouveaux marchés l'offre de crédits fondés sur des cessions globales.

253. Après un débat, le Groupe de travail, n'ayant pu s'accorder, a prié le Secrétariat d'établir une version révisée du paragraphe 1 en tenant compte des vues exprimées.

Paragraphe 2

254. Le Groupe de travail a décidé de différer l'examen du paragraphe 2, en attendant la reprise de l'examen du paragraphe 1.

Article 23. Droits concurrents du cessionnaire et des créanciers du cédant

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

"Le cessionnaire a la priorité sur les créanciers du cédant saisissant les créances cédées, si :

a) Les créances [ont été cédées] [sont nées] [sont devenues exigibles] [ont été obtenues du fait de l'exécution d'une obligation] [et [la notification] [l'enregistrement] de la cession est survenu] avant la saisie; ou

b) Le cessionnaire a la priorité en vertu de la loi régissant la saisie."

256. Il a été noté qu'aux termes du projet d'article 23 un cessionnaire pourrait établir sa priorité sur les créanciers du cédant saisissant les créances cédées en satisfaisant aux conditions énoncées à l'alinéa *a* ou en appliquant la loi régissant la saisie. L'alinéa *a* offre deux possibilités. Selon la première, le cessionnaire aurait la priorité si un fait particulier (conclusion de la cession ou du contrat initial, échéance de la créance ou exécution du contrat initial) intervenait avant la saisie; selon la seconde, s'ajouterait au fait particulier une exigence de publicité (notification ou enregistrement) qu'il faudrait satisfaire avant la saisie pour que le cessionnaire établisse sa priorité.

257. En outre, on a noté qu'une règle fondée sur le moment où les créances ont été obtenues du fait de l'exécution d'une obligation n'empiéterait qu'un minimum sur les droits des créanciers du cédant en vertu de la loi régissant la saisie. De plus, cette règle ne porterait normalement pas atteinte à la protection du cessionnaire, car, dans la pratique, les cessionnaires accordaient généralement le crédit après exécution, du moins partiel, du contrat qui avait donné naissance aux créances.

258. Bien qu'un certain appui ait été exprimé en faveur d'une règle fondée sur le moment de la cession, pour les raisons qui avaient déjà été avancées au titre du projet d'article 22-1 (voir par. 246 à 248 ci-dessus), le Groupe de travail, par manque de temps, a renvoyé l'examen du projet d'article 23 à une session ultérieure.

III. TRAVAUX FUTURS

259. Ayant épuisé le temps imparti pour le débat à la session en cours, le Groupe de travail a renvoyé l'examen des projets d'articles 24 et 25 à une session ultérieure et a prié le Secrétariat de réviser ces projets d'articles en tenant compte des débats et des décisions du Groupe de travail concernant les projets d'articles premier à 23.

260. Un certain nombre de questions ont été suggérées au Groupe de travail pour examen dans le cadre de ses prochains travaux : la question de la partie qui devait se trouver dans un État contractant pour que le projet de convention s'applique; les problèmes découlant de la décision prise provisoirement de traiter des cessions de créances non contractuelles; le caractère impératif ou non impératif des différentes dispositions du projet de convention; la question des conflits de priorité, y compris des conflits entre un cessionnaire étranger et un cessionnaire national de créances nationales; les questions liées à l'insolvabilité et les questions de conflit de lois.

261. À propos des questions ci-dessus, il a été fait état de l'utilité des renseignements, en particulier sur l'expérience et les besoins des praticiens et autres milieux intéressés, qui pourraient être portés à l'attention du Groupe de travail par le Secrétariat ainsi que par les membres du Groupe de travail eux-mêmes à l'issue de consultations.

262. Le Groupe de travail a décidé d'examiner la question des conflits de lois au début de sa session suivante à partir d'une version révisée des règles pertinentes (A/CN.9/WG.II/WP.87) que le Secrétariat établirait en tenant compte des observations du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé (A/CN.9/WG.II/WP.90) et d'autres experts en la matière.

263. Il a été noté que la prochaine session du Groupe de travail aurait lieu à New York du 23 juin au 3 juillet 1997, sous réserve de confirmation de ces dates par la Commission à sa trentième session.

D. Documents de travail soumis au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux à sa vingt-sixième session

1. *Articles nouvellement révisés du projet de convention sur la cession de créances à des fins de financement : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.89) [Original : anglais]*

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	211
PRÉAMBULE	212
CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION ET DISPOSITIONS GÉNÉRALES	212
Article premier. Champ d'application	212
Article 2. Exclusions	213
Article 3. Définitions	214
Article 4. Protection du débiteur	215
Article 5. Obligations internationales de l'État contractant	215
Article 6. Principes d'interprétation	216
CHAPITRE II. FORME ET TENEUR DE LA CESSION	216
Article 7. Forme de la cession	216
Article 8. Moment du transfert des créances	216
Article 9. Cessions globales	216
Article 10. Conventions interdisant la cession	217
Article 11. Transfert de sûretés	217
CHAPITRE III. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS	217
Article 12. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire	217
Article 13. Assurances du cédant	217
Article 14. Droit du cessionnaire d'aviser le débiteur et de demander le paiement	218
Article 15. Notification du débiteur	218
Article 16. Paiement libératoire du débiteur	218
Article 17. Exceptions et compensations du débiteur	220
Article 18. Modification du contrat initial [et de la cession]	220
Article 19. Renonciation aux exceptions et aux compensations du débiteur	220
Article 20. Recouvrement d'avances	221
Article 21. Droits des tiers	221
Article 22. Droits concurrents de plusieurs cessionnaires	221
Article 23. Droits concurrents du cessionnaire et des créanciers du cédant	222
Article 24. Droits concurrents du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité	222
CHAPITRE IV. ENREGISTREMENT	223
CHAPITRE V. CESSIONS SUBSÉQUENTES	223
Article 25. Cessions subséquentes	223

INTRODUCTION

1. À sa vingt-huitième session, en 1995, la Commission a étudié la question de la cession dans le cadre du financement par cession de créances et a chargé le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux d'établir une loi uniforme sur la question[1].

2. Le Groupe de travail a entamé cette tâche à sa vingt-quatrième session en examinant un certain nombre de projets de règles uniformes présentés dans un rapport du Secrétaire général (A/CN.9/412). Lors de la clôture de la session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir une version révisée du projet de règles uniformes, compte tenu de ses délibérations et décisions (A/CN.9/420, par. 204).

3. À sa vingt-neuvième session, en 1996, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux

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

de sa vingt-quatrième session (A/CN.9/420). La Commission s'est félicitée des travaux accomplis et a prié le Groupe de travail de diligenter ses travaux[2].

4. À sa vingt-cinquième session, le Groupe de travail a examiné une note du Secrétariat intitulée "Articles révisés du projet de règles uniformes sur la cession de créances à des fins de financement" (A/CN.9/WG.II/WP.87). Lors de cette session, le Groupe de travail a décidé de retenir à titre d'hypothèse que le texte à élaborer revêtirait la forme d'une convention visant à harmoniser les lois actuelles sur la cession et les pratiques connexes (A/CN.9/432, par. 28 et 68).

5. N'ayant pas eu le temps d'examiner les dispositions du projet de convention relatives aux conflits de lois, le Groupe de travail a noté que la Conférence de La Haye se proposait d'élaborer et de lui soumettre pour examen à sa prochaine session un document sur les conflits de lois touchant à la cession de créances et les aspects connexes du droit de l'insolvabilité. À la clôture de cette session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir une version révisée du projet de convention, compte tenu de ses délibérations et décisions (A/CN.9/432, par. 269).

6. On trouvera dans la présente note les articles premier à 25 nouvellement révisés du projet de convention. Les ajouts et modifications apportés au texte sont soulignés. Conformément aux récentes instructions relatives à un contrôle et une limitation plus stricts de la documentation de l'Organisation des Nations Unies, les remarques explicatives qui accompagnent les projets de dispositions sont aussi brèves que possible. Référence est donc faite aux documents pertinents. De plus amples explications seront données oralement.

PROJET DE *CONVENTION* SUR LA CESSION DE CRÉANCES À DES FINS DE FINANCEMENT

PRÉAMBULE

Les États contractants,

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

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

Sont convenus de ce qui suit :

Références : A/CN.9/432, par. 89 et 90, 206 à 208 et 260 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/420, par. 15 et 16, 101 (vingt-quatrième session, 1995)

[2] *Ibid., cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 234.

Chapitre premier. Champ d'application et dispositions générales

Article premier. *Champ d'application*

1. La présente Convention s'applique aux cessions de créances internationales et aux cessions internationales de créances (...),

a) [*si le cédant et le débiteur ont leur établissement*] [*si le cédant a son établissement*] dans un État contractant; [ou

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

2. Une créance est internationale si les établissements du cédant et du débiteur sont situés dans des États différents. Une cession est internationale si les établissements du cédant et du cessionnaire sont situés dans des États différents.

3. Si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec le contrat pertinent et son exécution, compte tenu des circonstances connues des parties ou envisagées par elles à tout moment avant la conclusion ou lors de la conclusion dudit contrat. Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

Références : A/CN.9/432, par. 13 à 38 et 72 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projets d'articles premier et 2-7
A/CN.9/420, par. 19 à 32 (vingt-quatrième session, 1995)
A/CN.9/412, projet d'article premier

Remarques

1. Lors de sa session précédente, le Groupe de travail a estimé que, pour déterminer quelles parties devaient avoir leur établissement dans un État contractant, il faudrait examiner les litiges que le projet de convention pourrait être appelé à régler (A/CN.9/432, par. 29). Une disposition exigeant que toutes les parties à une cession aient leur établissement dans un État contractant limiterait indûment le champ d'application du projet de convention, car la plupart des litiges recensés lors de la session précédente du Groupe de travail (essentiellement des litiges relatifs à une mesure d'exécution à l'encontre du débiteur et à l'insolvabilité du cédant) ne seraient traités par le projet de convention que si le cédant et le débiteur avaient leur établissement dans un État contractant.

2. On notera toutefois que l'identité du débiteur sera peut-être inconnue au moment de la cession. Le Groupe de travail voudra donc peut-être envisager de disposer que, pour que la Convention soit applicable, seul le cédant devrait avoir son établissement dans un État contractant. Une telle approche mettrait l'accent sur une réalité de la pratique du financement par cession de créances, à savoir que le problème le plus important n'est pas le risque que le cessionnaire ne puisse recouvrer certaines créances parmi des milliers, mais plutôt que l'ensemble des créances ne soient perdues pour le cessionnaire du fait de l'intervention

des créanciers du cédant, notamment en cas d'insolvabilité. En outre, les intérêts du débiteur, qu'il soit situé ou non dans un État contractant, seraient protégés si les dispositions du projet de convention relatives à la protection du débiteur étaient insuffisantes au point d'être contraires à l'ordre public de l'État où le débiteur serait situé.

3. Lorsqu'il examinera l'alinéa *b* du paragraphe 1, le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte de l'alinéa 1 *b* de l'article 2 de la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international (Ottawa, 1988; ci-après dénommée la "Convention sur l'affacturage"), qui dispose que la Convention s'applique lorsque le contrat de vente de marchandises et le contrat d'affacturage sont régis par la loi d'un État contractant.

4. Lorsqu'il examinera le projet d'article premier, le Groupe de travail voudra peut-être réexaminer l'hypothèse de travail retenue, selon laquelle le projet de convention harmoniserait et remplacerait les lois nationales sur la cession et les pratiques connexes, plutôt que de créer un nouveau type de cession, les parties étant libres d'opter pour le projet de convention (A/CN.9/432, par. 67 à 69). Lors de sa session précédente, le Groupe de travail avait estimé qu'une clause générale de renonciation ou d'option risquerait de rendre plus incertains et moins prévisibles les droits des tiers (A/CN.9/432, par. 33 à 38 et 67 à 69). Le problème ne se poserait toutefois pas si le cédant et le cessionnaire étaient autorisés à exclure l'application des dispositions du projet de convention régissant leurs droits et obligations mutuels (c'est le cas des projets d'articles 11, 12-2 et 3, 13 et 14, et il faudra déterminer, au projet d'article 12-1, si le projet de convention ou la convention des parties prévaudra en cas de conflit).

5. Le paragraphe 3 s'inspire de l'article 10 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"). La référence aux parties au "contrat pertinent" désigne les parties au contrat dont le caractère international serait en question dans chaque cas particulier (c'est-à-dire, le contrat initial, le contrat de financement ou la cession). Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si le terme "contrat pertinent" est suffisant pour désigner la cession lorsqu'il n'y a pas de contrat de financement. En outre, il voudra peut-être traiter de la question de savoir si, pour la détermination de "l'établissement à prendre en considération", il faudrait tenir compte d'éventuelles stipulations des parties.

6. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'autres facteurs de rattachement pour l'application territoriale du projet de convention, notamment : le siège, afin d'englober les cas où intervient un État ou une administration publique; et le lieu d'enregistrement ou l'adresse postale, afin d'englober les sociétés n'ayant pas d'établissement fixe (par exemple les sociétés à boîte postale).

Article 2. Exclusions

La présente Convention ne s'applique pas aux cessions :

[a) effectuées à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

b) entre individus en tant que dons;

c) effectuées uniquement par endossement d'un effet de commerce ou remise d'un document au porteur;

d) effectuées en application de la loi;

e) se rattachant à la vente d'une entreprise commerciale d'où sont nées les créances cédées;

f) de créances dues par des individus;

g) de créances découlant de relations d'emploi;

h) de créances découlant d'un contrat lorsque le cessionnaire doit exécuter le contrat;

i) de créances découlant de contrats de réassurance;

j) de créances découlant de contrats de bail relatifs à des biens immobiliers et à des équipements;

k) de créances découlant de comptes de dépôt].

Références : A/CN.9/432, par. 17 et 62 à 66 (vingt-cinquième session, 1996)

Remarques

1. Ayant décidé de supprimer toute référence à l'objectif ou au contexte financier de la cession, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'incorporer une liste de cessions, de créances et de parties à exclure du champ d'application du projet de convention (A/CN.9/432, par. 18 et 66). Le projet d'article 2 a été établi comme suite à cette demande. Son libellé figure entre crochets, car il se fonde sur des suggestions préliminaires faites lors de la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/432, par. 59, 63 et 65).

2. Pour ce qui est notamment des créances dues par des individus, le Groupe de travail, à sa session précédente, n'a pu s'accorder sur le point de savoir si elles devraient ou non être incluses (A/CN.9/432, par. 36, 64 et 234 à 238).

3. Le principal argument avancé en faveur de l'exclusion des créances dues par des individus est le suivant : on éviterait ainsi tout conflit entre les dispositions du projet de convention relatives aux droits et aux obligations du débiteur et les principes touchant à la protection des consommateurs. Toutefois, une telle exclusion présenterait un certain nombre d'inconvénients, notamment les suivants : elle exclurait une pratique importante, à savoir la titrisation des créances sur carte de crédit, qui permet aux consommateurs d'avoir accès à des crédits plus favorables; et elle aurait pour effet non souhaité d'exclure les créances dues par des commerçants (le terme "individus" a été retenu, afin que l'on n'ait pas à définir et distinguer les termes "consommateur" et "commerçant", termes qui ne sont pas interprétés partout de la même manière).

4. Il serait peut-être plus approprié d'établir, dans le cadre du projet de convention, un système approprié de protection du débiteur qui permettrait de veiller à ce que la situation juridique du débiteur ne soit pas modifiée du fait de la cession et à ce que le débiteur sache qui payer afin de se libérer de son obligation. On pourrait ainsi donner le droit au consommateur-débiteur de se libérer de son obligation en payant au compte bancaire ou à la boîte postale spécifiés par le cédant, pratique déjà suivie dans le contexte

des créances sur carte de crédit. On pourrait également indiquer dans le projet de convention que celui-ci ne prévaut pas sur les lois relatives à la protection des consommateurs (A/CN.9/432, par. 237).

Article *3. Définitions*

Aux fins de la présente Convention :

1. Le terme "cession" désigne le (...) transfert *par convention [écrite] [d'une ou plusieurs]* créances *[existantes ou futures] [ou d'intérêts partiels et indivis sur des créances,]* d'une *ou plusieurs parties* ("le cédant") à une autre partie *ou d'autres parties* ("le cessionnaire"), par vente, à titre de garantie d'exécution d'une obligation, ou par tout autre moyen (...) [, *y compris la subrogation, la novation ou le nantissement*].

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

3. Le terme "créance" désigne tout droit *du cédant ou d'une autre partie ou d'autres parties* d'obtenir ou de demander le paiement d'une somme d'argent *d'une autre partie ou d'autres parties* (...).

4. Le terme "contrat initial" désigne un contrat *d'où naît une créance. [Une créance "naît" [lorsque le contrat initial est conclu] [lorsqu'elle devient exigible] [lorsqu'elle découle de l'exécution d'une obligation] [lorsqu'elle peut être exercée]*].

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

6. Le terme "écrit" désigne toute forme de communication préservant un enregistrement complet de l'information qui y est contenue et permettant l'authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou par une procédure convenue par l'expéditeur et le destinataire de la communication.

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

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

Références : A/CN.9/432, par. 39 à 72
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 2
A/CN.9/420, par. 33 à 44 et 180 à 184
(vingt-quatrième session, 1995)
A/CN.9/412, projet d'articles 1-2, 2 et 9-4

Remarques

1. Le paragraphe 1 donne une définition large du terme "cession", qui a été largement approuvée lors de sessions précédentes du Groupe de travail (A/CN.9/420, par. 39 et A/CN.9/432, par. 45).

2. La référence aux cessions "écrites", qui figure au paragraphe 1, a été insérée comme suite à une suggestion faite lors de la session précédente du Groupe de travail (A/CN.9/432, par. 42). Une telle approche, qui est une variante de celles qui sont énoncées dans le projet d'article 7, exclurait les cessions verbales du champ d'application du projet de convention.

3. À l'appui d'une telle approche, on peut avancer qu'elle dissuaderait sans doute de recourir à des cessions verbales, ce qui permettrait de protéger toutes les parties intéressées des incertitudes liées à de telles cessions. Toutefois, une telle protection n'est peut-être pas nécessaire, car les parties aux opérations de financement sont normalement à même de protéger leurs propres intérêts; le débiteur est protégé quoi qu'il en soit, car, avant la notification écrite de la cession, il peut s'acquitter de son obligation en payant le cédant; et les tiers pourraient être protégés par une disposition exigeant l'enregistrement dans un registre public, non de la cession dans son ensemble, mais d'une notification comportant certains éléments essentiels.

4. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si, compte tenu de l'approche "large" retenue pour la définition du terme "créance", on pourrait supprimer la référence à certains types de créances au paragraphe 1. En outre, il voudra peut-être étudier si l'on pourrait arriver au même résultat sans faire explicitement référence à la subrogation, à la novation ou au nantissement.

5. Pour ce qui est du paragraphe 2, le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il faudrait le conserver ou le supprimer après avoir examiné le titre, le préambule et le projet d'article 12-3, qui comportent actuellement une référence au financement par cession de créances. Si le Groupe de travail décide de supprimer le paragraphe 2, il voudra peut-être préserver, dans des dispositions appropriées du projet de convention, certains éléments dont l'importance a été soulignée lors de sessions précédentes du Groupe de travail, à savoir l'accent mis sur les cessions pour l'obtention de services (par exemple, comptabilité, recouvrement, assurance) et la possibilité que le cédant et l'emprunteur en vertu du contrat de financement soient deux personnes différentes (A/CN.9/432, par. 50). Si le Groupe de travail décidait de conserver le paragraphe 2, il pourrait étudier si la définition du terme "financement par cession de créances", telle qu'elle est actuellement formulée, n'est pas trop large et ne risque pas d'englober par erreur des opérations qui ne devraient pas être incluses, par exemple des opérations de gestion de fonds.

6. Dans son libellé actuel, la définition du terme "créance", qui est séparée de la définition du terme "contrat initial", a pour objet d'englober les créances tant contractuelles (qu'elles découlent ou non de l'exécution d'une obligation) que non contractuelles, y compris les dommages-intérêts de toute nature, ainsi que les créances payables dans toute monnaie. En outre, elle inclut tant les créances au sens strict du terme ("le droit de demander") que le produit des créances ("le droit d'obtenir"). Le libellé placé entre crochets, qui n'énonce pas une définition mais une règle d'interprétation, a pour objet d'expliquer un terme utilisé dans l'ensemble du projet de convention (à savoir, "une créance naît"). La référence au terme "peut-être exercée"

est tirée de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974; art. 9). Si l'on conserve une telle référence, il faudra peut-être la compléter par une disposition similaire à l'article 10 de ladite Convention précisant quand une créance "peut-être exercée".

7. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier s'il faudrait également inclure le droit à obtenir paiement en métaux précieux ou dans des unités de compte. En outre, il voudra peut-être examiner des questions particulières découlant de la cession d'intérêts partiels ou indivis sur des créances, notamment : la définition des "parties" d'une créance, ou les unités minimums qui pourraient être cédées; la question de savoir si le consentement du débiteur doit être obtenu pour qu'une telle cession produise ses effets; la question de savoir si le débiteur devrait pouvoir se libérer en déposant le montant dû sur un compte bancaire ou en l'envoyant à une boîte postale; et la question de la protection du cessionnaire contre les créanciers du cédant (A/CN.9/420, par. 180 à 184).

8. Le terme "notification de la cession" a été défini car il est utilisé dans l'ensemble du projet de convention (voir également le projet d'article 15 qui traite de la teneur de la notification et de la question de savoir si la notification peut porter sur des créances n'existant pas au moment où elle est faite).

9. Le Groupe de travail voudra peut-être réexaminer le paragraphe 8 à la lumière de son débat sur les projets d'articles 22 à 24, dans lesquels le terme "priorité" est utilisé. Dans ce même contexte, il voudra peut-être traiter de la question de savoir s'il est approprié d'utiliser ce terme à la fois pour les cessions-ventes et les cessions à titre de garantie.

Article *4. Protection du débiteur*

1. Une cession ne produit pas d'effet sur l'obligation qu'a le débiteur de payer, *si ce n'est qu'au moment de la réception de la notification de la cession le débiteur est habilité, sous réserve des dispositions de l'article 16, à effectuer un paiement libératoire au cessionnaire.*

2. Une cession *ne porte pas* atteinte aux droits du débiteur à l'encontre du cédant découlant de la non-exécution par le cédant du contrat initial (...).

Références : A/CN.9/432, par. 87 à 92 et 244 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'articles 6-1 *b* et 17-2
A/CN.9/420, par. 101 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Le projet d'article 4 reflète un principe fondamental énoncé également dans les projets d'articles 16 et 17, qui a bénéficié d'un large appui lors de la précédente session du Groupe de travail (A/CN.9/432, par. 89 et 244).

2. Le paragraphe 1 vise à préciser que le seul effet de la cession pour le débiteur est le changement d'identité du créancier, qui, sous réserve du projet d'article 16, peut entraîner un changement dans la manière dont le débiteur peut se libérer de son obligation. L'obligation de paiement, y compris le montant à payer, le moment, le lieu et la monnaie du paiement, ainsi que les exceptions du débiteur ne devraient pas en être affectés.

3. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si le paragraphe 1 ne risque pas d'être incompatible avec le projet d'article 18, en ce sens que, après, par exemple, une réduction du prix prévu dans le contrat initial, le débiteur pourrait avoir à payer le prix initial, plus élevé, à moins qu'il ne soit satisfait aux conditions énoncées au paragraphe 2 du projet d'article 18.

4. Le paragraphe 2, qui se fonde sur l'hypothèse que l'obligation d'exécuter le contrat initial incombe au cédant, a pour objet de protéger les droits dont le débiteur pourrait se prévaloir à l'encontre du cédant en cas de non-exécution par ce dernier du contrat initial. Ces droits, toutefois, ne peuvent être invoqués contre le cessionnaire (à moins qu'ils ne constituent des exceptions conformément au projet d'article 17). Par exemple, le projet d'article 20 dispose que le débiteur ne peut pas recouvrer auprès du cessionnaire les paiements anticipés qu'il a effectués en sa faveur.

5. Un régime juridique approprié visant à protéger le débiteur pourrait apaiser les préoccupations exprimées par le Groupe de travail lors de sessions précédentes au sujet de la prise en compte des cessions internationales de créances nationales, et en particulier de créances dues par des consommateurs (A/CN.9/420, par. 24, 27 à 29 et 159 et A/CN.9/432, par. 17, 21, 36 et 236 à 238). Le changement de régime juridique régissant l'obligation du débiteur ne devrait avoir aucune incidence sur le consommateur/débiteur tant que ce régime juridique protège comme il convient les intérêts du consommateur/débiteur. En outre, ce régime de protection du débiteur pourrait mieux faire accepter les dispositions concernant les cessions verbales, les cessions globales de créances futures, les clauses de non-cession et l'enregistrement (voir la remarque 4 relative au projet d'article 2).

Article *5. Obligations internationales de l'État contractant*

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 et le débiteur aient leur établissement dans des États parties à cet accord.

Références : A/CN.9/432, par. 73 à 75 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 3
A/CN.9/420, par. 23 (vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

Le Groupe de travail voudra peut-être étudier si le projet d'article 5 devrait être aligné sur le projet de paragraphe 1 *a* de l'article premier, pour ce qui est de savoir

quelle partie doit avoir son établissement dans un État partie à l'accord international qui devrait prévaloir sur le projet de convention.

Article *6. Principes d'interprétation*

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

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

Références : A/CN.9/432, par. 76 à 81
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 4
A/CN.9/420, par. 190
(vingt-quatrième session, 1995)

Chapitre II. Forme et teneur de la cession

Article *7. Forme de la cession*

Variante A

Une cession n'a pas à être effectuée ou attestée par écrit et ne fait l'objet d'aucune autre condition de forme. Elle peut être prouvée par tous les moyens, y compris par témoins.

Variante B

Une cession sous une forme autre que la forme écrite ne produit pas ses effets [à l'égard de tiers]. [*Si la cession est à un moment donné effectuée ou attestée par écrit, elle produit ses effets à compter de ce moment.*]

Références : A/CN.9/432, par. 82 à 86
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 5
A/CN.9/420, par. 75 à 79
(vingt-quatrième session, 1995)
A/CN.9/412, projet d'article 5

Article 8. Moment du transfert des créances

1. Une créance naissant avant le moment de la cession est transférée au moment de la cession.

2. Sans préjudice des droits des créanciers du cédant, une créance future *est transférée* directement au cessionnaire [*lorsqu'elle est cédée*] [*lorsqu'elle naît*] [*lorsqu'elle est exigible*] [*lorsqu'elle est obtenue du fait de l'exécution d'une obligation*], sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle cession.

Références : A/CN.9/432, par. 109 à 112
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 7-1 et 3
A/CN.9/420, par. 57 à 60
(vingt-quatrième session, 1995)
A/CN.9/412, projet d'article 3-2.

Remarques

1. Par souci de clarté, le projet d'article 7 de la précédente version des règles a été divisé en deux articles, à savoir les projets d'articles 8 et 9. Le projet d'article 8 porte sur une question de la plus haute importance, à savoir le moment auquel le transfert des créances prend effet.

2. Le paragraphe 1, qui énonce une règle évidente, a été inclus dans le projet d'article 8 pour compléter cet article. S'agissant du paragraphe 2, qui présente quatre variantes, le Groupe de travail voudra peut-être préciser le moment exact du transfert en mentionnant une date, par exemple la date indiquée dans la cession, le contrat de financement ou le contrat initial, le cas échéant, ou la date d'acceptation d'une offre.

3. Selon l'approche qui sera retenue au paragraphe 2 pour le moment du transfert des créances futures, il conviendra peut-être d'adapter la définition des mots "créance future". Compte tenu de la définition de ces mots dans sa présente formulation, une disposition fixant comme moment du transfert des créances futures un moment ultérieur à celui où la créance naît (à savoir après que la créance est devenue une créance réelle) signifierait que les créances futures ne pourraient être cédées en vertu du projet de convention.

4. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si l'effet de la cession doit être explicitement mentionné dans une disposition de fond, bien que par "cession" on entende le transfert de créances par convention et que les projets d'articles 8 et 9 énoncent implicitement l'effet de la cession.

Article 9. Cessions globales

(...) *Sans préjudice des droits des créanciers du cédant,* les créances futures qui ne sont pas identifiées individuellement *sont transférées*, si elles peuvent être identifiées comme étant les créances faisant l'objet de la cession, soit au moment *convenu par le cédant et le cessionnaire, soit, en l'absence d'une telle convention,* lorsque les créances *naissent* (...).

Références : A/CN.9/432, par. 102 à 108
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 7-2
A/CN.9/420, par. 45 à 56
(vingt-quatrième session, 1995)
A/CN.9/423, projet d'article 3-1

Remarques

Conformément au projet d'article 9, la seule condition imposée au transfert des créances globales futures est que ces créances soient identifiables à un moment donné. Le

moment exact de cette identification est laissé à la discrétion des parties. Cette approche ne porte pas préjudice aux droits du débiteur puisque la notification doit raisonnablement identifier les créances cédées. Elle ne porte pas non plus préjudice aux droits des créanciers du cédant, car elles sont expressément exclues du champ d'application du projet d'article 9.

Article *10. Conventions interdisant la cession*

1. Une créance est transférée au cessionnaire nonobstant toute convention entre le cédant et le débiteur interdisant la cession.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidences sur toute obligation ou responsabilité du cédant envers le débiteur du chef d'une cession effectuée en violation d'*une convention interdisant la cession*, mais le cessionnaire n'est pas responsable envers le débiteur du chef d'une telle violation.

Références : A/CN.9/432, par. 113 à 126
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 8
A/CN.9/420, par. 61 à 68
(vingt-quatrième session, 1995)
A/CN.9/412, projet d'article 4

Remarques

1. Le paragraphe 2 vise à la fois la responsabilité contractuelle et la responsabilité pour ingérence quasi délictuelle dans la relation contractuelle établie entre le cédant et le débiteur. La règle énoncée au paragraphe 2 est complétée par le projet d'article 17-3, qui dispose que le débiteur ne peut invoquer contre le cessionnaire la violation en tant qu'exception ni ne peut procéder à une compensation à l'encontre du cessionnaire sur la base des dommages découlant de la violation.

2. Le Groupe de travail voudra peut-être aborder un certain nombre de questions concernant notamment le point de savoir si les conventions limitant le droit du créancier de céder ses créances doivent être englobées (par exemple, une seule cession est autorisée) et si, en cas de violation d'une convention n'autorisant qu'une seule cession, certaines catégories de débiteurs (par exemple, les pouvoirs publics), doivent être autorisées à se libérer de leur obligation en payant le cédant.

Article *11. Transfert de sûretés*

1. Sauf disposition contraire d'une (...) loi ou sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, les *sûretés [personnelles ou patrimoniales]* garantissant les créances cédées *sont transférées au cessionnaire* sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire.

2. Le paragraphe 1 du présent article n'a d'incidence sur aucune obligation relative à l'enregistrement des sûretés.

Références : A/CN.9/432, par. 127 à 130
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 9
A/CN.9/420, par. 69 à 74
(vingt-quatrième session, 1995)

Chapitre III. Droits, obligations et exceptions

Article *12. Droits et obligations du cédant et du cessionnaire*

[1. *[Sous réserve des dispositions de la présente Convention,]* les droits et obligations du cédant et du cessionnaire découlant de leur convention sont déterminés par les termes et conditions de ladite convention, y compris toutes règles, toutes conditions générales ou tous usages qui y sont (...) mentionnés (...).]

2. Le cédant et le cessionnaire sont liés par les usages auxquels ils ont consenti et, sauf convention contraire, par les habitudes qui se sont établies entre eux.

3. Sauf convention contraire, le cédant et le cessionnaire sont réputés s'être tacitement référés pour la cession à tout usage dont ils avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties aux opérations de financement des créances.

Références : A/CN.9/432, par. 131 à 144
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 10
A/CN.9/420, par. 73, 81 et 95
(vingt-quatrième session, 1995)

Remarques

1. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir ce qui doit prévaloir, en cas de conflit, du projet de convention ou de la convention entre les parties. Il convient de noter qu'à l'exception des dispositions traitant de la forme de la cession les dispositions du projet de convention visant les droits du cédant et du cessionnaire peuvent être modifiées d'un commun accord (projets d'articles 11, 12-2 et 3, 13 et 14-1).

2. Les paragraphes 2 et 3 s'inspirent de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.

Article *13. Assurances du cédant*

1. Sauf convention contraire (...) du cédant et du cessionnaire, le cédant assure qu'il est, au moment de la cession, ou sera ultérieurement le créancier [, et que le débiteur ne peut invoquer, au moment de la cession, des exceptions *ou des compensations* qui pourraient [priver les créances cédées de leur valeur] *[faire obstacle, en totalité ou en partie, au droit du cessionnaire de demander le paiement]*].

2. Sauf convention contraire (...) du cédant et du cessionnaire, le cédant n'assure pas que le débiteur *effectuera le paiement* (...).

Références : A/CN.9/432, par. 145 à 158
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 11
A/CN.9/420, par. 80 à 88
(vingt-quatrième session, 1995)
A/CN.9/412, projet d'article 6

Remarques

1. Le paragraphe 1 prévoit deux catégories d'assurances : les assurances concernant la propriété des créances, qui ont fait l'objet d'un large appui lors de la précédente session du Groupe de travail, et les assurances concernant les exceptions du débiteur en vertu du contrat initial, qui ont suscité un certain nombre de préoccupations (A/CN.9/432, par. 149).

2. Le nouveau libellé du paragraphe 1 répond à une préoccupation exprimée lors de précédentes sessions du Groupe de travail. En effet, on avait fait observer que la référence à la privation de "valeur" pourrait être interprétée comme étant une référence à la valeur économique et non aux exceptions faisant légalement obstacle à la demande du cessionnaire (A/CN.9/420, par. 87 et A/CN.9/432, par. 153). Si le Groupe de travail décide de maintenir les assurances concernant les exceptions du débiteur qui sont inconnues du cessionnaire, et préfère la référence à la privation de "valeur", il faudra alors préciser si toute diminution, ou seulement une diminution sensible, du montant des créances cédées représente une violation des assurances.

Article *14. Droit du cessionnaire d'aviser le débiteur et de demander paiement*

1. Sauf convention contraire du cédant et du cessionnaire, le cessionnaire est habilité à *donner au* débiteur *notification de la cession* et à demander le paiement des créances cédées (...).

2. *Si le cessionnaire donne notification de la cession au débiteur en violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire interdisant ou limitant la notification, la notification produit ses effets mais le cessionnaire peut être responsable envers le cédant de la rupture du contrat.*

Références : A/CN.9/432, par. 159 à 164
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 12
A/CN.9/420, par. 89 à 97
(vingt-quatrième session, 1995)
A/CN.9/412, projet d'article 7

Remarques

Le paragraphe 2 aborde la question de savoir si une notification donnée en violation d'une convention entre le cédant et le cessionnaire privant le cessionnaire du droit d'aviser le débiteur ou limitant ce droit serait valide. Il s'inspire des principes généraux du droit des contrats, à savoir que les conventions ne lient que les parties et que leur violation peut avoir pour effet que la partie défaillante est tenue responsable de la rupture du contrat envers l'autre partie. Il s'ensuit que, si le débiteur reçoit notification du cessionnaire conformément aux dispositions énoncées dans le projet d'article 15, il devrait être habilité à effectuer un paiement libératoire au cessionnaire.

Article 15. Notification du débiteur

1. *La notification de la cession* :

a) est donnée par écrit *au débiteur* par le cédant ou le cessionnaire; et

b) identifie raisonnablement les créances cédées et la personne à laquelle ou pour le compte de laquelle le débiteur est tenu d'effectuer le paiement.

2. *La notification de la cession peut porter sur des créances nées après la notification.*

Références : A/CN.9/432, par. 173 à 194
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 13-2
A/CN.9/420, par. 116 à 123
(vingt-quatrième session, 1995)
A/CN.9/412, projet d'article 9-2

Remarques

1. Le paragraphe 1 a été établi conformément aux propositions formulées par le Groupe de travail à sa précédente session au sujet du projet de l'article 13-2 (A/CN.9/432, par. 173 à 184).

2. En vertu du paragraphe 2, la notification de la cession de créances n'existant pas au moment de la notification peut être valablement donnée. Toutefois, pour éviter une restriction excessive de l'autonomie économique du cédant, le Groupe de travail pourrait envisager de limiter la règle énoncée au paragraphe 2, par exemple aux créances naissant dans un certain délai après la notification.

Article *16. Paiement libératoire du débiteur*

1. Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession *conformément à l'article 15*, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire au cédant.

2. *Lorsqu'il a reçu notification de cession conformément à l'article 15, sous réserve des dispositions du paragraphe 3, le débiteur est habilité à effectuer un paiement libératoire au cessionnaire.*

3. *Nonobstant la notification de la cession conformément à l'article 15, le débiteur effectue un paiement libératoire au cédant :*

[*a)* s'il a effectivement connaissance de la nullité de la cession; *et*

b)] s'il est invité dans la notification à continuer de payer le cédant.

4. *Nonobstant la notification de la cession conformément à l'article 15, si* le débiteur reçoit notification d'une cession antérieure *conformément à l'article 15*, ou de mesures

visant à saisir les créances cédées, y compris, mais non exclusivement, de jugements ou ordonnances d'instances judiciaires ou non judiciaires, ainsi que de mesures prises en application de la loi, notamment en cas d'insolvabilité du cédant, *il est habilité à [effectuer un paiement libératoire en déposant le montant dû auprès d'un fonds de dépôt public] [solliciter des instructions auprès d'une instance judiciaire ou non judiciaire compétente et à payer conformément aux instructions reçues].*

5. Au cas où le débiteur reçoit notification *conformément à l'article 15* de plus d'une cession des mêmes créances effectuées par le même cédant, il est *habilité à effectuer un paiement libératoire* au premier cessionnaire lui *adressant notification de la cession conformément à l'article 15* et peut invoquer contre *ce* cessionnaire les exceptions *et compensations* prévues à l'article *17*.

6. S'il en est *ainsi* convenu entre le cédant et le débiteur avant la notification de la cession *conformément à l'article 15*, le débiteur est habilité à *effectuer un paiement libératoire* à un compte bancaire ou à une boîte postale spécifiés dans la Convention. Après notification de la cession *conformément à l'article 15*, le débiteur et le cessionnaire peuvent convenir de la méthode de paiement.

7. Si le débiteur le demande, le cessionnaire doit, dans un délai raisonnable, prouver de la manière appropriée que la cession a été effectuée, faute de quoi le débiteur *est habilité à* effectuer un paiement libératoire au cédant *[déposer le montant dû auprès d'un fonds de dépôt public] [solliciter des instructions auprès de l'instance judiciaire ou non judiciaire compétente et à payer conformément aux instructions reçues]. La cession est réputée prouvée de la manière appropriée notamment par la présentation d'un document quelconque provenant du cédant et indiquant que la cession a eu lieu.*

8. *Le paragraphe 2 du présent article ne porte préjudice à aucun autre motif pour lequel le paiement au cessionnaire est libératoire pour le débiteur.*

Références : A/CN.9/432, par. 165 à 172 et 195 à 204 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 13
A/CN.9/420, par. 98 à 115 et 124 à 131 (vingt-quatrième session, 1995)
A/CN.9/412, projet d'articles 9 et 15-2

Remarques

1. Conformément à une décision prise par le Groupe de travail à sa précédente session, le projet d'article 16 met l'accent non plus sur l'obligation de paiement du débiteur mais sur le paiement libératoire (A/CN.9/432, par. 181).

2. Les paragraphes 1 et 2 visent à établir une règle de libération claire et simple pour le débiteur fondée sur un critère objectif, la notification de la cession. L'introduction d'un critère subjectif, par exemple le fait d'avoir connaissance de la cession, obligerait le débiteur à tenir à jour un fichier des éventuelles cessions et pourrait nuire à la notion de certitude, nécessaire dans toute règle de libération du débiteur. Conformément aux paragraphes 1 et 2, le débiteur n'est pas empêché de payer du fait qu'il a connaissance des faits pertinents. Mais, s'il choisit de le faire, il court le risque d'avoir à payer deux fois.

3. Le paragraphe 3 introduit deux exceptions à cette règle, à savoir le cas où le débiteur a "effectivement connaissance" de la nullité de la cession et le cas où le débiteur est invité à continuer de payer le cédant.

4. La première exception a été retenue comme suite à une suggestion faite à la session précédente du Groupe de travail, qui a reçu un certain appui (A/CN.9/432, par. 189). Cette exception apparaît entre crochets, compte tenu des préoccupations exprimées lors de précédentes sessions du Groupe de travail au sujet de l'introduction d'un critère subjectif dans une règle concernant la protection du débiteur (A/CN.9/420, par. 99 à 104 et A/CN.9/432, par. 167 à 171 et 189 à 192). Le principal avantage d'une disposition comme celle énoncée au paragraphe 3 *a* est qu'elle met l'accent sur la nécessité de rendre la pratique commerciale conforme au principe de la bonne foi. Son principal inconvénient est qu'elle introduit une certaine incertitude et ouvre des possibilités coûteuses de recours aux tribunaux, dans la mesure où elle soulève un certain nombre de questions, notamment quels éléments permettent de juger qu'il y a eu connaissance, qui doit prouver qu'il y a eu connaissance, quelle doit être l'étendue de la connaissance (par exemple, nullité de plein droit ou de fait) et quelle portée on doit donner à la connaissance en cas de cessions concurrentes. La seconde exception tient compte de certaines pratiques, par exemple la titrisation, où le cessionnaire, qui est un organisme spécial créé à seule fin d'émettre et de vendre des titres, n'a pas de structure conçue pour recevoir les paiements.

5. Dans les deux cas, le débiteur n'a pas le droit mais l'obligation de payer le cédant. Il serait contraire au principe de bonne foi d'autoriser le débiteur, qui a effectivement connaissance de la cession, d'effectuer un paiement libératoire au cessionnaire. En outre, le fait d'autoriser le débiteur à payer le cessionnaire alors qu'il a reçu des instructions contraires créerait des obstacles à la titrisation.

6. Les paragraphes 4 à 8 traitent de cas particuliers dans lesquels le débiteur peut se libérer de son obligation de manières différentes. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il convient de retenir toutes les formules énoncées aux paragraphes 4 et 7, qui permettent au débiteur de se libérer de son obligation et, dans l'affirmative, si le choix doit être laissé au débiteur de recourir à l'une d'entre elles ou à toutes (A/CN.9/432, par. 199 à 202).

7. Le paragraphe 8, qui tire son origine du projet d'article 13-5 de la version précédente des règles, a pour objet d'éviter le risque que les mécanismes établis par le projet de convention pour libérer le débiteur de son obligation n'excluent involontairement, pour des raisons de forme (par exemple parce que la notification n'est pas conforme au projet d'article 15), d'autres modes de paiement au cessionnaire libératoires pour le débiteur.

Article *17. Exceptions et compensations du débiteur*

1. Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur une demande de paiement des créances cédées, le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire toutes les exceptions (...) qu'il pourrait *invoquer* si la demande *était* présentée par le cédant.

2. Le débiteur peut *invoquer* contre le cessionnaire tout droit à compensation, sur la base de droits ou actions existants contre le cédant en faveur duquel la créance est née (...), qu'il *pouvait invoquer* au moment où la notification de la cession lui a été donnée.

3. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, les exceptions et compensations que le débiteur pourrait invoquer contre le cédant pour violation des conventions interdisant la cession *conformément à l'article 11* ne peuvent être invoquées par le débiteur contre le cessionnaire.

Références : A/CN.9/432, par. 205 à 209
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 14
A/CN.9/420, par. 132 à 151
(vingt-quatrième session, 1995)
A/CN.9/412, article 10

Article *18. Modification du contrat initial [et de la cession]*

1. La modification du contrat initial, *convenue entre le cédant et le débiteur [avant notification de la cession]*, lie le cessionnaire, et celui-ci acquiert des droits correspondants en vertu du contrat modifié (...).

[2. *La modification du contrat initial, convenue entre le cédant et le débiteur après notification de la cession, lie le cessionnaire, et celui-ci acquiert des droits correspondants en vertu du contrat modifié, si la modification est effectuée de bonne foi et conformément à des normes commerciales raisonnables*].

[3. *La modification de la cession, convenue par le cédant et le cessionnaire après notification de la cession conformément aux dispositions de l'article 15, ne lie le débiteur que si celui-ci reçoit notification de la cession modifiée*].

Références : A/CN.9/432, par. 210 à 217
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 15

Remarques

1. En vertu du paragraphe 1, une modification du contrat initial convenue entre le cédant et le débiteur lierait le cessionnaire, dans tous les cas ou uniquement avant notification. Il est possible que le fait de limiter le droit du cédant et du débiteur de modifier le contrat initial ne soit pas pleinement conforme à la disposition du projet d'article 4 selon laquelle la cession ne devrait pas porter atteinte à la position juridique du débiteur. C'est pourquoi la référence faite à la notification au paragraphe 1 et dans l'ensemble du paragraphe 2 figure entre crochets.

2. Aux termes du paragraphe 2, une modification du contrat initial ne lierait le cessionnaire que si elle était faite de bonne foi et conformément à des normes commerciales raisonnables. Une modification, sous réserve qu'elle soit faite de bonne foi, lierait le cessionnaire même si des modifications devaient être interdites dans la cession.

3. Le paragraphe 3 fait suite à une demande formulée par le Groupe de travail à sa session précédente (A/CN.9/432, par. 217). Il dispose qu'en cas de modification de la cession une seconde notification serait nécessaire. Le paragraphe 3 n'est peut-être pas indispensable. En cas de modification mineure, une seconde notification serait en effet superflue et aurait l'effet indésirable d'augmenter le coût des opérations financières, en particulier des opérations consistant dans le regroupement d'un grand nombre de créances de faible valeur. Si, en revanche, la modification était tellement importante que l'on pouvait parler de nouvelle cession, une seconde notification s'imposerait alors dans tous les cas.

Article *19. Renonciation aux exceptions et aux compensations du débiteur*

1. *[Sans préjudice de [la loi applicable aux relations entre le cédant et le débiteur] [la législation relative à la protection des consommateurs],] le débiteur peut convenir avec le cédant ou le cessionnaire, par écrit, de renoncer aux exceptions et aux compensations qu'il pourrait invoquer en vertu de l'article 17. La renonciation aux exceptions et aux compensations interdit au débiteur d'invoquer contre le cessionnaire ces exceptions et compensations.*

2. Il est impossible de renoncer aux exceptions suivantes :

a) exceptions découlant d'opérations distinctes entre le débiteur et le cessionnaire; *et*

b) exceptions fondées sur des actes frauduleux de la part du cessionnaire [*ou du cédant*].

3. Une renonciation aux exceptions ne peut être *modifiée* que par une convention écrite.

Références : A/CN.9/432, par. 218 à 238
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 16
A/CN.9/420, par. 136 à 144
(vingt-quatrième session, 1995)
A/CN.9/412, projet d'article 11

Remarques

1. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se pencher sur la question de savoir si l'application du projet d'article 19 devrait être soumise à d'autres règles de droit et, dans l'affirmative, à quelles règles (la loi applicable au contrat initial en général ou seulement la loi applicable à la protection des consommateurs) (A/CN.9/432, par. 230 et 237).

2. Le Groupe de travail pourra aussi souhaiter s'interroger sur le fait de savoir si le projet d'article 19 devrait reconnaître les renonciations générales couvrant toutes les exceptions possibles, ou si les exceptions visées par la renonciation devraient être identifiées de quelque manière.

Article *20. Recouvrement d'avances*

Sans préjudice des droits du débiteur en vertu du *paragraphe 2 de l'article 4 de l'article 17*, la non-exécution du contrat initial, *si tant est qu'il y en ait un*, par le cédant n'habilite pas le débiteur à recouvrer une somme payée par lui au cessionnaire.

Références : A/CN.9/432, par. 239 à 244
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 17
A/CN.9/420, par. 145 à 148
(vingt-quatrième session, 1995)
A/CN.9/412, projet d'article 12

Article 21. Droits des tiers

1. *Sous réserve des dispositions des articles 22 à 24, la présente Convention n'a pas d'incidences sur les droits des cessionnaires recevant les mêmes créances du cédant, ni sur ceux des créanciers du cédant saisissant les créances cédées ou des créanciers du cédant en cas d'insolvabilité du cédant.*

2. *Nonobstant les dispositions des articles 22 à 24, la présente Convention ou les principes généraux sur lesquels elle se fonde ne régissent pas :*

a) le droit des créanciers du cédant saisissant les créances cédées d'invalider la cession au motif qu'il s'agit d'un transfert frauduleux;

b) le droit de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant d'invalider la cession au motif qu'il s'agit d'un transfert frauduleux ou préférentiel;

c) la priorité de l'administrateur de l'insolvabilité en faveur de créances privilégiées.

[...]

Références : A/CN.9/432, par. 260
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 18-7

Remarques

1. À sa précédente session, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de réviser le projet d'article 18-7 de la version précédente des règles, afin de tenir compte des incidences que le projet de convention pourrait avoir sur la loi applicable aux droits des tiers, y compris des créanciers du cédant en cas d'insolvabilité (A/CN.9/432, par. 260).

2. Le projet d'article 21, qui fait suite à cette demande, dispose que le projet de convention ne porte pas atteinte aux droits des tiers et énumère les exceptions à la règle énoncée dans les projets d'articles 22 à 24.

3. Pour lever tout doute éventuel, le paragraphe 2 énumère certains droits fondamentaux des tiers relevant du domaine de l'ordre public et que le projet de convention ne devrait pas chercher à traiter. Ces droits comprennent notamment le droit qu'a chaque créancier du cédant de contester la validité de cessions au motif qu'il s'agit de transferts frauduleux; le droit de l'administrateur de l'insolvabilité du cédant d'invalider des cessions au motif qu'il s'agit de transferts frauduleux ou préférentiels; et la priorité de créanciers privilégiés (de l'État en ce qui concerne les impôts et des employés en ce qui concerne les salaires ou primes, par exemple). En vertu du paragraphe 2, ces droits seraient régis par les dispositions de la loi applicable par ailleurs, loi devant être déterminée conformément aux règles du projet de convention relatives au conflit de lois.

4. Lorsqu'une cession constitue un transfert frauduleux, les créanciers du cédant ou, en cas d'insolvabilité, l'administrateur de l'insolvabilité peuvent l'annuler, même lorsque le transfert, l'enregistrement ou la notification de la cession se produisent avant la saisie ou l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

5. C'est le cas, en particulier, lorsque les créances des créanciers du cédant sont nées avant la date de la cession. Il peut en aller de même lorsque les créances des créanciers du cédant sont nées après la date de la cession, celle-ci ayant pu avoir pour objet de nuire à de futurs créanciers. Dans ce cas, toutefois, l'enregistrement peut jouer un rôle, le futur créancier étant alors informé de la cession avant d'accorder des crédits au cédant.

6. De même, lorsqu'une cession revient à accorder une préférence déloyale à un ou plusieurs créanciers au détriment d'autres, l'administrateur de l'insolvabilité peut l'annuler, même si le transfert, la notification ou l'enregistrement se produisent avant la date d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

7. Le Groupe de travail pourra souhaiter s'interroger sur le fait de savoir si l'approche adoptée dans le projet d'article 21 serait acceptable, compte tenu des avantages que toutes les parties concernées pourraient tirer d'une offre accrue de crédits à faible coût qui résulterait probablement de la plus grande certitude que pourrait avoir le cessionnaire d'obtenir le paiement des créances cédées, notamment en cas d'insolvabilité du cédant.

8. Le Groupe de travail pourra en outre souhaiter s'interroger sur le fait de savoir s'il faudrait exclure d'autres types de conflits, tels les conflits survenant entre un cessionnaire et un fournisseur au sujet des conditions de crédit à appliquer compte tenu du prix de vente du produit final (à défaut d'obtenir un crédit du fournisseur, l'acheteur risque de ne pas être en mesure de produire les biens dont la vente ultérieure produira la créance).

Article 22. *Droits concurrents de plusieurs cessionnaires*

1. Lorsqu'une créance est cédée par le cédant à plusieurs cessionnaires, (...) *la priorité est déterminée en fonction du moment de [la notification] [l'enregistrement] de la cession.*

2. [*Si aucun cessionnaire n'enregistre la cession, (...) la priorité est déterminée en fonction du moment de la notification de la cession.] Si aucun cessionnaire n'avise le débiteur, la priorité est déterminée en fonction du moment de la cession.*

Références : A/CN.9/432, par. 247 à 252
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 18-1

Remarques

1. Le projet d'article 22 part du principe que, bien que toutes les cessions des mêmes créances par le même cédant soient valables, le cessionnaire prioritaire reçoit le paiement. Le fait de savoir si le cessionnaire peut retenir tout le produit des créances ou doit céder tout solde restant au cessionnaire situé juste après lui dans l'ordre de priorité est déterminé par la loi applicable devant être déterminée conformément aux règles du projet de convention relatives au conflit de lois.

2. Une approche allant dans le sens du projet d'article 22 était à l'encontre de l'approche adoptée dans les systèmes juridiques où la première cession transfère la propriété des créances et où, de ce fait, les cessions subséquentes ne sont pas valables. Dans ces systèmes, le résultat peut-être identique, même si la cession s'effectue à titre de garantie, car le type de la cession est défini par contrat entre le cédant et le cessionnaire.

3. La notification du débiteur peut ne pas être efficace pour déterminer les priorités en cas de cessions globales de créances futures. Il existe à cela plusieurs raisons : l'identité des débiteurs ne serait pas connue; le coût et le temps nécessaires pour aviser un grand nombre de débiteurs seraient considérables; enfin, les tiers se trouveraient dans l'obligation de se renseigner sur le statut des créances auprès de tous les débiteurs, qui ne seraient en aucun cas obligés de répondre. À l'inverse, malgré le fait que l'enregistrement résoudrait ces problèmes, il n'existe apparemment aucun registre permettant l'enregistrement des cessions régies par le projet de convention, et les problèmes juridiques y relatifs restent à examiner.

4. Le Groupe de travail pourra souhaiter s'interroger sur le fait de savoir si la référence à "plusieurs cessionnaires" suffit à décrire une situation associant un cessionnaire et un créancier du cédant titulaire d'une sûreté sur les biens du cédant couvrant le produit de la vente de ces biens.

Article 23. Droits concurrents du cessionnaire et des créanciers du cédant

Le cessionnaire a la priorité sur les créanciers du cédant saisissant les créances cédées (...), si :

a) les créances [ont été cédées] [sont nées] [sont devenues exigibles] [ont été obtenues du fait de l'exécution d'une obligation] [et [la notification] [l'enregistrement] de la cession est survenu] avant la saisie; ou

b) le cessionnaire a la priorité en vertu de la loi régissant la saisie.

Références : A/CN.9/432, par. 253
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 18-2

Remarques

1. En vertu du projet d'article 23, il serait porté atteinte aux droits des créanciers du cédant, dans la mesure où le projet de convention dispose que les créances futures devenues exigibles, ou obtenues du fait de l'exécution d'une obligation, après la saisie sont considérées comme ayant été transférées avant la saisie si elles ont été cédées ou si le contrat dont elles pourraient procéder a été conclu avant la saisie. Une telle approche signifierait que les créances cédées ne seraient pas susceptibles de saisie (en cas de cession-vente) ou seraient susceptibles de saisie dans le cas où un excédent se dégagerait une fois le cessionnaire payé (en cas de cession à titre de garantie).

2. Compte tenu du fait que le projet de convention n'établit aucune distinction entre les cessions-ventes et les cessions à titre de garantie (A/CN.9/420, par. 95 et A/CN.9/432, par. 46, 163 et 164 et 257), la question de savoir si le cessionnaire obtenant paiement doit céder tout excédent aux créanciers du cédant sera fonction de la loi applicable par ailleurs devant être déterminée conformément aux règles du projet de convention relatives au conflit de lois.

3. L'alinéa *a* exige de faire deux choix. Il convient, en premier lieu, de décider quel fait doit survenir avant la saisie pour que le cessionnaire ait la priorité sur les créanciers saisissants. Il faut, en second lieu, déterminer si une publicité doit en outre être faite à propos de la cession avant la saisie pour que le cessionnaire obtienne la priorité. Une certaine forme de publicité serait requise pour protéger les tiers en leur permettant de tenir compte de la cession avant d'accorder des crédits au cédant. L'alinéa *b* a pour but de faire en sorte que le projet de convention ne limite pas les droits dont jouissent les cessionnaires en vertu de la législation nationale.

4. Le Groupe de travail pourra souhaiter s'interroger sur le fait de savoir si, en complément des alinéas *a* et *b*, pour que le cessionnaire obtienne la priorité dans le cas d'une cession prévoyant des paiements futurs par le cessionnaire, la valeur de la cession doit avoir été indiquée avant ou peu après la saisie (voir art. 9-301(4) du Code de commerce uniforme des États-Unis).

Article 24. Droits concurrents du cessionnaire et de l'administrateur de l'insolvabilité

Le cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité du cédant si :

a) les créances [ont été cédées] [sont nées] [sont devenues exigibles] [ont été obtenues du fait de l'exécution d'une obligation] [et [la notification] [l'enregistrement] de la cession s'est produit] avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; ou

b) le cessionnaire a la priorité en vertu de la loi régissant l'insolvabilité du cédant.

Références : A/CN.9/432, par. 254 à 258
(vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 18-3

Remarques

1. Le projet d'article 24 porterait atteinte aux droits des créanciers en cas d'insolvabilité du cédant en disposant que le cessionnaire a la priorité sur l'administrateur de l'insolvabilité du cédant eu égard aux créances qui ont été cédées ou sont nées d'un contrat conclu avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais sont devenues exigibles ou ont été obtenues du fait de l'exécution d'une obligation après l'ouverture de cette procédure.

2. Selon qu'il s'agirait d'une cession-vente ou d'une cession à titre de garantie, les créances seraient exclues des biens du cédant ou ne seraient incluses dans ces biens que dans la mesure où il subsisterait un solde une fois le cessionnaire payé.

3. L'alinéa *b* a pour but de faire en sorte que les droits dont jouit l'administrateur de l'insolvabilité en vertu de la législation nationale ne soient pas étendus.

[Chapitre IV. Enregistrement]

[...]

Chapitre V. Cessions subséquentes

Article 25. *Cessions subséquentes*

1. *La présente Convention s'applique aux cessions internationales de créances et aux cessions de créances internationales par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire à des cessionnaires subséquents, même si la cession initiale n'est pas régie par la présente Convention.*

[2. *Un cessionnaire subséquent jouit des droits que la présente Convention accorde à un cessionnaire et est soumis aux exceptions et aux compensations reconnues par la présente Convention à un débiteur.*

3. *Une créance cédée par le cessionnaire à un cessionnaire subséquent est transférée nonobstant toute convention interdisant la cession. Le cessionnaire subséquent n'est pas responsable du chef d'une violation d'une convention interdisant la cession subséquente.*]

4. Nonobstant le fait que l'invalidité d'une (...) cession invalide toutes les cessions subséquentes, le débiteur est habilité à se libérer de *son obligation en payant le premier cessionnaire donnant notification de la cession conformément à l'article 15 [, à moins que le débiteur n'ait effectivement connaissance de l'invalidité de la cession, auquel cas le débiteur est habilité à se libérer de son obligation conformément au paragraphe 4 de l'article 16*].

Références : A/CN.9/432, par. 264 à 268 (vingt-cinquième session, 1996)
A/CN.9/WG.II/WP.87, projet d'article 20
A/CN.9/420, par. 188 à 195 (vingt-quatrième session, 1995)
A/CN.9/412, projet d'article 15

Remarques

1. Dans sa formulation actuelle, le paragraphe 1 a pour vocation de préciser que les cessions subséquentes répondant aux critères définis dans le projet d'article premier sont régies par le projet de convention, même lorsque la cession initiale sort du champ d'application du projet de convention (c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une cession nationale de créances nationales).

2. Les paragraphes 2 et 3 ne sont peut-être pas nécessaires, étant donné qu'une cession subséquente serait une "cession" et qu'un cessionnaire subséquent serait considérew comme un "cessionnaire" par le projet de convention.

3. Le paragraphe 4, qui a pour but d'éviter au débiteur d'avoir à déterminer la validité de toutes les cessions d'une chaîne de cessions pour se libérer de manière valable de ses obligations, pourrait utilement être placé dans le projet d'article 16 ayant trait à la libération des obligations du débiteur. Dans la formulation actuelle du paragraphe 4, le débiteur peut, lorsqu'il a des doutes sur la validité d'une cession, payer à un fonds de dépôt public ou solliciter l'avis d'un organe judiciaire ou non judiciaire compétent.

4. La référence à la connaissance, par le débiteur, de l'invalidité de la cession a été introduite dans le paragraphe 4 pour donner suite à une opinion exprimée lors de la session précédente du Groupe de travail et ayant recueilli une certaine adhésion (A/CN.9/432, par. 268). Elle figure entre crochets dans l'attente d'une décision du Groupe de travail concernant l'alinéa *a* du paragraphe 3 du projet d'article 16.

2. *Commentaires du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.90) [Original : français]*

1. Lors de sa vingt-cinquième session, le groupe de travail a pris note du fait que la Conférence de La Haye de droit international privé se proposait d'élaborer et de lui soumettre pour examen, à sa vingt-sixième session, un document relatif aux conflits de lois touchant à la cession de créances et aux aspects connexes du droit de l'insolvabilité (A/CN.9/432, par. 269).

2. À la suite de la vingt-cinquième session du groupe de travail, le Secrétariat a reçu du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé un ensemble d'observations portant sur le chapitre V (conflits de lois) et sur le champ d'application du projet de convention (A/CN.9/WG.II/WP.87). On trouvera ce document en annexe à la présente note, dans la forme sous laquelle il a été reçu par le Secrétariat.

ANNEXE

Introduction

1. Lors de la dernière réunion du *Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux*, qui s'est tenue à New York du 8 au 19 juillet 1996, les experts n'ont pas eu le temps d'examiner les articles 21 à 23 du projet de Règles uniformes sur la cession de créances, articles formant le chapitre V sur les conflits de lois. L'observateur de la Conférence de La Haye de droit international privé a fait savoir au Groupe de travail que le Bureau permanent présenterait, en vue des discussions futures, des observations sur ce chapitre, assorties éventuellement de quelques remarques sur les incidences des règles de conflit sur le champ d'application et la mise en œuvre des Règles uniformes (voir A/CN.9/432, par. 269).

2. Les observations qui vont suivre seront nécessairement succinctes et incomplètes. Tout d'abord, elles ne servent qu'à introduire les discussions qui porteront sur le chapitre V du projet et ne sauraient préjuger d'une collaboration plus poussée entre la CNUDCI et la Conférence de La Haye en vue d'élaborer, s'il y a lieu, des règles de conflit plus étoffées en matière de cession de créances. Mais surtout, en raison de l'élargissement considérable du champ d'application des Règles uniformes quant aux types de cessions couverts par le projet (A/CN.9/432, par. 14 à 25), élargissement qui, selon les cas, peut avoir une incidence directe sur le contenu des règles de conflit, les remarques qui vont suivre ne peuvent que se borner, en l'état des travaux, à quelques considérations de nature générale. En effet, alors qu'il semble avoir été admis, lors de la dernière réunion du Groupe de travail, que le champ d'application des Règles uniformes, qui, jusque-là, ne portait que sur les créances de nature contractuelle, était élargi aux créances extracontractuelles (mais à toutes, cela n'est pas sûr) et à certaines cessions légales, rien n'était décidé au sujet des créances découlant du droit de famille, du droit des successions ou de toute autre source.

3. Certes, si l'instrument en préparation ne devait contenir que des règles de conflit strictement limitées à l'aspect *cession de créances*, dans la ligne de l'article 12 de la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, adoptée à Rome le 19 juin 1980 (voir par. 15 ci-dessous), l'élargissement du champ d'application de la réglementation uniforme ne devrait guère avoir d'incidence sur les règles de conflit qui pourraient être retenues. Par contre, si le Groupe de travail devait estimer utile, comme la rédaction actuelle des articles 21 à 23 semble l'indiquer, d'adopter des règles de conflit détaillées portant notamment sur la détermination de la loi applicable aux relations juridiques entre les parties impliquées par une cession de créance, alors le contenu du chapitre V ne saurait être discuté avant de connaître le champ d'application exacte des Règles uniformes.

4. Avant d'examiner plus en détail les articles 21 à 23, le Bureau permanent désire présenter quelques observations de nature générale.

Généralités

5. Aussi bien les paragraphes 1 et 2 de l'article 21 que l'article 22 du projet commencent par une expression qui rend quelque peu perplexe le Bureau permanent, à savoir "À l'exception des questions qui sont traitées dans la présente Convention (...),". Si l'on comprend bien le but de ce membre de phrase introductif, il semble que l'on n'envisage d'adopter des règles de conflit que pour la détermination de la loi qui va régir les *lacunes* de la réglementation uniforme, alors que les règles de conflit rendant applicable soit la loi uniforme elle-même, soit la convention, seraient laissées au droit national de chaque État.

6. Le Bureau permanent de la Conférence ne peut cacher sa surprise devant une telle proposition dont il ne comprend pas la raison. Tout d'abord, cette limitation semble incompatible avec l'article 1, paragraphe 1, lettre *b*, du projet discuté, disposition qui prévoit expressément la mise en œuvre des Règles uniformes par le biais des règles du droit international privé. Si déjà on veut introduire des règles de conflit de lois dans une réglementation de droit matériel (tendance que le Bureau permanent de la Conférence estime regrettable), au moins faut-il alors le faire de manière globale et ne pas laisser en dehors de l'unification envisagée les règles de conflit principales, celles qui vont mettre en œuvre la convention ou la loi modèle.

7. De plus, la formulation a un effet pervers en ce qu'elle introduit dans la réglementation uniforme une espèce de *demi-renvoi*; elle oblige en effet le juge, chaque fois qu'il constate que la réglementation uniforme contient une lacune, d'appliquer les règles de conflit du chapitre V, règles de conflit qui peuvent être différentes de celles qu'il aura appliquées pour mettre en œuvre la convention ou la loi modèle. Or on le sait, d'une manière générale, le renvoi est largement rejeté en droit comparé dans toutes les matières contractuelles. De plus et surtout, l'unification des règles de conflit par voie conventionnelle doit aboutir nécessairement à l'exclusion du renvoi : il semble en effet de peu d'utilité d'essayer, dans une matière particulière, d'unifier les règles de conflit, mais par ailleurs d'admettre que la loi désignée, qui serait dans notre cas, par hypothèse, soit la convention soit la loi modèle de la CNUDCI, englobe les règles de conflit de la loi retenue, avec pour risque que ces règles de conflit renvoient à la loi d'un État tiers qui n'aurait pas adopté l'unification de droit matériel.

8. Pour toutes ces raisons, le Bureau permanent suggère que cette formulation des articles 21 et 22 soit supprimée et que, si un chapitre portant sur le conflit de lois est retenu dans le projet, ce chapitre englobe alors toutes les règles de conflit en la matière.

9. Bien que le Bureau permanent estime que, si des règles de conflit doivent être adoptées dans la future convention ou la loi modèle, celles-ci devraient rester le plus simple possible et ne viser que la cession de créances (sur le modèle de la Convention de Rome ou de l'article 145 de la *Loi fédérale suisse sur le droit international privé*, du 18 décembre 1987), il semble utile de donner ici un rapide aperçu de droit comparé portant sur les différents problèmes que soulève toute cession de créances et sur la répartition de ces problèmes entre les diverses lois applicables[1].

10. Toute cession de créances implique au minimum trois parties, et cette relation tripartite est fondée sur deux relations juridiques distinctes :

(a) la relation juridique entre le créancier cédant et le débiteur, qui peut être de nature contractuelle (ce sera le cas le plus souvent), mais aussi extra-contractuelle ou dériver du droit de famille ou du droit de successions, etc. C'est de cette relation que naît la créance qui va être cédée, et nous posons qu'elle est régie par ce que nous nommerons par la suite la *loi de la créance cédée*;

[1]Pour éviter une surcharge de notes, on trouvera ici les sources principales (mais non exhaustives) consultées par le Bureau permanent dans la rédaction de ces *Observations* : Roland Beuttner, *La cession de créance en droit international privé*, Berne et Francfort, 1971; Pierre Mayer, *Droit international privé*, 4e éd., Paris 1991; Henri Batiffol et Paul Lagarde, *Droit international privé*, t. II, 7e éd., Paris 1983; Dicey et Morris, *The Conflict of Laws*, vol. 2, 11e éd., Londres 1987; Gerhard Kegel, *Internationales Privatrecht*, 6e éd., Munich 1987; Bernard Dutoit, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle et Francfort, 1986; Mario Giuliano et Paul Lagarde, "Rapport concernant la Convention [de Rome] sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Journal officiel des Communautés européennes*, doc. C 282 du 31 octobre 1980.

(b) la relation juridique entre le créancier cédant et le cessionnaire, de nature presque exclusivement contractuelle, relation juridique au cours de laquelle la créance est transférée du cédant au cessionnaire : il s'agit de la *loi du contrat de cession*; et

(c) il n'existe pas de relation juridique directe entre le cessionnaire et le débiteur. Toutefois, on considère que l'action exercée par le cessionnaire d'une créance *contractuelle* contre le débiteur cédé a un caractère *contractuel*, même s'il n'existe aucun contrat liant directement les parties. En fait, cette action est fondée sur le contrat liant le créancier cédant au débiteur.

11. Cela étant, il y a lieu, d'une part, de bien faire la distinction selon les différentes catégories de rapports juridiques entre les parties et, d'autre part, de distinguer également les hypothèses de faillite, les questions de forme, l'obligation ou non d'une signification de la cession au débiteur, etc.

12. On admet généralement que relève exclusivement de la loi de la créance cédée : tout d'abord le caractère *cessible* de la créance, autrement dit le fait de savoir si la créance née de la relation juridique entre le créancier cédant et le débiteur est susceptible d'être cédée à un tiers. Relèvent également de la loi de la créance cédée tous les rapports entre *cessionnaire* et débiteur, notamment les conditions d'opposabilité de la cession au débiteur, le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur, l'opposabilité des exceptions par le débiteur cédé, ainsi que la priorité entre des cessions multiples. Ce dernier rattachement, qui est unanimement admis par la doctrine et la jurisprudence, est bien résumé dans la règle 123 de *Dicey et Morris*: "*The priority of competing assignments of a debt is governed by the proper law of the debt.*" On admet également que le point de savoir si la cession est de nature abstraite ou causale est soumis au statut régissant la cession, c'est-à-dire à la loi de la créance cédée.

13. Sont par contre régies par la loi du contrat de cession toutes les questions concernant exclusivement les relations entre l'ancien et le nouveau créancier, notamment la *validité intrinsèque* de la cession dans les rapports entre cédant et cessionnaire, à savoir la capacité à céder, les questions de *culpa in contrahendo*, la fraude, etc. Relève également de cette loi, la validité du *transfert* de la créance. On admet enfin, et cela est dit expressément à l'article 145 de la Loi suisse, que la forme de la cession de créances relève de la loi applicable à la convention passée entre le créancier cédant et le cessionnaire.

14. Quant à la loi régissant les formalités de signification de la cession au débiteur, il est généralement admis, particulièrement en France, que cette loi n'est pas celle de la créance cédée, mais celle de la résidence habituelle du débiteur ou de son principal établissement. L'obligation ou non de signifier la cession au débiteur est vue comme une mesure de publicité et, comme telle, soumise à la loi du lieu où cette mesure doit intervenir, à savoir à la loi de la résidence habituelle ou du principal établissement du débiteur. Cette solution est pourtant contestée dans certains pays où l'exigence de la signification de la cession au cédé est considérée comme une question relevant du fond et non de la forme de la cession; de plus, la nécessité d'une signification n'est pas vue nécessairement par tous comme une mesure de publicité. Selon cette doctrine ou cette jurisprudence, dominante en Allemagne et en Suisse, l'obligation de signification relève de la loi de la créance cédée.

15. Enfin, dans l'hypothèse d'une faillite soit du cédant, soit du cédé, certains des rattachements que nous venons de voir se voient modifiés. C'est ainsi qu'on admet que l'opposabilité de la cession à la masse en faillite devrait dépendre de la loi régissant la faillite : selon l'opinion de *Batiffol et Lagarde*, cette solution semble juste, puisqu'il s'agit des effets de la faillite tenant à sa nature et qui n'interviennent qu'accidentellement dans la cession de créances. L'unité de régime de la faillite est au surplus désirable. Pour les mêmes raisons, il semble que la question des priorités entre des cessions multiples devrait être appréciée par l'administrateur de la faillite selon la loi applicable à cette faillite.

16. Après cet aperçu rapide des différentes solutions de droit international privé, le Bureau permanent tient à faire les observations suivantes sur la rédaction des articles 21 à 23 du projet de Règles uniformes.

Article 21 – Loi applicable à la relation entre le cédant et le cessionnaire

17. Une première remarque importante doit être faite ici : cet article détermine la loi applicable à la relation juridique entre le cédant et le cessionnaire, relation juridique dans laquelle la cession de créances ne constitue qu'un élément *accessoire*. Cette relation juridique peut prendre la forme de différents contrats (vente, cautionnement, prêt, financement, etc.) pour lesquels existent déjà des règles de conflit dans les différents États, règles de conflit dont l'origine est souvent conventionnelle. Le Bureau permanent estime qu'il n'appartient pas à une réglementation matérielle limitée aux cessions de créances internationales d'englober une règle de conflit qui porte sur la détermination de la loi applicable à tous les types de contrats possibles qui lient le cédant et le cessionnaire. Si la réglementation matérielle envisagée par la CNUDCI veut adopter des règles de conflit, celles-ci devraient se limiter uniquement à ce qui concerne la cession de créances elle-même. Aussi bien la seule formule envisageable et qui ne porte pas atteinte aux différents systèmes de conflit qui existent en matière contractuelle devrait-elle être dans une solution semblable à celle que l'on trouve à l'article 145 de la Loi suisse sur le droit international privé, en une formule qui dirait que la convention passée entre le cédant et le cessionnaire est régie par le droit applicable au rapport juridique à la base de la cession.

18. Cette précision apportée, les commentaires suivants peuvent être faits sur les paragraphes 1 à 4 de l'article 21 :

> Ce paragraphe fait régir le *transfert* d'une créance entre le cédant et le cessionnaire par la loi applicable à la créance faisant l'objet de la cession. Le Bureau permanent estime que ce rattachement est une erreur et va à l'encontre de tous les systèmes de droit international privé en la matière (voir par. 11 et 12 ci-dessus). Les auteurs de ce paragraphe semblent avoir fait une confusion entre le transfert d'une créance et la cessibilité de celle-ci. Comme nous l'avons vu dans le chapitre *Généralités*, la cessibilité d'une créance est régie par la loi de la créance cédée, mais le transfert de cette créance dépend uniquement de la loi applicable au contrat de cession. C'est notamment ce qui ressort de l'article 12, paragraphe 1, de la Convention de Rome, disposition pour laquelle il est intéressant de rappeler ce qu'en disent les Rapporteurs de la Convention. *Giuliano et Lagarde* se sont demandé pourquoi les rédacteurs de la Convention de Rome ont utilisé la formule "les obligations entre le cédant et le cessionnaire d'une créance sont régies par la loi (...)", au lieu de dire plus simplement que le transfert d'une créance par convention est régi dans les rapports entre cédant et cessionnaire par la loi applicable à leur convention. Cette formule avait tout d'abord été retenue; mais elle a été abandonnée en raison d'une difficulté d'interprétation qu'elle aurait pu engendrer en droit allemand, où l'expression "transfert" d'une créance englobe les effets de la cession vis-à-vis du débiteur, ce qui était au contraire expressément exclu par l'article 12, paragraphe 2. Les auteurs du Rapport soulignent bien que c'est justement "pour éviter une formulation qui permettrait de penser que la loi applicable à la convention de cession, dans un système de droit où elle est entendue comme *Kausalgeschäft*, détermine également les conditions de validité

de la cession à l'égard du débiteur, que la formulation actuelle a été finalement adoptée". Le Bureau permanent estime que, pour les mêmes raisons, le projet de la CNUDCI devrait éviter une référence au "transfert de créances".

19. S'agissant de la reconnaissance de l'autonomie de la volonté en la matière, et sous réserve de ce qui a été dit plus haut (voir par. 15), le Bureau permanent n'a pas d'objection au paragraphe 2 de l'article 21, sous réserve de l'incise "y compris, mais non exclusivement, la validité de la cession (...)", formule dont on ne comprend pas très bien la signification. Si la validité intrinsèque de la cession relève bien de la loi applicable au contrat de cession, d'autres problèmes sont soumis à cette loi, et le fait d'isoler la question de la validité peut amener à une certaine confusion.

20. Quant aux paragraphes 3 et 4, la référence à la loi du pays avec laquelle la *cession* a le lien le plus étroit (dont il est dit dans le commentaire que la formulation est reprise de la Convention de Rome, ce qui est exact) ne semble pas être un rattachement adéquat : la cession étant un élément accessoire du contrat passé entre le cédant et le cessionnaire, ce n'est pas la loi du pays avec lequel la *cession* a le lien le plus étroit, mais plutôt la loi du pays avec lequel le *contrat* de cession a le lien le plus étroit qui doit être retenue. Si, par exemple, le contrat de cession est un contrat de vente, il conviendrait de retenir la loi du pays avec lequel cette *vente* a le lien le plus étroit. C'est d'ailleurs bien la solution à laquelle aboutit la Convention de Rome à son article 12.

21. Quant à l'autre rattachement retenu, la loi de l'État dans lequel le cédant a son établissement, il ne saurait être retenu en raison de ce que nous avons dit plus haut (voir par. 15 ci-dessus).

Article 22 – Loi applicable à la relation entre le cessionnaire et le débiteur

22. Le Bureau permanent propose de maintenir les mots qui se trouvent entre les premiers crochets, à savoir de retenir la loi régissant la créance sur laquelle porte la cession, rattachement qui correspond à la quasi-unanimité de la doctrine et de la jurisprudence des différents États. La loi de l'État où le débiteur a son établissement semble particulièrement inadaptée à régir les relations entre le cessionnaire et le débiteur, notamment lorsqu'il s'agit de prendre en compte les exceptions que le débiteur peut faire valoir à l'encontre du cessionnaire, exceptions qui ne peuvent que découler du contrat de base à l'origine duquel la créance est créée.

23. Comme pour l'article 21, le Bureau permanent a des doutes sérieux sur l'incise qui se trouve à l'article 22, incise commençant par la formule "y compris, (...)". Les matières qui sont énumérées dans cette incise ne sont pas complètes, et la référence au "droit du cessionnaire d'aviser le débiteur" relève semble-t-il d'une autre loi que celle régissant la créance (voir par. 13 ci-dessus). De plus, il ne s'agit pas ici de mentionner un *droit* du cessionnaire, mais plutôt une *obligation* légale du cessionnaire d'aviser le débiteur.

Article 23 – Loi applicable à la priorité

24. Compte tenu de ce qui a été dit plus haut dans le chapitre *Généralités*, cet article 23 mérite un sérieux examen sur deux points : d'une part, sur le rattachement à retenir et, d'autre part, sur l'hypothèse de la faillite. Nous avons vu que la question de la priorité entre différents cessionnaires relève généralement de la loi applicable à la créance cédée. Il y va en fait de l'unité du régime de la créance cédée : étant donné que la loi applicable à la créance cédée régit les deux points importants de la cessibilité de cette créance et des exceptions que le débiteur peut faire valoir contre le cessionnaire, il semble logique que soit soumise à la même loi la question des priorités. Pour *Dicey et Morris*, c'est même la seule loi qui entre en ligne de compte (règle 123) [voir par. 11 ci-dessus].

25. Quant à l'hypothèse de la faillite, elle implique une solution presque impérative : l'administrateur de la faillite va appliquer à tous les problèmes de priorité, que ce soit ceux entre différents créanciers d'une même créance, ou ceux entre les créanciers du failli de créances différentes, une même loi, à savoir celle de la faillite. Il y va non seulement de l'unité de la faillite et de la nécessité d'appliquer le même régime à tous les créanciers, mais également, dans plusieurs pays, d'une question d'ordre public.

Relation entre les conflits de lois et le champ d'application de la réglementation matérielle

26. Lors de la dernière réunion du Groupe de travail en juillet 1996, au cours des discussions sur le champ d'application des futures Règles uniformes, la question s'est posée de l'application de ces Règles à des parties situées dans des États qui ne les avaient pas adoptées. Devant la difficulté du problème, un groupe de travail *ad hoc* a été constitué, lequel a soumis le résultat de ses discussions dans un *Mémorandum* daté du 9 juillet 1996. Ce *Mémorandum* n'a pas été discuté en séance, mais sera examiné lors de futures réunions.

27. Ce *Mémorandum* distingue sept hypothèses qui peuvent soulever des problèmes et au sujet desquelles le groupe *ad hoc* pose une série de questions. Nous allons examiner ici l'une des hypothèses envisagées, le raisonnement que nous en tirons étant valable pour les six autres.

28. La première hypothèse vise le cas de la faillite du créancier cédant. La première question posée est celle de savoir si les règles de la convention doivent s'appliquer à la détermination des différents droits de l'administrateur de la faillite et du cessionnaire relativement à la créance cédée. La deuxième question demande si la réponse à la première question dépend ou non du fait que le domicile du débiteur est situé dans un État contractant. Le Bureau permanent estime que ces deux questions ne sont pas de même nature et ne sauraient avoir d'influence l'une sur l'autre.

29. C'est une chose de déterminer le contenu de la réglementation matérielle, c'en est une autre de savoir quand cette réglementation va s'appliquer dans un cas précis. On ne voit pas pourquoi la réponse donnée à la première question devrait dépendre de savoir si le débiteur est domicilié ou non dans un État contractant. Étant donné l'effort intellectuel considérable et les ressources financières importantes qu'implique pour la CNUDCI l'élaboration d'une réglementation matérielle unifiée de la cession de créances, il est sans doute souhaitable que cette unification porte sur la majorité, si ce n'est sur tous les problèmes que pose une telle cession, et notamment sur la faillite du créancier ou du débiteur, sur la priorité entre cessionnaires, sur les cessions subséquentes, etc.

30. Par contre, le point de savoir si cette réglementation matérielle va, dans un cas donné, s'appliquer à l'une des questions que soulève une cession de créance est de toute autre nature. Que la réglementation matérielle prenne la forme d'une loi uniforme ou celle d'une convention (il a été décidé que ce serait une convention, étant entendu qu'à la fin des travaux du Groupe de travail cette décision pourrait être réexaminée), la réglementation unifiée de la CNUDCI ne va régir les différents rapports qu'implique une cession de créances que si, par application des règles de conflit du juge saisi, la loi déclarée applicable est celle d'un État qui aura soit adopté la loi uniforme, soit ratifié la convention. Pour reprendre l'exemple de la faillite, l'administrateur de celle-ci n'appliquera la réglementation unifiée que si la loi applicable à la faillite est celle d'un État Partie à la convention ou qui aura adopté la loi uniforme.

31. Il paraît donc sans objet d'envisager une disposition qui dirait que la convention est applicable dès lors que le créancier cédant est domicilié dans un État contractant. Une telle règle serait inopérante dans l'hypothèse où le débiteur est domicilié dans un État non contractant et qu'un rapport de la cession soit régi par la loi du domicile du débiteur, ou lorsque la loi applicable à la créance cédée n'est pas celle d'un État contractant pour toutes les questions qui relèvent de cette loi. C'est bien là une des grandes difficultés d'adopter les règles matérielles sous forme d'une convention. Le Bureau permanent se permet de suggérer au Groupe de travail de la CNUDCI de réexaminer sa décision : si la réglementation matérielle faisait l'objet d'une loi uniforme, les choses seraient claires. Cette loi, couvrant la totalité des questions que soulève la cession de créances internationales, serait appliquée toutes les fois que la règle de conflit la désigne comme applicable, mais uniquement dans ces cas.

32. Par contre, envisager le champ d'application d'une convention qui couvrirait toutes les hypothèses visées par le *Mémorandum* soulève des questions difficiles. Une autre solution qu'il vaut peut-être la peine de discuter est celle d'une convention dont les dispositions ne seraient applicables que par la seule volonté des parties. À l'instar de la *Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux* (New York, 1988), la mise en œuvre de la nouvelle convention serait déterminée par la volonté des parties, la convention contenant une clause "*opting in*" qui la rendrait seule applicable. Cette solution est d'autant plus à envisager dans l'hypothèse où la future convention prévoit un système d'enregistrement centralisé des cessions de créances internationales. Le Bureau permanent estime que ce problème du champ d'application d'une éventuelle future convention devrait faire l'objet d'un nouvel examen.

3. *Commentaires de l'Observateur de la Commercial Finance Association : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.91) [Original : anglais]*

1. À la vingt-quatrième session du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux, on a mentionné l'intérêt et l'utilité des renseignements, en particulier sur les expériences et les besoins des praticiens et des autres milieux intéressés, qui pourraient être portés à l'attention du Groupe de travail (A/CN.9/420, par. 203).

2. Après la vingt-cinquième session, le Secrétariat a reçu de la Commercial Finance Association (CFA), association internationale pour le commerce et le financement qui compte plus de 260 organisations membres dont les activités touchent au financement par cession de créances, une note dans laquelle elle examinait certaines questions traitées dans le document A/CN.9/WG.II/WP.89. On trouvera en annexe au présent document la traduction du texte de la note, tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

ANNEXE

Introduction

La Commercial Finance Association (Association de financement du commerce) a suivi avec intérêt les travaux que le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) consacre à l'élaboration de règles uniformes sur la cession de créances. Elle est fermement convaincue que l'objectif premier qui est de permettre l'accès à des sources de financement, nouvelles et accrues, sur les marchés internationaux ne sera atteint que si on adopte un cadre permettant d'assurer avec certitude et facilité l'obtention de droits sur des créances internationales. C'est dans l'idée de faire part au Groupe de travail de l'expérience des membres de l'Association que les commentaires et suggestions ci-après sont présentés afin de faciliter la mise en place d'un système qui renforcera beaucoup l'offre de financement et en réduira le coût.

1) *Position de l'Association — article premier :*

Il faudrait donner aux règles à adopter la forme d'une convention et non d'une loi type. Une convention permettra au prêteur de faire l'économie du temps et de l'argent qu'exigerait l'examen, entre les lois des États, des différences qui résulteraient de la mise en œuvre d'une loi type. Les frais supplémentaires liés à l'examen des lois des différents États, qui serait nécessaire dans le cas d'une loi type, seraient à la charge du cédant et pourraient réduire beaucoup le nombre des États dans lesquels le prêteur accepterait des créances à titre de garantie.

2) *Position de l'Association — article premier et article 2 :*

La Convention devrait avoir un champ d'application aussi large que possible. Elle ne devrait pas être rédigée en des termes qui créent l'ambiguïté dans son application. Le prêteur ne sera pas disposé à faire une avance contre une créance internationale si la créance sur laquelle il compte pour garantir son prêt risque de ne pas être couverte par la Convention. En donnant un large champ d'application à la Convention, on augmente le nombre de créances que le prêteur peut admettre à titre de garantie, ce dernier étant alors en mesure d'avancer un montant plus important au cédant. L'Association apporte donc son appui à une convention qui s'appliquerait à la fois aux cessions nationales de créances internationales et aux cessions internationales de créances nationales, et une convention qui porterait aussi bien sur les *créances commerciales* que sur les *créances de consommateurs*. Cela aboutira à une plus grande offre de financement et, de plus, facilitera l'administration d'un programme de prêt, car le cédant n'aura pas à tenir, pour les créances de "consommateurs" et les créances "commerciales", les registres séparés qui seraient nécessaires si la convention ne s'appliquait qu'à la seconde catégorie de créances.

3) *Position de l'Association — article 3 :*

L'Association apporte son appui à une convention qui fournirait une définition du terme "écrit" comprenant les messages de données susceptibles d'être reproduits sous une forme tangible ou autre forme analogue. Une convention qui autorisera la communication par les moyens électroniques donnera plus d'efficacité, de précision et de souplesse au processus d'enregistrement.

4) *Position de l'Association — article 9 :*

La Convention devrait s'appliquer aux cessions globales et aux cessions de créances uniques et aussi, dans tous les cas, aux créances existantes et futures. Afin d'accélérer le processus de prêt et de réduire les frais du prêteur qui seront mis à la charge du cédant, il faudrait créer un cadre qui limitera la documentation nécessaire à l'appui d'un prêt sur créance. Si le texte actuel de l'article 9 n'est pas adopté dans la Convention et si le cédant doit fournir de

nouveaux documents toutes les fois que naît une nouvelle créance à laquelle s'applique la Convention, les frais d'administration d'un programme de prêt augmenteront de façon considérable et le temps à passer pour obtenir des documents de cession correctement établis et pour examiner les documents ralentira le processus de prêt au détriment du cédant.

5) *Position de l'Association — article 10 :*

La Convention devrait rendre nulle, dans les accords intervenant entre le cédant et le débiteur, toute clause qui interdirait ou limiterait la cession de créances. L'Association est fermement convaincue qu'il faut adopter cette solution pour éviter les frais supplémentaires et les retards qui se produiraient si le prêteur était censé examiner chaque accord à l'appui d'une créance pour s'assurer que l'accord passé entre le cédant et le débiteur ne contient aucune disposition interdisant la cession, car cette interdiction rendrait la créance impossible à accepter à titre de garantie.

6) *Position de l'Association — articles 21 à 24 :*

La Convention doit être un cadre qui permettra au prêteur de connaître avec *certitude* son rang de priorité par rapport aux autres cessionnaires sur les créances cédées. C'est pour cette raison que l'Association appuie fermement un article disposant que, lorsqu'une créance est cédée par le cédant à plusieurs cessionnaires, le cessionnaire qui enregistre le premier la cession aura la priorité. Une telle règle pour déterminer les rangs de priorité est bien supérieure à une règle qui les déterminerait en fonction soit du premier qui obtiendrait une cession de la créance, soit du premier cessionnaire qui enverrait notification au débiteur. En effet, dans le premier de ces cas, la règle ne permettrait pas au prêteur de connaître avec *certitude* sa place par rapport à la créance et, dans le second, elle ferait peser sur le prêteur la charge d'aviser les débiteurs. Cela peut exiger beaucoup de temps et d'argent et retarder l'octroi du crédit au cédant, ce qui a des effets préjudiciables pour le débiteur et augmente ses frais. Le prêteur qui ne peut pas savoir avec certitude quels sont ses droits prioritaires sur les créances n'avancera pas de fonds contre la créance.

L'Association reconnaît que l'enregistrement des cessions de créance peut poser des problèmes pratiques à nombre de pays. Il en sera ainsi tout particulièrement si ces pays doivent mettre en place des registres électroniques, qui sont les moyens les plus efficaces d'enregistrer les sûretés. Il faudra accorder beaucoup d'attention à ces problèmes. L'Association serait heureuse de coopérer avec la CNUDCI et de contribuer à ses efforts lorsqu'elle abordera la question de l'enregistrement électronique.

Conclusion

L'Association est fermement convaincue qu'une convention sur la cession de créances comportant un élément international est nécessaire pour accroître l'offre de financement. Elle espère qu'il sera tenu compte des positions indiquées ci-dessus afin d'assurer la certitude et la simplicité commerciales des opérations nécessaires pour répondre aux objectifs de la CNUDCI.

III. COMMERCE ÉLECTRONIQUE

A. Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente et unième session (New York, 18-28 février 1997)

(A/CN.9/437) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-15
I.	DÉBATS ET DÉCISIONS	16
II.	QUESTIONS JURIDIQUES ET DISPOSITIONS ÉVENTUELLES À INSÉRER DANS LES RÈGLES UNIFORMES SUR LES SIGNATURES NUMÉRIQUES	17-150
A.	Observations générales	17-24
B.	Questions juridiques spécifiques et projets de dispositions sur les signatures numériques	25-150
1.	Définitions	29-50
a)	Signature numérique	30-38
b)	Tiers authentificateurs homologués	39-50
2.	Responsabilité	51-73
3.	Questions ayant trait à la certification transfrontière	74-89
1.	Définitions (*suite*)	90-113
b)	Tiers authentificateurs homologués (*suite*)	90-97
c)	Certificats	98-113
4.	Signature par des personnes morales ou physiques	114-117
5.	Affectation des messages de données à signature numérique	118-124
6.	Annulation de certificats	125-139
7.	Registre des certificats	140-148
8.	Relations entre utilisateurs et tiers authentificateurs	149-150
III.	INCORPORATION PAR RÉFÉRENCE	151-155
IV.	TRAVAUX FUTURS	156-157

INTRODUCTION

1. Après avoir adopté la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, ci-après dénommée la Loi type, la Commission a procédé, à sa vingt-neuvième session (1996), à un débat sur les travaux futurs dans ce domaine, à partir des discussions préliminaires qu'avait eues le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées à sa trentième session (A/CN.9/421, par. 109 à 119). D'une manière générale, il a été convenu que la CNUDCI devait continuer à élaborer des normes juridiques susceptibles de rendre l'échange de données électroniques plus prévisibles, ce qui favoriserait les échanges dans toutes les régions.

2. De nouvelles propositions ont été faites quant aux sujets et priorités envisageables aux fins de travaux futurs. Selon l'une d'elles, la Commission devrait commencer à élaborer des règles sur les signatures numériques. Il a été fait observer que dans nombre de pays l'adoption de textes de loi sur les signatures numériques ainsi que de textes reconnaissant les actes d'autorités de certification (ci-après dénommées "tiers authentificateurs") ou d'autres personnes autorisées à émettre des certificats électroniques ou d'autres formes de garantie quant à l'origine et à l'attribution de messages portant une "signature" numérique était considérée comme essentielle au développement du commerce électronique. Il a été souligné que la possibilité d'utiliser

des signatures numériques conditionnerait le développement de la pratique contractuelle et la négociabilité des titres représentatifs de marchandises ou autres titres grâce à des moyens électroniques. De nouvelles lois appelées à régir les signatures numériques étaient en cours d'élaboration dans un certain nombre de systèmes de droit. L'entreprise était cependant loin d'être uniforme. Si la Commission décidait d'entreprendre des travaux dans ce domaine, elle serait en mesure d'harmoniser les lois nouvelles ou, du moins, d'arrêter des principes communs dans le domaine de la signature électronique et de fournir ainsi une infrastructure internationale à cette activité commerciale.

3. Cette proposition a recueilli une large adhésion. Toutefois, on s'est accordé à dire que, si elle décidait d'entreprendre des travaux dans le domaine des signatures numériques par l'intermédiaire de son Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, la Commission devait donner à celui-ci un mandat précis. On a également estimé que, dans la mesure où la CNUDCI ne pouvait pas entreprendre de définir des normes techniques, elle devait prendre soin de ne pas aborder de questions techniques touchant les signatures numériques. Il a été rappelé qu'à sa trentième session le Groupe de travail avait estimé qu'il faudrait peut-être se pencher sur la question des tiers authentificateurs, et ce, probablement, dans le contexte des registres et des prestataires de services. Il avait toutefois considéré qu'il ne devait pas se lancer dans des considérations techniques concernant le caractère approprié de l'utilisation de telle ou telle norme (A/CN.9/421, par. 111). Certains se sont demandé si les travaux sur les signatures numériques ne risquaient pas de déborder le champ du droit commercial et de mettre en jeu également des questions générales relevant du droit civil ou du droit administratif. D'autres ont rétorqué qu'il en était de même des dispositions de la Loi type et que la Commission ne devait pas répugner à élaborer des règles utiles au motif que celles-ci pourraient également se révéler utiles en dehors de la sphère des relations commerciales.

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

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

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

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

8. Après l'avoir débattue, la Commission a jugé qu'il convenait d'inscrire à son ordre du jour la question des signatures numériques et des tiers authentificateurs, à condition d'y voir l'occasion pour elle de traiter d'autres sujets d'études proposés, pour l'avenir, par le Groupe de travail. Il a été également convenu, s'agissant de donner un mandat plus précis au Groupe, que les règles uniformes devaient être consacrées notamment aux questions ci-après : fondement juridique des opérations de certification, y compris les nouvelles techniques d'authentification et de certification numériques; applicabilité de la certification; répartition des risques et des responsabilités entre utilisateurs, prestataires et tiers dans le contexte de l'utilisation de techniques de certification; questions spécifiques à la certification sous l'angle de l'utilisation des registres; et incorporation par référence.

9. La Commission a prié le Secrétariat d'établir un document d'information sur les questions relatives aux signatures numériques et aux prestataires de services en partant de l'analyse des textes de lois en cours d'élaboration dans divers pays. En se fondant sur ce document, le Groupe de travail devrait réfléchir à l'opportunité de définir des règles uniformes concernant les questions susmentionnées. Il a été convenu qu'à l'occasion des travaux de sa trente et unième session le Groupe de travail pourrait entreprendre d'élaborer des projets de règles touchant à certains aspects des questions susmentionnées. La Commission a prié le Groupe

de travail de lui fournir des éléments d'information qui lui permettent de se prononcer en toute connaissance de cause sur le champ d'application des règles uniformes devant être élaborées. Étant donné le vaste champ d'activité visé par la Loi type et les travaux qu'il faudrait mener en matière de commerce électronique, il a été décidé de rebaptiser le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées "Groupe de travail sur le commerce électronique"[1].

10. Le Groupe de travail sur le commerce électronique, qui était composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente et unième session à New York du 18 au 28 février 1997. Ont assisté à cette session les représentants des États membres du Groupe de travail ci-après : Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bulgarie, Chine, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Finlande, France, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Mexique, Ouganda, Pologne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Slovaquie et Thaïlande.

11. Y ont également assisté les observateurs des pays dont les noms suivent : Canada, Colombie, Danemark, Gabon, Indonésie, Irlande, Koweït, Mauritanie, Mongolie, République de Corée, République tchèque, Suède, Suisse et Turquie.

12. Y ont en outre été représentées les organisations internationales ci-après : Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), Commission européenne, Association internationale du barreau, Chambre de commerce internationale (CCI) et Union internationale des avocats (UIA).

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

Président : M. Mads Bryde ANDERSEN (Danemark);

Vice-Président : M. PANG Khang Chau (Singapour);

Rapporteur : M. Piotr AUSTEN (Pologne).

14. Le Groupe de travail était saisi de deux documents : l'ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.70) et une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.71).

15. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après :

1. Élection du bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Planification des travaux futurs sur les aspects juridiques du commerce électronique : signatures numériques, tiers authentificateurs et questions juridiques connexes.
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 216 à 224.

I. DÉBATS ET DÉCISIONS

16. Le Groupe de travail a examiné, en se fondant sur la note établie par le Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.71), les questions relatives aux signatures numériques et aux tiers authentificateurs et les questions juridiques connexes. Il est rendu compte de ses débats et conclusions sur ces aspects dans la section II ci-dessous. Le Groupe de travail a également tenu des discussions préliminaires sur les questions de l'incorporation par référence et des travaux futurs. Ces discussions sont reflétées ci-dessous dans les sections III et IV.

II. QUESTIONS JURIDIQUES ET DISPOSITIONS ÉVENTUELLES À INSÉRER DANS LES RÈGLES UNIFORMES SUR LES SIGNATURES NUMÉRIQUES

A. Observations générales

17. Avant d'aborder la question des dispositions éventuelles à insérer dans les règles uniformes sur les signatures numériques et autres questions juridiques connexes, le Groupe de travail a procédé à un échange de vues sur la portée de ses travaux et examiné les mesures actuellement prises par les pays pour régler les questions juridiques relatives aux signatures numériques et aux tiers authentificateurs.

18. Ces mesures ont été portées à la connaissance du Groupe de travail. Plusieurs pays examinaient la question du régime juridique à appliquer aux techniques capables de remplir, dans un milieu électronique, des fonctions analogues à celles de la signature manuscrite dans les documents sur papier. Dans certains pays, l'examen de la question n'en était encore qu'au stade préliminaire, mais, dans d'autres, des lois sur les signatures numériques avaient déjà été adoptées ou étaient en cours d'élaboration, sur la base de la Loi type. Ces lois prévoyaient souvent l'emploi de signatures numériques s'appuyant sur la cryptographie à clef publique et les tiers authentificateurs. Il s'agissait soit de lois de caractère général adoptées pour permettre l'emploi de signatures numériques en vue d'authentifier les messages électroniques, soit de lois plus détaillées qui mettaient en place le cadre juridique requis pour le fonctionnement du système des tiers authentificateurs et portaient parfois aussi sur un certain nombre de questions liées à des considérations d'ordre public, telles que la création du cadre administratif requis par l'infrastructure à clef publique, l'utilisation de la cryptographie pour les signatures numériques ou aux fins de confidentialité, la protection du consommateur et la possibilité que l'État conserve l'accès à l'information chiffrée, par exemple au moyen d'un dispositif de séquestre des clefs. Les travaux d'harmonisation actuellement entrepris au niveau régional par plusieurs organisations internationales ont également été portés à la connaissance du Groupe de travail.

19. Le Groupe de travail a estimé que l'une des questions les plus importantes qu'il y avait lieu d'examiner pour renforcer l'infrastructure juridique du commerce électronique était celle du régime juridique des techniques — signatures

numériques et autres formes de signatures électroniques — utilisées pour remplir des fonctions équivalentes à celles des signatures manuscrites. L'on s'est accordé à penser que l'absence de règles juridiques applicables aux signatures numériques et autres signatures électroniques risquait de constituer un obstacle aux transactions économiques effectuées par voie électronique. L'on a également jugé que, dans la mesure où les pays n'abordaient pas tous la question sous le même angle et envisageaient des solutions différentes, il était justifié que la CNUDCI intervienne aux fins d'harmonisation. Non seulement elle pourrait prêter conseil quant au cadre juridique à mettre en place par les pays concernant les signatures numériques et autres formes de signatures électroniques, mais il serait utile qu'elle fasse porter ses travaux sur la question des critères régissant la reconnaissance des certificats délivrés par des tiers authentificateurs étrangers. L'on a fait valoir que la CNUDCI serait peut-être en mesure de faciliter ce processus en fixant des règles minima internationalement acceptables pour l'octroi de licence aux tiers authentificateurs.

20. Le Groupe a examiné la question de savoir si ses travaux devaient porter uniquement sur les "signatures numériques" (c'est-à-dire les techniques faisant appel à la "cryptographie à clef publique", appelée aussi "cryptographie à double clef"), ou aussi sur d'autres formes de signatures électroniques. Il a été fait observer que des techniques ne faisant pas appel à la cryptographie à clef publique, généralement appelées "signatures électroniques", étaient aussi mises au point en vue de remplir les fonctions qui étaient habituellement celles des signatures manuscrites. Ces techniques consistaient à utiliser des codes ou "mots de passe", ou des dispositifs d'identification biométrique, et pourraient coexister avec un système de signatures numériques fondé sur la cryptographie à clef publique. Il a été fait observer que, pour des actes sur support papier, certaines transactions n'avaient pas à être certifiées ni authentifiées. Les signatures numériques dans une infrastructure à clef publique offraient, certes, une très grande sécurité juridique, mais, a-t-il été fait observer, d'autres techniques pourraient se révéler être utiles aux fins d'identification et d'authentification dans toutes sortes de situations où un tel degré de sécurité juridique n'était pas nécessaire. C'est pourquoi certains ont été d'avis que le Groupe de travail ne devait pas donner l'impression, en faisant porter ses travaux uniquement sur les signatures numériques, qu'il n'encourageait pas le recours à ces techniques. Dans le cadre de ce débat, il a été dit que ce n'était pas nécessairement pour s'assurer la plus grande sécurité juridique possible que l'on avait recours aux signatures numériques utilisant la cryptographie à clef publique. Les techniques y relatives étaient suffisamment maniables pour offrir aussi des degrés de sécurité moindres, ce qui les rendaient moins coûteuses.

21. L'on s'est accordé à penser que les règles uniformes applicables aux signatures électroniques devraient avoir pour objet de donner aux législateurs des indications sur les techniques de nature à remplir une multitude de fonctions d'authentification dans un milieu électronique. Ces techniques se classaient le long d'une "échelle mobile" allant du degré de sécurité le plus élevé (comme les signatures légalisées ou certifiées conformes dans les documents sur support papier) au degré de sécurité relative offert par les marques manuscrites ou les tampons. Toutefois, une difficulté surgirait lors des travaux relatifs aux signatures électroniques : si les règles uniformes devaient donner toutes les indications nécessaires pour appliquer les principes énoncés dans l'article 7 de la Loi type, elles risquaient de devoir s'écarter d'une approche purement fonctionnelle et de prévoir plus ou moins en détail de quelle manière les techniques particulières pouvaient remplir les fonctions susmentionnées.

22. Il a été généralement reconnu que, conformément au principe de la neutralité qui était celui de la Loi type, les règles uniformes ne devaient pas contrarier le recours à une méthode donnée qui soit suffisamment fiable pour remplacer les signatures manuscrites et autres signatures utilisées dans les documents sur papier, comme stipulé à l'article 7 de la Loi type. Toutefois, en vue de faciliter les délibérations, le Groupe de travail a décidé de faire porter d'abord ses travaux sur les questions relatives aux signatures numériques, mieux connues que les autres techniques, sur le plan de la législation et des ouvrages juridiques. Il a été convenu que le débat pourrait prendre un tour plus général, selon qu'il conviendrait, et que les questions concernant d'autres techniques de signature électronique pourraient aussi être examinées.

23. S'agissant de la portée des travaux, l'on s'est accordé à penser qu'elle ne devait pas s'étendre aux questions relatives à l'utilisation de la cryptographie à des fins de confidentialité. Ces questions, qui étaient déjà examinées dans d'autres instances internationales — l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), par exemple — ne se rapportaient pas directement à l'application d'un système de signatures numériques et pourraient compromettre l'avancement des travaux du Groupe, dont le but principal était de faciliter le commerce électronique. D'une façon plus générale, l'on a estimé qu'il ne fallait pas chercher à aborder, dans les règles uniformes, les questions de sécurité nationale, d'ordre public, de droit pénal ou administratif que pourrait soulever l'application de systèmes de signature numérique.

24. Des opinions diverses ont été exprimées sur le point de savoir si le Groupe de travail devait aussi examiner les questions concernant le droit relatif aux consommateurs. Un membre du Groupe a estimé que ces questions devaient être exclues du champ des travaux actuels, qui devaient porter exclusivement sur les transactions commerciales. De l'avis d'un autre, si les principales questions à considérer ne concernaient pas directement les consommateurs, il pouvait être approprié d'examiner, à l'occasion de l'élaboration de règles uniformes sur les signatures numériques, la question de savoir si des règles différentes étaient requises pour les transactions relatives aux consommateurs. L'on a cependant fait valoir qu'il pourrait être particulièrement difficile d'élaborer des dispositions propres au droit relatif aux consommateurs, en raison de la nature même du commerce électronique, qui rendait quasiment impossible l'identification d'une partie en tant que consommateur. À l'issue du débat, il a été décidé que le Groupe ferait porter l'essentiel de ses travaux sur les transactions commerciales, mais qu'il prendrait note des incidences que les questions qu'il examinait pouvaient avoir sur les transactions relatives aux consommateurs.

B. Questions juridiques spécifiques et projets de dispositions sur les signatures numériques

25. Quant à la forme que devaient prendre les travaux du Groupe, les avis étaient partagés. Selon certains, il était prématuré d'envisager une Loi type sur les questions relatives aux signatures numériques et questions connexes. Pour d'autres, il fallait partir du principe que ces travaux devaient compléter la Loi type. Il a été rappelé qu'à sa vingt-neuvième session la Commission avait demandé au Groupe de travail de réfléchir à l'opportunité et à la possibilité de rédiger des règles uniformes sur les questions relatives aux signatures numériques et aux tiers authentificateurs. La Commission était convenue qu'à l'occasion des travaux de sa trente et unième session le Groupe de travail pourrait entreprendre d'élaborer des projets de règles touchant certains aspects des questions susmentionnées (voir ci-dessus, par. 9).

26. Le Groupe de travail a jugé préférable de ne décider de la forme que prendraient ses travaux que lorsqu'il aurait achevé l'examen des questions juridiques de fond. Il a également décidé de surseoir à l'examen des rapports précis existant entre ses travaux futurs et la Loi type. Il a été convenu que les éventuelles règles uniformes concernant les signatures numériques devraient s'inspirer de l'article 7 de la Loi type et être considérées comme définissant la manière dont une méthode fiable pourrait servir à identifier une personne et signifier qu'elle approuvait l'information contenue dans un message électronique. De façon plus générale, les travaux sur les signatures numériques devaient être conformes aux principes énoncés et à la terminologie employée dans la Loi type.

27. Pour faciliter les travaux qu'il serait amené à entreprendre, le Groupe de travail a décidé de partir, à titre préliminaire, du principe que ces travaux prendraient la forme de projets de dispositions juridiques. L'on a cependant fait valoir qu'il pourrait peut-être envisager de donner des explications supplémentaires, au moyen, éventuellement, d'un préambule, d'un guide d'application ou de directives distinctes, touchant en particulier aux questions que l'on jugerait mal se prêter à une uniformisation. Il a été indiqué, à titre d'exemple, que des observations de la CNUDCI concernant les diverses questions soulevées par l'établissement de l'infrastructure à clef publique pourraient jouer un rôle didactique utile.

28. Il a été décidé que le Groupe de travail poursuivrait ses délibérations sur la base du projet de dispositions uniformes figurant dans la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 52 à 76). Il a été constaté que celui-ci revêtait un caractère purement indicatif et, de l'avis général, que le Groupe de travail ferait mieux, à ce stade, de se pencher sur le cadre théorique dans lequel devaient s'inscrire les règles uniformes sur les signatures numériques que de se consacrer à la rédaction de chacun des articles. On s'accordait à penser qu'il faudrait peut-être saisir l'occasion qu'offrirait l'examen de chacune des questions visées dans le projet de dispositions pour déterminer : *a)* si l'uniformité était nécessaire; *b)* si la question était traitée de façon suffisamment poussée dans la Loi type ou si des dispositions plus détaillées étaient souhaitables; *c)* si la question ne se rapportait qu'aux signatures numériques ou si elle pouvait être traitée à un niveau plus général; *d)* si la question relevait directement du droit commercial international, du mandat de la CNUDCI et de son domaine de compétence; *e)* si une règle impérative était nécessaire ou si l'autonomie des parties devrait prévaloir.

1. *Définitions*

29. Il a été indiqué d'emblée qu'il se pourrait que le Groupe de travail doive examiner d'autres définitions que celles des termes "signature numérique", "tiers authentificateurs homologués" et "certificats" proposées dans la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 52 à 60). Les définitions ci-après ont été suggérées : "on entend par 'clef privée' celle des clefs d'une paire qui est utilisée pour créer une signature numérique"; "on entend par 'clef publique' celle des clefs d'une paire qui est utilisée pour vérifier une signature numérique"; "on entend par 'paire de clefs' dans un système de cryptologie asymétrique une clef privée et la clef publique qui lui est mathématiquement associée, la deuxième de celle-ci permettant de vérifier une signature numérique créée au moyen de la première". Le Groupe de travail a pris note de cette suggestion. Il a été dit que les définitions proposées revêtaient un caractère quelque peu circulaire. On a fait observer, de façon plus générale, qu'il convenait de se garder d'introduire dans des règles uniformes normatives des définitions qui pourraient être contraires à la tradition législative de bien des pays. La question ayant été débattue, on s'est accordé à penser qu'il faudrait peut-être envisager à nouveau la possibilité d'ajouter un nombre limité de définitions à une date ultérieure.

a) *Signature numérique*

30. Le Groupe de travail a examiné la définition de la notion de signature numérique sur la base du projet de dispositions suivant :

"*Projet d'article A*

1) Une signature numérique est une valeur numérique apposée à un message électronique et qui, grâce à une procédure mathématique bien connue associée à la clef cryptographique privée de l'expéditeur, permet de déterminer que cette valeur numérique a été créée à partir de la clef cryptographique privée de l'expéditeur.

2) Les procédures mathématiques utilisées pour créer les signatures numériques autorisées en vertu de [cette loi] [ces règles] sont basées sur le chiffrement de la clef publique. Appliquées à un message de données, ces procédures mathématiques opèrent une transformation du message de telle sorte qu'une personne disposant du message initial et de la clef publique de l'expéditeur peut déterminer avec exactitude

a) Si la transformation a été opérée à l'aide de la clef privée correspondant à celle de l'expéditeur; et

b) Si le message initial a été altéré une fois la transformation opérée.

3) Une signature numérique apposée à un message de données est considérée comme ayant été autorisée si elle

peut être vérifiée conformément aux procédures énoncées par un tiers authentificateur homologué en vertu de [cette loi] [ces règles].

4) [L'autorité compétente dans l'État qui édicte la loi] adoptera des règles spécifiques régissant les prescriptions techniques à respecter s'agissant des signatures numériques et leur vérification."

Paragraphes 1 et 2

31. Il a été indiqué que la définition de la notion de signature numérique devait être élargie de façon à englober non seulement la cryptographie à clef publique, mais aussi d'autres types de signatures électroniques. La plupart des membres du Groupe estimaient cependant qu'il était inopportun d'essayer d'établir une définition de la signature numérique qui s'écarterait des usages existants. Il a été convenu que la notion de signature numérique ne devait s'étendre qu'aux systèmes de cryptologie asymétriques, mais qu'il faudrait peut-être établir d'autres définitions englobant des techniques auxquelles renverrait la notion plus large de signature électronique.

32. Touchant au paragraphe 1, il a été indiqué que les mots "a été créée à partir" devraient être remplacés par les mots "n'a pu être créée qu'à partir". Le Groupe de travail a décidé que, à un stade aussi peu avancé de ses délibérations, il ne devrait pas essayer de remanier le texte dans le détail. On s'est généralement accordé à penser que la notion de signature numérique telle qu'elle était définie aux paragraphes 1 et 2 convenait pour délimiter le champ d'application des travaux futurs. La question ayant été débattue, le Groupe de travail a jugé les paragraphes 1 et 2 généralement acceptables quant au fond, tout en convenant qu'il aurait peut-être à en remanier le libellé ultérieurement.

Paragraphe 3

33. Diverses questions ont été soulevées concernant l'objet du paragraphe 3. On a émis l'opinion que s'il visait les concepts d'infrastructure à clef publique et de vérification des signatures numériques, son but n'était pas atteint; en revanche, il traitait de questions de fond ne relevant pas de la définition de la signature numérique. L'on a avancé que le paragraphe 3 pourrait être interprété comme introduisant une procédure de vérification comme condition de la validité de la signature numérique. L'on a estimé qu'il était préférable de le supprimer et de le remplacer par une définition descriptive de la vérification des signatures.

34. L'on a fait valoir que le paragraphe 3 pouvait être interprété comme traitant uniquement de la validité des signatures numériques utilisées dans le cadre d'une infrastructure à clef publique exploitée par les autorités publiques. Dans son libellé actuel, cette disposition paraissait excessivement rigide, ce qui pourrait exclure l'acceptation du recours aux signatures numériques dans un autre contexte, comme les infrastructures à clef publique créées par des entités autres que les autorités publiques. D'une manière générale, on a estimé qu'il n'était pas souhaitable d'alourdir les transactions qui pourraient se dérouler dans des cercles fermés entre des parties qui n'éprouvaient pas le besoin de recourir aux services de tiers authentificateurs. Alors que les États examinaient diverses options concernant la mise en place d'infrastructures à clef publique, certains ont estimé qu'il serait prématuré de privilégier, dans le cadre du projet de règles uniformes, un système donné d'infrastructures au détriment de tous les autres.

35. On a exprimé l'avis que, si le paragraphe 3 devait être lu conjointement avec l'article 7 de la Loi type, ces deux dispositions n'étaient peut-être pas totalement compatibles. Par exemple, le paragraphe 3 nuançait la notion de signature numérique en lui ajoutant le qualificatif "autorisée", mot qui n'était utilisé ni dans le contexte de l'article 7 de la Loi type, ni dans aucune des dispositions des projets d'articles A à J tels qu'ils figuraient dans la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.71). En outre, l'article 7 mentionnait l'utilisation d'une méthode de signature "aussi fiable qu'il était approprié au vu de l'objet pour lequel le message de données avait été créé ou communiqué", reconnaissant ainsi divers niveaux de fiabilité au vu de l'objet pour lequel le message avait été créé ou communiqué, y compris tout accord des parties. On a fait valoir que, en vertu de l'article 7, les parties à une transaction se faisant réciproquement confiance pourraient convenir d'un niveau de sécurité qui leur suffirait sans avoir obligatoirement recours à des tiers authentificateurs. Du point de vue des parties, la considération primordiale était de savoir si le système qu'elles exploitaient était fiable. On a fait valoir qu'un certain nombre d'éléments assuraient la fiabilité du matériel du logiciel et des procédures utilisés par les parties (par exemple, être raisonnablement certain qu'il n'y aurait ni intrusion ni usage impropre; offrir un degré raisonnable d'accessibilité, de fiabilité et de bon fonctionnement; être raisonnablement adapté à l'exercice des fonctions qui leur étaient assignées; et fonctionner conformément aux principes de sécurité généralement admis). Il incombait donc aux parties de décider si le degré de fiabilité qu'elles exigeaient devait comprendre une procédure de vérification appliquée par des tiers authentificateurs. Le libellé du paragraphe 3, pour sa part, supposait que les signatures numériques ne seraient fiables que si elles pouvaient être certifiées avec l'assistance de tiers authentificateurs. Il apparaissait donc plus restrictif que l'article 7 de la Loi type. L'on a avancé qu'il faudrait procéder à une révision de fond de l'article 3 si on voulait l'harmoniser avec l'article 7.

36. Des questions ont également été soulevées concernant la mention, au paragraphe 3, de la vérification de la signature numérique conformément aux procédures fixées par les tiers authentificateurs. On a émis l'opinion qu'une référence à ces procédures soulevait la question des instructions techniques applicables à la vérification de la signature numérique et autres critères de fonctionnement appliqués par des tiers authentificateurs, ou celle des effets juridiques découlant des cas où ces procédures n'auraient pas été suivies. Or, il s'agissait là de questions de fond qui ne pouvaient pas être convenablement traitées dans le champ d'application limité du projet d'article A. Il a donc été proposé de supprimer la mention concernant les procédures de vérification.

37. Ayant examiné les différentes vues exprimées, le Groupe de travail a décidé de supprimer le paragraphe 3. Il a été convenu d'ouvrir le débat sur les options possibles concernant les infrastructures à clef publique après

l'examen de la question des effets juridiques des signatures numériques.

Paragraphe 4

38. On a émis l'opinion que le paragraphe 4, dans la mesure où il confiait à l'État la responsabilité de fixer les règles techniques régissant les signatures numériques, excluait les infrastructures à clef publique mises en place par des entités autres que les autorités publiques. Ayant décidé de supprimer le paragraphe 3, et compte tenu du lien logique existant entre les deux dispositions, le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 4 serait, lui aussi, supprimé.

b) *Tiers authentificateurs homologués*

39. Pour l'examen des questions ayant trait à la définition du tiers authentificateur homologué, le Groupe de travail s'est fondé sur le projet de dispositions ci-après :

"*Projet d'article B*

1) ... [c'est l'État qui édicte la loi qui choisit l'organe ou l'autorité compétente chargé d'homologuer les tiers authentificateurs] peut homologuer les tiers authentificateurs permettant à ceux-ci d'agir en vertu de [la présente loi] [ces règlements]. Cette homologation peut être annulée.

2) ... [c'est l'État qui édicte la loi qui précise l'organe ou l'autorité compétente chargé de promulguer des règlements s'agissant des tiers authentificateurs homologués] peut établir des règles régissant les modalités en vertu desquelles les homologations peuvent être accordées, et promulguer des règlements précisant le fonctionnement des tiers authentificateurs.

3) Les tiers authentificateurs homologués peuvent délivrer des certificats concernant les clefs cryptographiques de personnes physiques ou morales.

4) Les tiers authentificateurs homologués peuvent proposer ou faciliter l'enregistrement et le datage de la transmission et de la réception de messages de données, et remplir d'autres fonctions ayant trait aux communications protégées au moyen de signatures numériques.

5) ... [c'est l'État qui édicte la loi qui nomme l'organe ou l'autorité compétente chargé d'établir des règles spécifiques s'agissant des fonctions à remplir par les tiers authentificateurs homologués] peut promulguer des lois spécifiques en ce qui concerne les fonctions à remplir par les tiers authentificateurs homologués s'agissant de la délivrance de certificats aux personnes physiques ou morales."

40. Le Groupe de travail a procédé à un échange de vues sur l'approche à adopter en ce qui concerne les tiers authentificateurs. Selon l'une des opinions exprimées, le projet d'article B, tel qu'il était libellé, semblait prescrire une méthode précise pour utiliser une infrastructure à clef publique; or, il était préférable de laisser chaque État adopter ses propres règles en la matière. L'on a fait valoir que, s'il était vrai que les tiers authentificateurs pouvaient jouer un rôle essentiel pour ce qui était de certifier la fiabilité des signatures numériques, des systèmes de signature numérique qui fonctionneraient sans tiers authentificateurs n'étaient pas inconcevables. Il a également été avancé qu'instaurer un système juridique d'homologation publique des tiers authentificateurs ne contribuerait pas nécessairement à promouvoir la confiance dans la fiabilité des signatures numériques; il vaudrait mieux pour cela faire appel à des tiers authentificateurs homologués par des entités privées, ou à d'autres dispositifs issus du marché. Selon un autre point de vue, le projet d'article B était acceptable, dans l'ensemble, aux fins de définir les tiers authentificateurs homologués, car il était formulé en termes non impératifs, en particulier pour ce qui était du paragraphe 2, qui n'empêchait pas l'État d'utiliser différemment sa propre infrastructure à clef publique.

41. S'agissant de l'approche que l'on pourrait adopter quant aux tiers authentificateurs, le Groupe de travail a été invité à envisager deux objectifs éventuels concernant la définition des termes "tiers authentificateur". L'un des objectifs pourrait être de donner à l'État des directives concernant les éléments essentiels à prendre en compte dans l'utilisation des infrastructures à clef publique nationales. On a fait valoir que le projet d'article B n'était pas suffisamment détaillé pour donner des directives suffisantes à cet égard. Un autre objectif pourrait être de confier à l'État la responsabilité de l'infrastructure à clef publique au plan national, mais de préciser, dans la définition du terme "tiers authentificateur", les critères que devait appliquer chaque État en matière de reconnaissance des certificats délivrés par des tiers authentificateurs étrangers. Il a été suggéré que, si le Groupe de travail voulait circonscrire la portée du projet de règles uniformes à ce dernier objectif, il faudrait peut-être ajouter au projet d'article B un chapeau, qui pourrait, par exemple, se lire comme suit : "Les dispositions uniformes s'appliquent aux certificats délivrés par un régime juridique doté des attributs suivants :". On a toutefois fait observer que, si l'on adoptait une telle proposition, il faudrait remanier considérablement les autres dispositions du projet d'article B. On a suggéré par ailleurs de ne pas énoncer de critère spécifique dans ce projet d'article, et de se contenter de la disposition générale qui figurait au paragraphe 2. On pourrait également faire figurer d'autres observations dans des directives concernant l'élaboration du projet de règles uniformes, notamment une liste indicative des critères dont pourrait éventuellement tenir compte chaque État.

42. Le Groupe de travail s'est accordé à penser que l'on devait pouvoir examiner à un stade ultérieur la question de savoir si, dans le projet de règles uniformes, la définition du tiers authentificateur devait servir à d'autres fins que de définir les critères à appliquer par chaque État pour reconnaître les certificats délivrés par des tiers authentificateurs étrangers. La plupart des membres du Groupe ont estimé que, si l'établissement de normes ou de critères pouvait aider les tiers authentificateurs à instaurer le degré de confiance nécessaire à leur fonctionnement, il pourrait par ailleurs se révéler nécessaire de faire la distinction entre la question générale de la fiabilité du tiers authentificateur, qui dépendrait peut-être du régime juridique sous lequel ils avaient été établis, et les questions plus spécifiques liées au degré de confiance inspiré par les certificats délivrés par tel ou tel tiers authentificateur.

43. Il a été avancé que les dispositions concernant les fonctions et attributions du tiers authentificateur, telles qu'énoncées dans le projet d'article B, n'avaient pas seulement pour utilité de constituer les éléments structurels d'un système de tiers authentificateurs (par exemple une infrastructure à clef publique). Elles étaient aussi utiles pour déterminer les effets à donner aux signatures numériques et aux actes liés à des signatures numériques ou impliquant l'utilisation de ces signatures. Cela étant, on a avancé que, dans ses délibérations en la matière, le Groupe de travail pouvait avoir intérêt à garder à l'esprit un ensemble de facteurs utiles pour déterminer les effets juridiques à donner aux signatures numériques. On a présenté les facteurs suivants comme instrument d'analyse que pourrait envisager le Groupe de travail : *a)* les types de signatures (c'est-à-dire, du général au particulier, la signature électronique, la signature numérique, la signature numérique avec certificat et la signature numérique avec certificat délivré par un tiers authentificateur homologué); *b)* les parties concernées (à savoir, les parties contractantes directes, y compris les tiers authentificateurs, les tiers tels que les chargeurs et les banques, les entités gouvernementales, d'autres entités telles que les prestataires de services ou les entreprises de télécommunications); *c)* les actes ou événements auxquels est conféré un effet juridique (c'est-à-dire l'utilisation d'une signature numérique, la délivrance de certificats, y compris la délivrance sans autorisation, l'expiration du certificat, la révocation du certificat, la révocation de l'homologation accordée à un tiers authentificateur); *d)* le champ d'application des travaux de la CNUDCI dans ce domaine (application internationale uniquement, application internationale plus propositions pour des législations nationales, propositions pour des législations nationales); *e)* l'effet juridique (c'est-à-dire la validité, les obligations de l'entité qui délivre les certificats et de la personne faisant fond sur les certificats, les recours, la responsabilité, y compris ses limites, la preuve); *f)* les techniques de rédaction (c'est-à-dire la prescription de normes, l'effet juridique si les normes sont respectées, l'effet juridique si les normes ne sont pas respectées). Le Groupe de travail a estimé que la liste de facteurs proposée lui serait fort utile pour analyser l'objectif et les incidences des dispositions concernant les tiers authentificateurs.

44. Au cours du débat qui a suivi, le Groupe de travail s'est demandé s'il serait souhaitable d'imposer, dans le cadre du projet de règles uniformes, des critères de fonctionnement aux tiers authentificateurs, qu'ils soient ou non homologués.

45. On a suggéré de compléter le projet d'article B en y ajoutant des règles uniformes qui indiqueraient expressément les critères à prendre en considération pour l'homologation des tiers authentificateurs, ou qui définiraient les normes minima auxquelles ces derniers devaient répondre pour que les certificats qu'ils délivraient aient valeur juridique. Cela était indispensable si l'on voulait que les tiers authentificateurs soient visés par les règles uniformes. On a renvoyé à la note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 44) où étaient énumérés un certain nombre d'éléments qui pourraient être considérés pour déterminer la fiabilité d'un tiers authentificateur. De l'avis général, cette liste pouvait utilement servir de point de départ des discussions si l'on décidait d'approfondir la question. Il a été proposé d'étendre le champ des critères de sorte à prendre en compte, par exemple, la compétence du personnel d'encadrement, ou la séparation des tâches d'authentification de toute autre tâche que l'authentificateur pouvait éventuellement assurer par ailleurs.

46. Certains membres du Groupe de travail ont estimé qu'il n'y avait pas lieu de spécifier des critères d'habilitation applicables aux tiers authentificateurs. On a rappelé que le Groupe de travail avait étudié la question du rôle de l'État dans les infrastructures à clef publique et conclu que, dans certains pays, des entités privées rempliraient la fonction d'authentificateur sans avoir besoin d'obtenir au préalable l'autorisation de l'État (voir par. 40 ci-dessus). De plus, les critères de l'administration publique n'étaient pas les seuls acceptables; on pouvait aussi envisager d'autres possibilités, par exemple s'en remettre aux usages et pratiques du commerce entre États, ou encore à des normes de compétence fixées par des entités non gouvernementales sérieuses, comme c'était le cas dans certains domaines commerciaux. L'on a fait valoir que spécifier des critères d'habilitation n'était ni pertinent ni judicieux lorsque la fonction d'authentification pouvait être exercée sans l'autorisation de la puissance publique. De plus, il faudrait alors préciser dans tous les cas quelle entité ou autorité avait compétence pour déterminer si tel ou tel authentificateur remplissait bien les critères — ce qui créerait des problèmes lorsqu'il s'agissait d'authentificateurs ne faisant pas partie d'une infrastructure à clef publique régie par l'État.

47. Face à ces objections, on a fait valoir que l'établissement de critères communs d'habilitation des tiers authentificateurs permettrait d'inspirer confiance dans l'authenticité des signatures numériques. De telles normes ne seraient peut-être pas nécessaires tant que les transactions électroniques se faisaient au moyen d'un système fermé que les partenaires jugeaient suffisamment sûr pour, s'ils se faisaient confiance, se dispenser de certificats d'authentification. Mais, pour que l'usage des signatures numériques puisse se répandre, il fallait amener le grand public à croire en leur authenticité et à l'efficacité des méthodes employées pour la garantir. Ce but serait atteint si l'on parvenait à le convaincre que les entités chargées d'authentifier une clef publique devaient remplir certains critères qui assuraient qu'on pouvait se fier à elles. On a fait observer que, s'il ne fallait pas écarter a priori l'éventuel recours aux usages et pratiques du commerce ou les normes d'habilitation acceptables que les entités non gouvernementales pouvaient peut-être fixer dans un domaine commercial particulier, il n'existait pas encore de pratique établie pour déterminer quels critères appliquer aux tiers authentificateurs.

48. On a fait valoir que les deux formules à l'étude — établissement de normes d'habilitation par l'État et acceptation de normes applicables aux entités ne faisant pas partie d'une infrastructure à clef publique régie par l'administration publique — n'étaient pas nécessairement incompatibles. Elles se différenciaient peut-être simplement par les effets juridiques respectifs des signatures numériques dans l'un ou l'autre cas. Lorsque c'était l'État qui habilitait le tiers authentificateur, il ne le faisait qu'après s'être assuré que ce dernier remplissait les critères, cette conformité aux normes étant indispensable pour que les certificats délivrés puissent avoir un effet juridique. Dans le second cas, le

tiers authentificateur n'avait pas besoin, pour pouvoir assumer cette fonction, de prouver qu'il remplissait les critères; mais si les certificats qu'il délivrait venaient à être contestés (par exemple devant les tribunaux ou une instance d'arbitrage), l'organe saisi devrait, pour se prononcer sur leur fiabilité, déterminer s'ils émanaient d'une autorité répondant bien aux critères.

49. L'on a avancé que la fiabilité d'un certificat donné pourrait être fonction de la décision prise par l'authentificateur concernant ledit certificat, et non pas de critères d'ordre institutionnel. La fiabilité conjoncturelle ne dépendrait pas nécessairement de l'habilitation éventuelle de l'authentificateur ni des usages et pratiques du commerce acceptés sur le plan international. L'on a estimé que le critère de fiabilité pourrait varier en fonction du motif pour lequel la fiabilité devait être assurée (certification croisée, octroi de licence, détermination de la responsabilité).

50. Les travaux ne faisant que commercer et les vues divergeant, les membres du Groupe se sont dans leur ensemble ralliés à la proposition préconisant de ne rejeter d'emblée aucune des deux possibilités ci-dessus et de les considérer comme des hypothèses de travail, en revenant sur ces points plus tard, après avoir examiné d'autres questions qui s'y rattachaient intrinsèquement, par exemple celle de la responsabilité des tiers authentificateurs et les problèmes que soulevait l'authentification internationale.

2. *Responsabilité*

51. Pour l'examen des notions ayant trait à la responsabilité du tiers authentificateur, le Groupe de travail s' est fondé sur le projet de dispositions ci-après :

"*Projet d'article H*

1) Un tiers authentificateur homologué est responsable devant toute personne ayant agi de bonne foi sur la foi d'un certificat délivré par ce tiers authentificateur, en cas de perte due à une faute d'enregistrement imputable au tiers authentificateur, à une défaillance technique ou à d'autres circonstances de même nature [même si la perte n'est pas imputable] [si la perte est imputable] à une négligence du tiers authentificateur.

2) *Variante X* La responsabilité pour toute perte individuelle ne dépasse pas [montant]. ... [l'État qui édicte la loi désigne l'organe ou l'autorité ayant compétence pour réviser le montant maximum] peut modifier ce montant tous les deux ans de façon à tenir compte de l'évolution des prix.

Variante Y ... [l'État qui édicte la loi désigne l'organe ou l'autorité ayant compétence pour promulguer des règlements relatifs à la responsabilité] peut promulguer des règlements relatifs à la responsabilité des tiers authentificateurs.

3) Dans le cas où la partie ayant subi une perte a contribué à celle-ci soit délibérément, soit par négligence, l'indemnisation peut être réduite, voire totalement refusée.

[4) Lorsqu'un tiers authentificateur homologué a reçu notification de l'annulation d'un certificat, il enregistre immédiatement cette annulation. Si le tiers authentificateur faillit à cette tâche, il est responsable de toute perte encourue par l'utilisateur.]"

Paragraphes 1 et 2

Observations générales

52. Le Groupe de travail a débattu du champ et des implications du projet de dispositions sur la responsabilité du tiers authentificateur. On a fait observer que, dans cette question, deux types de responsabilités étaient en jeu : la responsabilité structurelle, lorsque le tiers authentificateur ne respectait pas les conditions de son habilitation, et la responsabilité conjoncturelle, qui résultait de sa décision de délivrer, suspendre ou annuler un certificat. Dans le premier cas, l'authentificateur trahissait la confiance que l'administration publique avait mise en lui, et l'organe qui l'avait homologué pouvait à bon droit lui imposer une amende ou d'autres sanctions, à la mesure de la faute. Dans le second cas, le tiers authentificateur n'avait pas rempli les obligations professionnelles qu'il avait envers son client. Bien souvent, cependant, c'était le partenaire commercial de ce dernier, qui généralement ne passait pas de contrat avec le tiers authentificateur, qui subirait le préjudice. On a posé la question de savoir si, dans ces conditions, il conviendrait de donner à la partie lésée un recours direct contre le tiers authentificateur, ou seulement le droit de se retourner contre son partenaire, lequel pourrait disposer à son tour d'un recours contre l'authentificateur. On pouvait craindre qu'il ne soit difficile d'établir un régime de responsabilité satisfaisant qui donne à l'utilisateur d'un certificat un recours direct contre le tiers authentificateur.

53. On a avancé qu'il vaudrait peut-être mieux que le Groupe de travail n'aborde pas la question de la responsabilité du tiers authentificateur, qui était délicate et complexe et ne pouvait être traitée comme il le fallait dans le projet de règles uniformes. On a rappelé que, lors de l'élaboration de la Loi type, il avait été décidé de laisser complètement de côté la question de la responsabilité des tiers prestataires de services. On pouvait penser que cette question était étroitement liée à celle du préjudice, qui ne se prêterait peut-être pas facilement à une harmonisation internationale. Le Groupe de travail a été invité à déterminer s'il valait mieux laisser au droit national le soin de régir ces deux questions, sans les aborder dans les règles uniformes. Si tel était effectivement le cas, on pouvait soit s'en remettre aux dispositions internes visant le conflit de lois, qui détermineraient les normes applicables; soit introduire dans les règles uniformes une disposition précise visant le conflit de lois; soit déterminer directement quelle règle il convenait d'appliquer en cas de conflit de lois (par exemple la règle interne du pays où le tiers authentificateur était officiellement établi ou autorisé à exercer sa fonction). On a fait valoir à l'appui de cette suggestion que la question de la responsabilité était essentiellement celle des garanties données par l'authentificateur, et qu'il était préférable qu'elle soit réglée par les partenaires eux-mêmes, ou conformément aux dispositions du droit interne applicables à leur relation contractuelle.

54. Toutefois, l'élaboration de normes régissant la responsabilité du tiers authentificateur a aussi été vigoureusement défendue. La question de la responsabilité, a-t-on fait valoir, était trop importante pour qu'on laisse aux seules parties le soin de la régir, d'autant que les utilisateurs de certificats ne passeraient peut-être pas tous directement contrat avec l'authentificateur. Si l'utilisateur n'était pas pleinement autorisé à demander à son partenaire commercial réparation des fautes du tiers authentificateur, la victime d'un acte frauduleux où le tiers authentificateur aurait, soit en toute connaissance de cause, soit par négligence, laissé utiliser des noms ou des identités fictifs se trouverait sans aucun recours. De plus, en l'absence de dispositions régissant la responsabilité, l'on risquait de voir certains pays n'imposer, pour encourager ou faciliter l'implantation de tiers authentificateurs sur leur territoire, qu'une responsabilité dérisoirement limitée, ce qui serait pour le moins fâcheux. Devant ces "paradis de l'authentification" qui pourraient se créer, les partenaires commerciaux risquaient de se montrer réticents à user des signatures numériques, ce qui n'irait pas dans le sens du développement du commerce électronique que l'on s'était fixé comme objectif. Aussi difficile que soit la question de la responsabilité, qui recouvrait à la fois la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, il fallait, selon le sentiment général, qu'elle fût visée dans les règles uniformes.

55. À l'issue des débats, le Groupe de travail a décidé que les règles uniformes devaient en principe comporter des dispositions régissant la responsabilité du tiers authentificateur pour autant que celui-ci intervienne dans des systèmes de signature numérique.

Nature de la responsabilité

56. S'agissant de la nature de la responsabilité du tiers authentificateur, on s'est en particulier demandé si la responsabilité devait reposer sur la notion de faute ou s'il s'agirait de "responsabilité de plein droit", notion également appelée "responsabilité objective" ou "responsabilité sans faute". On a soulevé des objections à l'insertion de dispositions posant la responsabilité objective du tiers authentificateur. On a fait observer que la responsabilité objective s'écartait du principe général du droit de la responsabilité civile en vertu duquel chacun était responsable de sa propre faute, de sorte qu'elle était acceptée en droit interne pour des motifs exceptionnels d'ordre public, la responsabilité sans faute s'appliquant à des personnes se livrant à des activités par trop dangereuses. Il n'y avait aucun motif impérieux de soumettre les tiers authentificateurs à un régime de responsabilité objective. En outre, un tel régime aurait pour effet fâcheux d'entraver le développement de la certification homologuée et de limiter ainsi les possibilités d'emploi de signatures numériques. Au surplus, il a été fait observer que le tiers authentificateur pourrait fournir à ses clients et au public toute une gamme de services pouvant aller de l'établissement de la liste des détenteurs de la clef publique et de leurs clefs respectives à des services plus individualisés consistant à garantir l'authenticité des clefs publiques et l'identité de leurs détenteurs. Le degré de l'obligation assumée par les tiers authentificateurs, ainsi que leurs tarifs variaient selon le type de service fourni. Si l'on considérait cette gamme de services, il n'était pas raisonnable d'imposer le même degré de responsabilité à tous les tiers authentificateurs quelles que soient les circonstances. Il a donc été proposé de fonder le régime de responsabilité applicable aux tiers authentificateurs sur la négligence, suivant en cela la solution envisagée au paragraphe 1 du projet d'article H.

57. L'on a fait observer toutefois qu'il ne serait pas équitable d'imposer à la partie lésée la charge de faire la preuve de la négligence du tiers certificateur. Vu le degré de spécialisation technique que l'on était en droit d'attendre de lui et le niveau de confiance élevé qu'il était censé inspirer, ce dernier devait normalement voir sa responsabilité engagée chaque fois que l'émission de certificats défectueux entraînait des dommages. On a relevé que, dans certains systèmes de droit, les membres de certaines catégories professionnelles (par exemple, les notaires dans certains pays de droit civil) étaient tenus de souscrire une assurance au tiers et de participer à une caisse commune d'indemnisation destinée à indemniser les parties lésées du fait de leurs actes. On a estimé que les tiers authentificateurs faciliteraient sans doute la création d'une telle caisse en se regroupant au sein d'un cadre institutionnel, par exemple un dispositif de délivrance de licences.

58. L'on a jugé que les divergences d'opinions qui s'étaient fait jour au sein du Groupe de travail pourraient être aplanies si, en lieu et place d'une règle positive spécifiant les circonstances où les tiers authentificateurs verraient leur responsabilité engagée, le projet de règles uniformes contenait une disposition énonçant une présomption simple de responsabilité. En vertu de cette proposition, par exemple en cas d'identification erronée d'une personne ou d'attribution par erreur d'une clef publique à une personne, le tiers authentificateur verrait sa responsabilité retenue à raison de la perte subie par toute partie lésée, à moins qu'il ne puisse démontrer qu'il s'était efforcé de son mieux d'éviter l'erreur. Il pourrait réfuter la présomption, par exemple en démontrant qu'il s'était conformé à une norme de conduite qui aurait été établie par les règles uniformes. On a fait observer qu'un tel régime de responsabilité, qui rappelait ceux institués dans certains droits internes en matière de responsabilité du fait des produits, conférerait un surcroît de protection aux utilisateurs de services sans pour autant imposer une responsabilité objective au tiers authentificateur. Le Groupe de travail a accueilli favorablement cette proposition dans laquelle on s'est accordé à voir un moyen viable, pour le Groupe, de traiter dans l'avenir de la difficile question de la responsabilité des tiers authentificateurs.

59. Le Groupe de travail a ensuite examiné les cas où la responsabilité du tiers authentificateur ne serait pas retenue à raison d'une prestation défaillante. On a estimé que, en vertu du régime de responsabilité envisagé, le tiers authentificateur devait être déchargé de toute responsabilité pour autant qu'il puisse démontrer qu'il avait fait preuve de sérieux pour identifier le détenteur de la clef publique ou s'acquitter de ses fonctions d'authentification, que l'erreur était le fait de l'utilisateur même, ainsi qu'il était stipulé au paragraphe 3 du projet d'article H, ou qu'elle était imputable à des circonstances indépendantes de sa volonté. On s'est accordé à estimer que des causes d'exemption analogues seraient acceptables.

Déclarations des pratiques d'authentification (Certification practice statements) *et autonomie des parties*

60. L'on a fait valoir que, s'agissant de la responsabilité, il importait de ne pas perdre de vue les attentes et intérêts mutuels de l'utilisateur et du tiers authentificateur. Ce dernier devait rendre publiques, par une déclaration, ses pratiques d'authentification et informer ainsi les utilisateurs des méthodes et procédures, notamment, qu'il employait pour identifier le détenteur de la clef publique. L'utilisateur, pour sa part, devait déterminer raisonnablement la véracité de ce document. En outre, il devait être tenu de s'assurer qu'un certificat demeurait valide (par exemple, qu'il n'avait pas été révoqué) avant de s'en prévaloir. Enfin, il était censé agir avec prudence, en se fondant sur les informations mises à sa disposition. À la question de savoir comment l'utilisateur pourrait procéder pour vérifier la validité d'un certificat, il a été répondu que les tiers authentificateurs pourraient être tenus d'établir des bases de données, comme certains le faisaient déjà, auxquelles les parties intéressées pourraient accéder pour vérifier la validité du certificat. En réponse à cette proposition, on a fait observer que, s'il était sans doute bon d'encourager l'utilisateur à faire preuve de prudence dans le maniement du certificat, c'était au tiers authentificateur qu'il incombait au premier chef de veiller à son authenticité et à sa validité et qu'il fallait s'entourer de toutes les précautions avant d'imposer à l'utilisateur des devoirs qui risquaient de lui faire endosser une partie de cette responsabilité. Dans la plupart des cas, l'utilisateur ne serait normalement pas en mesure de déterminer un certain nombre de facteurs ayant trait à la validité du certificat, comme les procédures d'identification utilisées par le tiers authentificateur ou la question de savoir si le détenteur de la clef publique détenait également la clef privée correspondante. Il serait déraisonnable de reporter l'une quelconque de ces responsabilités sur l'utilisateur.

61. Le Groupe de travail a discuté du rôle de la déclaration des pratiques d'authentification et de la mesure dans laquelle elle pourrait contribuer à limiter ou à définir autrement le champ de la responsabilité incombant au tiers authentificateur. Afin de protéger les intérêts des utilisateurs, le tiers authentificateur pourrait être tenu de révéler la portée de sa responsabilité par des dispositions contenues dans sa déclaration. D'un point de vue technique, il serait possible, pour les utilisateurs, de prendre connaissance de la déclaration par voie électronique. On a exprimé l'opinion qu'une partie qui solliciterait les services d'un tiers authentificateur devait accepter d'être liée par les termes de la déclaration lorsqu'elle utilisait les services dudit tiers authentificateur. Les arrangements contractuels conclus entre les parties devaient l'emporter sur les règles découlant d'autres sources, et, à cet égard, il importait de garantir l'opposabilité de ces termes et conditions. Certains ont toutefois estimé qu'une disposition aussi importante, pour les parties, que celle limitant la responsabilité du tiers authentificateur devait figurer dans le certificat et non pas dans un document — même d'accès facile — simplement mentionné dans ledit certificat.

62. Les membres du Groupe de travail se sont accordés à penser que, en concevant un régime de responsabilité à l'intention des tiers authentificateurs, il fallait tenir dûment compte de la nécessité de sauvegarder l'autonomie des parties. Toutefois, on a exprimé la crainte qu'un tiers authentificateur puisse se soustraire à la responsabilité encourue du fait de sa propre négligence à la faveur de clauses d'exemption ou de déni de responsabilité contenues dans la déclaration des pratiques d'authentification ou dans tout autre document qu'il aurait publié. On a fait valoir que le récepteur d'un message qui aurait utilisé un certificat pour vérifier l'authenticité d'une signature numérique n'aurait souvent aucun lien juridique direct avec le tiers authentificateur et qu'en conséquence il ne serait pas en mesure de négocier avec celui-ci les clauses de cette responsabilité. Même l'initiateur du message qui entretiendrait une relation de droit avec le tiers authentificateur pourrait parfois ne pas être en mesure de négocier ces clauses qui, dans nombre de cas, prendraient la forme de conditions commerciales préétablies non sujettes à modification. Dans certains systèmes de droit, l'exclusion unilatérale de toute clause de limitation de responsabilité serait contraire à l'ordre public. Toutes limitations et exemptions de responsabilité retenues devaient être conformes à la loi et approuvées par les autorités publiques.

Limites de la responsabilité

63. Le Groupe de travail s'est penché sur la question de savoir si la responsabilité du tiers authentificateur devait être assortie de limites et comment ces limites pouvaient être fixées. En objection à l'introduction de limites en la matière, on a fait remarquer que de telles limites existaient généralement dans les domaines d'activité soumis à une certaine forme de monopole, ce qui était le cas des services postaux ou téléphoniques dans un certain nombre de pays. Mais, dans d'autres domaines d'activité ouverts à la concurrence, il n'y avait aucune raison de fixer des limites en matière de responsabilité.

64. Divers points de vue ont néanmoins été exprimés, qui approuvaient la mise en place d'une forme ou d'une autre de la limitation de responsabilité des tiers authentificateurs. Les arguments suivants ont été avancés : *a)* l'authentification était un secteur en plein essor, dont le développement pourrait être entravé par le risque d'encourir une responsabilité illimitée; *b)* il importait de donner au tiers authentificateur la possibilité de déterminer le montant à concurrence duquel il était disposé à assumer une responsabilité, et cette possibilité pouvait bien être une condition préalable sans laquelle il ne pouvait pas contracter une assurance couvrant convenablement ses activités; et *c)* il se pouvait que, en ce qui concernait les signatures numériques, le rôle du tiers authentificateur se limite à la délivrance d'un certificat qui pouvait, en soi, n'avoir qu'une valeur quantifiable réduite, voire nulle. On a également fait valoir que, lorsqu'un certificat était délivré pour établir un lien entre une clef publique et une personne donnée, ledit certificat pouvait être apposé à un certain nombre de messages dans toute une série d'opérations différentes dont le tiers authentificateur ne pouvait dans la plupart des cas pas prévoir le montant total. On a fait remarquer que, dans le cas des opérations sur carte de crédit, il existait des moyens d'autoriser chaque opération séparément, afin que la société ayant délivré la carte de crédit puisse, chaque fois que la carte était utilisée pour effectuer une opération dont le montant excédait un plafond déterminé à l'avance, estimer

le risque qu'elle courait en cas d'utilisation non autorisée. Or, le tiers authentificateur n'avait pas cette possibilité et n'était en principe pas au courant des termes des opérations effectuées par ses clients. Il aurait été dès lors difficile d'établir un seuil ou plafond de responsabilité en se fondant sur le montant de l'opération aux fins de laquelle une signature numérique avait été utilisée. Étant donné qu'une seule signature pouvait être apposée à un nombre infini d'opérations, il était peu probable que les tiers authentificateurs soient en mesure d'acquérir une assurance responsabilité civile d'un coût raisonnable.

65. S'agissant des méthodes qui pouvaient être utilisées pour limiter la responsabilité incombant au tiers authentificateur, un certain nombre de suggestions ont été examinées par le Groupe de travail. L'une des façons de procéder consistait à déterminer un montant fixe, à l'instar de la variante X du paragraphe 2 du projet d'article H. Selon d'autres formules, la limitation de la responsabilité devait se fonder sur un multiple du droit payé par le détenteur, sur un pourcentage de la valeur de l'opération ou sur un pourcentage de la perte effectivement subie par la partie lésée. L'on a toutefois fait remarquer que le dommage qui pouvait résulter des actes d'un tiers authentificateur n'était pas suffisamment facile à quantifier pour qu'il puisse servir de critère objectif permettant d'assigner un montant fixe. Par ailleurs, le service rendu par un tiers authentificateur et les droits qu'il prélevait n'avaient souvent aucun rapport avec la valeur des opérations auxquelles ils se rapportaient, ni avec le dommage qui pouvait être subi par les parties. D'autres formules de limitation, par exemple celles figurant dans la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg) ou dans la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, avaient trait à des opérations portant sur des éléments quantifiables (valeur des marchandises, montant du virement, etc.) qui n'existaient pas nécessairement dans le cas à l'étude.

66. Un autre moyen de limiter la responsabilité consistait à exclure celle-ci pour certains types de dommages, les dommages "indirects" par exemple. Concernant cette dernière possibilité, on a fait remarquer que la notion de "dommages indirects" pouvait ne pas être interprétée de la même manière dans différents systèmes juridiques. On a donc fait valoir qu'il serait préférable de préciser les types de pertes qui seraient couverts par cette notion et pour lesquels le tiers authentificateur ne serait pas responsable. La mise au point d'une formule qui aboutirait à exclure la responsabilité pour dommages indirects, conformément à la méthode adoptée dans la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, a recueilli une certaine approbation, mais l'on a aussi fait remarquer qu'elle pouvait ne pas convenir dans le cas des signatures numériques et des tiers authentificateurs. On a fait valoir que le dommage serait rarement le produit direct d'un acte tel que la délivrance d'un faux certificat, mais qu'il résulterait plutôt du fait qu'un tiers se fierait à une signature numérique non fiable utilisant un tel certificat. Dans ces conditions, la plupart des dommages susceptibles de résulter des activités du tiers authentificateur pouvaient être considérés comme "indirects". Il a aussi été proposé d'utiliser l'élément "d'imprévisibilité" comme critère pour limiter la responsabilité du tiers authentificateur. On a estimé que le régime de responsabilité applicable aux vendeurs en vertu de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises pouvait être étudié plus avant en tant qu'élément de référence possible.

67. Considérant la diversité des formules proposées, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir un rapport succinct sur les régimes juridiques en vigueur et les méthodes utilisées pour limiter la responsabilité, en particulier dans le cadre des conventions internationales applicables au transport de marchandises et au transport de passagers. Ce rapport pourrait aussi traiter du régime de responsabilité établi par certaines législations nationales pour des catégories professionnelles assurant, pour les documents sur support papier, des fonctions analogues à celles envisagées pour les tiers authentificateurs.

Règles minima en matière de responsabilité

68. Il a été noté qu'à ce stade de ses délibérations le Groupe de travail ne s'était pas prononcé sur la question de savoir si les tiers authentificateurs devaient demander l'homologation préalable d'une entité publique. Il a été proposé que, lorsqu'il reviendrait sur cette question en reprenant l'examen du projet d'article B, le Groupe de travail examine aussi la question de savoir si ladite entité serait subsidiairement responsable des actes du tiers authentificateur.

69. En ce qui concerne les paragraphes 1 et 2, le Groupe de travail a provisoirement conclu que le régime de responsabilité applicable au tiers authentificateur devait être fondé sur le principe de la dualité, c'est-à-dire prévoir que la responsabilité pourrait varier selon que le tiers authentificateur était tenu d'appliquer des normes imposées par une entité publique ou fonctionnait simplement sur la base de règles convenues entre particuliers.

70. Il a été suggéré que tout tiers authentificateur soit, lorsqu'il délivre un certificat, soumis à une obligation, qui pourrait être formulée comme suit :

"Lorsqu'il délivre un certificat, tout tiers authentificateur signifie qu'il confirme :

1) Que le tiers authentificateur s'est conformé à toutes les conditions applicables prévues dans les présentes règles pour la délivrance des certificats et, si le tiers authentificateur a délivré ou autrement remis le certificat à toute personne qui se fie raisonnablement au certificat ou à une signature numérique vérifiable par la clef publique indiquée dans le certificat, que le détenteur désigné dans le certificat l'a accepté;

2) Que le détenteur désigné dans le certificat détient la clef privée correspondant à la clef publique indiquée dans le certificat;

3) Que la clef publique et la clef privée du détenteur sont appariées;

4) Que toutes les informations données dans le certificat sont exactes, sauf si le tiers authentificateur a déclaré dans le certificat [ou fait savoir par incorporation par référence dans le certificat] que l'exactitude de certaines informations n'est pas confirmée;

et

5) Que, à la connaissance du tiers authentificateur, n'a été omis du certificat aucun fait matériel connu qui, s'il était connu, compromettrait la fiabilité des déclarations ci-dessus."

Il a été généralement reconnu que le libellé proposé était, dans une large mesure, acceptable quant au fond en tant que point de départ de futures discussions, en ce qu'il fixait des règles minima auxquelles les parties n'auraient pas le droit de déroger par voie d'accord privé. En particulier, aucune clause limitant la responsabilité du tiers authentificateur ne serait considérée comme couverte par la protection ou les avantages visés au titre des règles uniformes si elle était incompatible avec les conditions susmentionnées. S'agissant de la responsabilité d'un tiers authentificateur, le tiers authentificateur serait présumé responsable des conséquences de la délivrance d'un certificat, sauf s'il pouvait prouver qu'il avait satisfait aux conditions susmentionnées. Toutefois, si un tiers authentificateur voulait s'imposer des obligations plus strictes que celles qui étaient mentionnées plus haut, il devait être autorisé à le faire, soit en introduisant des clauses à cet effet dans sa déclaration des pratiques d'authentification, soit de toute autre manière.

71. Le Groupe de travail est convenu que les règles minima mentionnées plus haut devaient être applicables à la délivrance de certificats aux fins de l'authentification des signatures numériques, telles qu'elles étaient définies dans le projet d'article A. L'on s'est accordé à penser que le projet de règles uniformes ne devait pas porter sur d'autres activités ou services dont pourrait s'acquitter le tiers authentificateur. Ces activités et services pourraient être régis par des accords contractuels entre le tiers authentificateur et son client et par toute autre loi applicable (par exemple les règles impératives du droit relatives à l'acceptabilité des clauses d'exemption de responsabilité).

Paragraphes 3 et 4

72. Le Groupe de travail a estimé que les paragraphes 3 et 4 étaient généralement acceptables, quant au fond, en tant que point de départ de futures discussions. En ce qui concernait le paragraphe 3, l'on s'est accordé à penser qu'il fallait peut-être tenir compte du principe de la négligence concurrente lors de l'élaboration de la version révisée du projet d'article H, mais que la disposition énoncée au paragraphe 3 pourrait ne plus être nécessaire, puisque le Groupe de travail avait décidé que le régime de la responsabilité applicable aux tiers authentificateurs ne devait pas être fondé seulement sur la négligence. En ce qui concernait le paragraphe 4, il a été décidé de supprimer les mots "encourue par l'utilisateur" pour étendre la portée de la disposition aux pertes encourues par toute partie intéressée.

73. À l'issue du débat, le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de préparer une version révisée du projet d'article H au vu des délibérations et décisions ci-dessus.

3. *Questions ayant trait à la certification transfrontière*

74. Pour l'examen des questions ayant trait à la certification transfrontière, le Groupe de travail s'est fondé sur le projet de dispositions ci-après :

"*Projet d'article premier*

1) Les certificats émis par les tiers authentificateurs d'un autre pays peuvent être utilisés pour une signature numérique selon les mêmes modalités que les signatures numériques soumises [à la présente loi][aux présentes règles] s'ils sont reconnus par un tiers authentificateur homologué et que celui-ci garantit, à l'instar de ce qu'il fait pour ses propres certificats, que les détails figurant dans le certificat sont corrects et, en outre, que le certificat est valable et en vigueur.

2) ... [l'État qui édicte la loi choisit l'organe ou le tiers authentificateur chargé d'établir les règles relatives à l'approbation des certificats étrangers] est autorisé à approuver les certificats étrangers et à adopter des règles spécifiques régissant cette approbation."

75. Avant l'ouverture des débats sur les questions ayant trait à la certification transfrontière, il a été rappelé au Groupe de travail que, conformément au mandat que la Commission lui avait confié, il devait conseiller celle-ci quant au bien-fondé et à la possibilité d'établir des règles uniformes relatives aux signatures numériques, aux tiers authentificateurs et aux questions connexes (voir par. 9 ci-dessus). Il n'était pas demandé au Groupe de travail, au stade actuel, d'arrêter la version définitive d'un projet de texte qui serait soumis pour examen à la Commission à sa trentième session.

76. Les débats antérieurs du Groupe de travail concernant le rôle du tiers authentificateur dans le cadre du projet d'article B, en particulier les différentes vues exprimées sur la question de savoir si le tiers authentificateur devait obtenir l'agrément de l'État (voir par. 40 à 50 ci-dessus), ont également été évoqués. D'une manière générale, le Groupe de travail a estimé qu'il serait en mesure de faire progresser les débats sur cette question après avoir examiné la question de la responsabilité du tiers authentificateur et celle ayant trait à la certification transfrontière. On a noté dans le même temps qu'une décision sur les questions soulevées par le projet d'article B aurait également des incidences sur le régime de certification transfrontière envisagé dans le projet de règles uniformes.

77. Sur le plan général, on a relevé que les paragraphes 1 et 2 abordaient la relation entre les certificats émis par les tiers authentificateurs locaux et ceux émis à l'étranger dans une optique légèrement différente. Le paragraphe 1 permettait à un tiers authentificateur local de garantir, à l'instar de ce qu'il faisait pour ses propres certificats, que les données figurant dans le certificat étranger étaient correctes et que ce dernier était valable et valide. Aux termes du paragraphe 2, l'organe ou l'autorité chargé d'homologuer les tiers authentificateurs dans l'État qui édicte la loi avait la possibilité de reconnaître les certificats étrangers émis par des tiers authentificateurs étrangers dans les conditions qu'il avait stipulées. Il a été indiqué que les questions traitées dans le paragraphe 1 pouvaient correspondre à une certification croisée, tandis que le paragraphe 2 traitait de ce qui pourrait être plus précisément désigné comme une "reconnaissance transfrontière". Il serait préférable d'étudier ces différentes questions séparément.

78. On a émis l'opinion que les paragraphes 1 et 2 contenaient deux options différentes pour un éventuel régime de reconnaissance des certificats étrangers dans le cadre du projet de règles uniformes. Chacune des deux options a recueilli un certain appui. Mais, d'une manière générale, on a estimé qu'elles ne devaient pas nécessairement être considérées comme s'excluant mutuellement. Si certains participants souhaitaient que les paragraphes 1 et 2 fassent, quant au fond, l'objet de deux articles distincts, on a également préconisé que leurs champs d'application respectifs fassent l'objet d'un examen plus approfondi. Le paragraphe 1 contenait essentiellement une disposition relative à l'attribution des responsabilités du tiers authentificateur local au cas où le certificat étranger se révélerait défectueux, responsabilités qui découleraient du projet d'article H. Le paragraphe 2, en revanche, ne traitait pas des questions de responsabilité, mais des effets juridiques qui pourraient découler directement d'un certificat étranger, par exemple la question de savoir si l'on pouvait se prévaloir d'un certificat étranger dans le cadre d'un différend porté devant les tribunaux de l'État qui édicte la loi. Ces effets juridiques n'étaient pas nécessairement fondés sur l'existence de la garantie envisagée au paragraphe 1, ni modifiés par elle.

79. Compte tenu de la décision prise par le Groupe de travail d'aborder dans l'élaboration du projet de règles uniformes non seulement la question des tiers authentificateurs homologués par des entités publiques mais également de tiers authentificateurs relevant du secteur privé (voir par. 48 à 50 ci-dessus), on s'est accordé à reconnaître que le projet d'article premier devrait traiter de la reconnaissance des certificats étrangers émis par les deux types de tiers authentificateurs.

80. Il a été proposé que le Groupe de travail examine également la question des conditions de reconnaissance des certificats étrangers. Celles-ci pourraient prendre la forme de prescriptions fixées par l'État, ou être prévues dans le cadre d'arrangements entre les tiers authentificateurs locaux et étrangers. Des précisions ont été apportées sur les modalités de structuration de ces arrangements qui pourraient être envisagées. On a rappelé que l'infrastructure à clef publique était souvent fondée sur divers niveaux d'autorité hiérarchique. Dans le cadre de ces structures hiérarchiques, il semblait probable que la certification croisée s'opérerait en deux stades. Le stade initial serait réservé exclusivement à une "autorité centrale" (qui homologuerait la technologie et les pratiques de toutes les parties autorisées à utiliser les paires de clefs et qui homologuerait les tiers authentificateurs subordonnés. Dans un deuxième stade, avec l'expansion de ce secteur, les tiers authentificateurs subordonnés placés sous l'autorité centrale pourraient être directement habilités à garantir que les certificats émis par les tiers authentificateurs étrangers étaient corrects. En élaborant les règles relatives aux questions de certification croisée, le Groupe de travail devait tenir compte de la nécessité éventuelle, en particulier en ce qui concerne les signatures numériques n'exigeant qu'un faible degré de sécurité, d'assurer l'application des certificats étrangers en l'absence d'un accord entre les tiers authentificateurs. Il a donc été suggéré qu'il pourrait être nécessaire d'élaborer une norme supplétive permettant la reconnaissance des signatures numériques étrangères émises dans ces circonstances.

81. D'aucuns ont affirmé que l'inclusion de dispositions traitant des questions de reconnaissance transfrontière pouvait contribuer dans une large mesure à renforcer la fiabilité des certificats. Toutefois, le Groupe de travail devait examiner soigneusement les méthodes et procédures à appliquer concernant cette certification ou reconnaissance. De l'avis de certains, s'agissant de l'évaluation de la fiabilité d'un certificat étranger, le destinataire d'un message à signature numérique accompagné de ce certificat devait se poser un certain nombre de questions, notamment celles de savoir si le tiers authentificateur ayant délivré le certificat était autorisé à agir à l'étranger, si sa signature numérique était authentique, s'il existait des voies de recours contre lui, si la signature numérique avait été reconnue comme produisant des effets juridiques, et si elle pouvait être opposée à son auteur.

82. De ce point de vue, certains membres ont ajouté que la certification croisée pouvait globalement assurer quatre niveaux différents de fiabilité. Au niveau le plus élevé, le tiers authentificateur local, à la demande de la partie se fiant à un certificat étranger, garantirait la teneur dudit certificat sur la base de sa connaissance déclarée des procédures ayant abouti à la délivrance du certificat, assumant ainsi l'entière responsabilité de toute erreur ou de toute autre irrégularité dans le certificat. Au niveau immédiatement inférieur, le tiers authentificateur local garantirait la teneur d'un certificat étranger sur la base des informations reçues quant à la confiance à accorder au tiers authentificateur de l'autre pays. Un degré moindre de confiance serait atteint lorsque le tiers authentificateur local ne s'engagerait qu'à garantir que le tiers authentificateur de l'autre pays est digne de foi, sans assumer la responsabilité de la teneur du certificat étranger. Au niveau le plus bas, le tiers authentificateur local se bornerait à garantir l'identité du tiers authentificateur de l'autre pays, en vérifiant sa clef publique et sa signature numérique. Il a été recommandé que le Groupe de travail tienne compte du degré de sécurité recherché par le destinataire du message, lors de la formulation des dispositions relatives à la certification ou à la reconnaissance croisée des certificats étrangers.

83. À ce sujet, une comparaison a été faite entre la situation d'un tiers authentificateur garantissant qu'un certificat étranger est correct et valide et celle d'une institution financière garantissant une lettre de crédit émise par une banque étrangère. L'acceptabilité de la lettre de crédit par son destinataire dépendait de facteurs tels que la fiabilité de la banque étrangère émettant la lettre de crédit et son applicabilité dans le pays du destinataire. Dans certains cas, ce dernier pourrait insister pour obtenir une contre-garantie d'une banque locale. Le niveau adéquat de sécurité pour les transactions serait établi par le destinataire de la lettre de crédit, compte tenu du niveau de risque qu'il serait prêt à assumer. De même, une partie à une transaction impliquant l'utilisation d'un certificat étranger pourrait, par exemple, juger suffisant le fait de savoir que le certificat a été émis par un tiers authentificateur de l'autre pays dont la valeur est connue, sans juger nécessaire d'obtenir une garantie d'un tiers authentificateur local. Certains membres ont déclaré craindre que le projet d'article premier ne soit perçu comme décourageant ou entravant l'utilisation de certificats non garantis par un tiers authentificateur local,

même dans le cas de transactions où les parties se satisferaient d'un degré de sécurité ou de certitude juridique moindre. Il était important de faire en sorte que le projet d'article premier traite les questions de certification croisée ou de reconnaissance transfrontière sans rigorisme.

84. En ce qui concernait la comparaison mentionnée plus haut entre le rôle des tiers authentificateurs et celui des banques dans le contexte de transactions relatives à l'émission de lettres de crédit, les membres du Groupe ont généralement estimé que, s'agissant de l'élaboration de règles uniformes pour la reconnaissance des certificats, il convenait de garder à l'esprit le fait que les signatures numériques pouvaient être utilisées non seulement pour le transfert de droits mais également pour le transfert d'obligations, notamment dans le cas où une signature numérique était apposée à une notice relative à une cession de créance. C'est pourquoi le risque résultant de l'acceptation d'une signature numérique devait peut-être être assumé par le bénéficiaire ou par son auteur, suivant le type de transaction en question.

85. En ce qui concernait le champ éventuel de la certification et de la reconnaissance croisées, d'aucuns ont affirmé que, dans une certaine mesure, les fonctions remplies par le tiers authentificateur étaient analogues à celles d'un notaire dans certains régimes juridiques. En fait, dans divers systèmes juridiques, certains types de transactions exigeaient qu'un notaire ou toute autre personne assumant des fonctions analogues certifie certains faits (par exemple, l'identité de l'une des parties) ou éléments de la transaction (par exemple, la signature des parties ou l'authenticité d'un document). Toutefois, les transactions pour lesquelles il était exigé une certification par notaire variaient suivant les régimes juridiques et il serait impossible de tenter d'harmoniser les solutions nationales concernant les formalités à accomplir pour les principales transactions.

86. On a estimé que la reconnaissance des certificats étrangers serait souvent réciproque et que le pouvoir d'accorder cette reconnaissance découlerait donc d'accords bilatéraux ou multilatéraux internationaux. On a d'autre part émis des réserves quant à l'idée de faire référence à cette réciprocité dans des projets de règles uniformes, étant donné la diversité des acceptions du terme "réciprocité" dans les différents droits nationaux. La proposition tendant à faire référence à des accords bilatéraux ou multilatéraux internationaux, d'autre part, a suscité des réactions diverses. À l'appui de cette suggestion, on a fait observer qu'une telle mention permettrait d'indiquer clairement que les projets de règles uniformes n'affecteraient pas les obligations internationales que les États pourraient avoir à assumer, par exemple dans le cadre d'accords régionaux d'intégration ou de coopération économiques. Cependant, on a indiqué aussi qu'aucune référence précise à de tels accords n'était nécessaire, étant donné que rien, dans le paragraphe 1 du projet d'article, n'empêchait l'État qui édicte la loi d'organiser une authentification mutuelle ou une reconnaissance mutuelle de certificats étrangers par le biais de tels accords. On a suggéré en outre qu'au lieu de mentionner des accords internationaux dans le projet d'article premier, le Groupe de travail devait envisager de formuler des règles de fond en vue de la reconnaissance des certificats étrangers. On a déclaré qu'une référence à des accords bilatéraux ou multilatéraux internationaux dans le contexte de l'article premier devrait être évitée, à moins que : *a)* le Groupe de travail ne parvienne à la conclusion qu'il n'était pas possible d'établir des règles harmonisées de reconnaissance, ou *b)* qu'une telle indication ne renvoie à des accords prévoyant un niveau plus satisfaisant de reconnaissance des certificats étrangers que ceux découlant des projets de règles uniformes.

87. On a fait observer que les paragraphes 1 et 2 de l'article premier comportaient deux options différentes, pour l'État qui édicte la loi, selon que le tiers authentificateur était ou non assujetti à une approbation gouvernementale préalable. Cependant, on a estimé que, lu conjointement avec le projet d'article B, rendant nécessaire l'approbation préalable de l'État qui édicte la loi, le paragraphe 1 pourrait être conçu comme permettant la reconnaissance des certificats émis par les tiers authentificateurs étrangers qui n'auraient pas été autorisés à opérer selon les règles nationales, tout en déniant tout effet juridique aux certificats émis par les tiers authentificateurs nationaux qui n'auraient pas reçu l'autorisation nécessaire de l'État qui édicte la loi. À cet égard, on s'est demandé si l'objet du projet d'article premier était de rendre possible, pour un tiers authentificateur habilité par les autorités, l'extension de l'effet juridique aux certificats émis par d'autres autorités, nationales ou étrangères, non soumises à l'obligation d'autorisation gouvernementale préalable. Si c'était bien là l'intention, le projet d'article premier pourrait devoir être révisé en fonction de la décision que prendrait le Groupe de travail s'agissant du projet d'article B.

88. En ce qui concernait la garantie prévue au paragraphe 1, on a fait observer que, dans certaines législations nationales, il était difficile de résoudre ce problème par une disposition de portée générale, sans avoir à ajouter des dispositions plus détaillées, étant donné que les garanties fournies par le tiers authentificateur pouvaient varier considérablement d'un pays à l'autre. Les tiers authentificateurs nationaux auraient alors quelque difficulté à assumer la responsabilité des certificats émis à l'étranger, faute d'une entente concernant le type de garantie offert.

89. Après avoir examiné les différentes opinions exprimées, le Groupe de travail s'est accordé à penser qu'il était indiqué de traiter des problèmes de l'authentification internationale dans les projets de règles uniformes. Si les principes consignés au projet d'article premier étaient généralement considérés comme acceptables, il demeurerait prématuré de tenter de formuler des dispositions détaillées sur ces problèmes, à ce stade encore très précoce de ses délibérations. Le Secrétariat a été invité à réviser le projet d'article premier, en tenant compte de ces considérations et de la nécessité de distinguer entre les tiers authentificateurs soumis à autorisation gouvernementale et les autres. Le Secrétariat a été invité à distinguer entre les conditions et les effets de la reconnaissance d'une signature numérique et d'un certificat, d'une part, et la reconnaissance d'un tiers authentificateur de l'autre, et de formuler les propositions appropriées, comportant éventuellement des variantes, pour résoudre ces différents problèmes.

1. *Définitions* (suite)

b) *Tiers authentificateurs homologués* (suite)

90. Ayant achevé l'examen préliminaire des questions ayant trait à la responsabilité et à la certification croisée dans le cadre des projets d'articles H et I, le Groupe de travail a repris ses délibérations sur les questions posées par la définition du tiers authentificateur dans le cadre du projet d'article B (voir par. 40 à 49 ci-dessus). On a rappelé que, pour que soient prises en compte et la situation où les tiers authentificateurs opéraient dans un cadre strictement privé et celle où ces entités devaient être autorisées ou homologuées par les autorités publiques avant de pouvoir opérer, le Groupe de travail avait décidé d'adopter, à titre préliminaire, une démarche double (voir par. 48 à 50 ci-dessus), qui semblait impliquer la nécessité d'une définition large du tiers authentificateur, couvrant les deux types de situation. L'on a fait valoir à cet égard que le Groupe de travail pouvait envisager la possibilité de remplacer, dans le texte anglais, l'expression de "*certification authority*" par "*certification entity*", afin d'éviter que l'on puisse en déduire que les fonctions d'authentification incombaient nécessairement à des autorités publiques. Cette suggestion a recueilli un certain appui, mais il a été rappelé que la première expression était déjà largement utilisée par des entités tant publiques que privées. Il a été instamment demandé au Groupe de travail de faire preuve de prudence à l'égard de toute terminologie qui pouvait aller à l'encontre de la pratique qui était en train de se constituer en matière d'authentification.

91. On a fait remarquer que les dispositions qui figuraient dans le projet d'article B couvraient divers aspects de la question des tiers authentificateurs. Si certains paragraphes, comme le paragraphe 3, relevaient exclusivement de la définition, d'autres dispositions, celles du paragraphe 4 par exemple, étaient plus opérationnelles et décrivaient les fonctions accomplies par les tiers authentificateurs. D'aucuns ont donc estimé qu'il fallait peut-être subdiviser le projet d'article B en deux articles différents traitant, respectivement, de la définition et des fonctions des tiers authentificateurs. L'on a généralement estimé qu'en cas de remaniement du projet d'article B il convenait peut-être de mentionner d'autres tâches que le datage, telles que la délivrance de paires de clefs, la tenue de répertoires et la conservation des archives, qui ont été qualifiées d'"auxiliaires" par rapport aux fonctions principales exercées par les tiers authentificateurs en matière de signatures numériques. Toutefois, de l'avis général, la prise en compte de ces services auxiliaires ne devait pas élargir la portée des règles uniformes telle qu'elle était définie par référence aux signatures numériques dans le projet d'article A.

92. L'on a avancé que, pour établir la distinction entre les régimes juridiques applicables aux tiers authentificateurs autorisés ou de quelque autre manière homologués par l'État et ceux applicables aux tiers authentificateurs non homologués, l'on pourrait notamment préciser dans le projet de règles uniformes les effets juridiques susceptibles de découler de la délivrance des certificats par les tiers authentificateurs homologués. En réponse à une question portant sur ceux susceptibles de découler de la délivrance de certificats par des tiers authentificateurs non homologués, il a été dit qu'il suffisait de renvoyer à l'article 7 de la Loi type. Cette proposition a recueilli un certain soutien, mais on a estimé qu'il convenait peut-être que les règles uniformes explicitent les effets juridiques réalisés par les certificats émanant de tiers authentificateurs purement privés. Selon une autre proposition, la distinction entre les tiers authentificateurs homologués et ceux qui ne l'étaient pas pourrait se fonder sur les différentes fonctions qui pouvaient être accomplies par les uns et les autres. L'on a de manière générale estimé que ces questions méritaient peut-être d'être examinées plus avant, lors d'une session ultérieure du Groupe de travail.

93. Dans le cadre de l'examen du paragraphe 3, la question a été posée de savoir si le membre de phrase "clefs cryptographiques de personnes physiques ou morales" était suffisamment éclairante dans les situations où les clefs cryptographiques étaient délivrées directement à des dispositifs électroniques, ou utilisées par de tels dispositifs, sans intervention humaine directe. Le Groupe de travail a rappelé que la question avait été examinée lors de l'élaboration de la Loi type et, de l'avis général, nécessitait peut-être d'être examinée plus avant à un stade ultérieur, en même temps que les questions relatives aux signatures numériques.

94. S'agissant de la forme que pouvait prendre la révision du projet d'article B, l'attention du Groupe de travail a été appelée sur la méthode suivie dans le cas de la Loi type, qui associait aux dispositions légales un guide pour l'incorporation de ces dispositions au droit interne. Cette méthode permettait d'entrer dans le détail et d'illustrer les dispositions adoptées, facilitant ainsi leur examen ultérieur par les législateurs. Il a été proposé de faire de même à propos des règles uniformes. S'agissant en particulier des diverses fonctions accomplies par les tiers authentificateurs, il y avait lieu d'inclure des éléments d'explication dans le cadre d'un guide du type susmentionné. Tout en remettant à plus tard sa décision quant à la forme finale des règles uniformes, le Groupe a jugé cette proposition généralement acceptable comme hypothèse de travail.

95. À l'issue des discussions, le Groupe de travail a décidé que les dispositions du projet d'article B devaient faire l'objet de deux articles distincts, dont l'un contiendrait une définition étoffée du tiers authentificateur et l'autre traiterait des fonctions accomplies par le tiers authentificateur. Il a été décidé que la définition générale du tiers authentificateur devait reposer sur le texte du paragraphe 3 du projet d'article B. Il a été aussi convenu qu'à l'expression "personnes physiques ou morales" devaient s'ajouter les mots "dispositifs électroniques", qui seraient placés entre crochets en attendant que le Groupe de travail se penche sur ce point. Outre une définition générale du tiers authentificateur, l'article définitoire révisé devait aussi définir le tiers authentificateur "autorisé", "homologué" ou "accrédité", en se fondant sur le paragraphe 1 du projet d'article B. Quant aux éléments figurant dans les paragraphes 2 et 5 du même projet d'article, ils devaient apparaître dans le chapitre du guide qui correspondrait à la définition des tiers authentificateurs "homologués".

96. De l'avis général, l'article distinct qui traiterait des diverses fonctions accomplies par les tiers authentificateurs

pouvait se fonder sur le paragraphe 4 du projet d'article B. Il a été également convenu qu'il faudrait sans doute élargir la portée de ce futur article afin d'y inclure d'autres fonctions. Des éléments à cet effet pouvaient être tirés de textes de loi existants, de directives et de contrats types en vigueur ou envisagés concernant cette profession. Sur le plan de la formulation, on a généralement estimé qu'il fallait sans doute modifier le membre de phrase "communications protégées au moyen de signatures numériques" du paragraphe 4 afin d'éviter que l'on puisse en tirer des conséquences particulières quant à l'acceptabilité des méthodes de protection utilisées par les tiers authentificateurs.

97. Le Secrétariat a été prié de réviser le projet d'article B au vu des délibérations et décisions ci-dessus.

c) *Certificats*

98. Pour l'examen des questions ayant trait à la définition des certificats, le Groupe de travail s'est fondé sur le projet de dispositions ci-après :

"*Projet d'article C*

Le certificat délivré par le tiers authentificateur homologué, sous forme de message de données ou autrement, indiquera au minimum les éléments suivants :

a) Nom de l'utilisateur [et adresse ou adresse professionnelle];

b) [Date de naissance de] [suffisamment d'éléments permettant d'identifier] l'utilisateur si celui-ci est une personne physique;

c) Si l'utilisateur est une personne morale, nom de la société et tout renseignement pertinent permettant d'identifier cette société;

d) Nom, adresse et siège du tiers authentificateur;

e) Clef cryptographique publique de l'utilisateur;

f) Toute information nécessaire indiquant la manière dont la clef cryptographique publique de l'utilisateur peut être vérifiée par le destinataire de la signature numérique donnée conformément au certificat;

g) Numéro de série du certificat; et

h) [Date de délivrance et date d'expiration] [période de validité] du certificat."

99. Il a été rappelé d'emblée au Groupe de travail que, lorsqu'il avait examiné la définition du tiers authentificateur, il avait décidé de faire preuve de souplesse et de prendre en considération, comme hypothèse de travail, les certificats délivrés aussi bien par les tiers authentificateurs homologués par les pouvoirs publics que par les tiers authentificateurs opérant en dehors de l'infrastructure à clef publique régie par les pouvoirs publics, en n'écartant pour le moment aucune de ces deux possibilités. En conséquence, le mot "homologué" figurant dans le texte introductif du projet d'article C devait être supprimé.

100. Des observations d'ordre général ont été formulées au sujet de la terminologie employée dans le projet d'article C, en particulier au sujet de l'emploi du mot "utilisateur" pour désigner le détenteur de la clef privée d'une paire de clefs cryptographiques. "L'utilisateur", a-t-on estimé, risquait d'être confondu avec le destinataire d'un message, qui pouvait être considéré comme étant "l'utilisateur" du certificat ou de la clef publique utilisée pour vérifier la signature numérique. Plusieurs formules de remplacement ont été suggérées, notamment les expressions "possesseur de la paire de clefs", "détenteur du certificat", "détenteur de la clef privée". Il a été décidé que le Secrétariat devait examiner la terminologie utilisée dans le projet d'article C et dans les autres dispositions du projet de règles uniformes, de sorte à proposer des formules écartant toute ambiguïté.

101. L'on s'est accordé à penser qu'il fallait que le projet d'article C donne une définition du "certificat" avant d'indiquer les éléments qui devaient y figurer. Il a été proposé de le définir à peu près comme suit : "Un certificat est un message de données qui se présente comme étant un certificat, désigne le tiers authentificateur, contient la clef publique de l'utilisateur, donne le nom de l'utilisateur et porte la signature numérique du tiers authentificateur." Il a été proposé aussi que la définition reprenne les éléments donnés dans une note du Secrétariat, à savoir qu'un certificat est un 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 (A/CN.9/WG.IV/WP.71, par. 36). Il a été jugé qu'une définition de cette nature serait généralement acceptable. Il fallait toutefois y spécifier que, si le certificat était transmis par voie électronique, le tiers authentificateur devait le signer numériquement pour assurer l'authenticité tant de son contenu que de sa source.

102. Il a été demandé si les mots "au minimum" concernant les éléments devant figurer dans le certificat signifiaient qu'un certificat qui ne contenait pas toutes les informations énumérées dans le projet d'article C ne serait pas considéré comme tel au sens du projet de règles uniformes. Il a été répondu que, tel qu'il était actuellement rédigé, le projet d'article C indiquait un certain nombre d'éléments obligatoires que le certificat devait contenir pour être considéré comme tel au sens du projet de règles uniformes. Il a été suggéré que, par souci de clarté, la définition du certificat fasse l'objet d'une disposition indépendante et que les informations à fournir dans un certificat soient indiquées dans une disposition distincte.

103. Le Groupe de travail s'est penché sur les éléments d'information devant figurer dans les certificats. À titre d'observation générale, on a fait valoir qu'il fallait réduire autant que faire se pouvait les éléments obligatoires et les limiter à l'information essentielle pour que l'utilisateur du certificat soit en mesure de vérifier la signature numérique utilisée dans un message de données. On a invoqué à cet égard le risque que l'inclusion d'éléments superflus parmi ceux devant figurer dans le certificat n'exclue sans qu'on le veuille du champ d'application du projet de règles uniformes un certain nombre de certificats qui, sinon, auraient suffi aux fins pour lesquelles ils avaient été délivrés. Selon un point de vue, il importait de garder à l'esprit la différence entre l'information figurant dans le certificat et les mesures que le tiers authentificateur devait prendre pour

vérifier l'exactitude de cette information. Plus le certificat contenait d'informations, plus la responsabilité du tiers authentificateur risquait d'être engagée. Il a donc été proposé que le projet de règles uniformes n'établisse aucune condition minimale quant au contenu du certificat.

104. Une autre démarche a été proposée, renvoyant à l'examen de la question de la responsabilité du tiers authentificateur, dans le cadre duquel il avait été entendu que, en cas d'identification erronée d'une personne ou d'attribution erronée d'une clef publique à une personne, le tiers authentificateur assumerait la responsabilité de la perte subie par toute partie lésée, à moins qu'il ne prouve qu'il avait fait tout ce qui était en son pouvoir pour éviter l'erreur (voir par. 58 ci-dessus). De l'avis général, il était vain d'essayer de protéger l'utilisateur final en exigeant du tiers authentificateur qu'il prenne des dispositions suffisantes pour établir l'exactitude de l'information, ou pour identifier convenablement les détenteurs de clefs privées si, dans le même temps, on permettait au tiers authentificateur de contourner cette responsabilité en délivrant des certificats qui contenaient moins que l'information minimale requise.

105. On a fait valoir que, si le certificat devait remplir un certain nombre de conditions obligatoires quant à son contenu, le tiers authentificateur n'aurait plus la possibilité de contourner sa responsabilité de la manière qui vient d'être décrite. On a rappelé à cet égard que lors de l'examen des questions ayant trait à la responsabilité du tiers authentificateur une proposition avait été avancée tendant à ce que tout tiers authentificateur soit tenu, lorsqu'il délivre un certificat, de signaler qu'il a vérifié un certain nombre d'éléments (voir par. 70 ci-dessus). Cette proposition a été fortement approuvée. Après examen, le Groupe de travail est convenu que la question ne pouvait pas être étudiée à fond à la session en cours. Il a été décidé que les délibérations à ce sujet devaient reprendre à la première occasion, le Secrétariat devant établir à cet effet des variantes reflétant le débat ci-dessus.

106. S'agissant, en particulier, des données qui pouvaient être requises pour identifier le détenteur de la clef privée, il a été proposé de regrouper en une disposition unique les alinéas *a*, *b*, et *c*. On a relevé à cet égard que, dans bien des pays, les renseignements concernant, par exemple, la date de naissance d'une personne étaient protégés au titre de l'inviolabilité de la vie privée et que des règles spécifiques pouvaient régir leur divulgation par voie électronique. Il a donc été proposé de ne pas exiger que le certificat contienne des renseignements personnels de cet ordre. Mais il a été déclaré aussi que, dans certaines circonstances, une personne qui demandait la délivrance d'un certificat pouvait être disposée, voire avoir intérêt, à communiquer certains types de renseignements personnels ou de sources d'information supplémentaires. Le projet de règles uniformes ne devait pas exclure ce cas de figure lorsque la divulgation librement consentie de données personnelles ne contrevenait ni aux règles applicables à la protection des données ni à la politique des autorités de l'État où la demande de délivrance du certificat avait été faite ou bien où le certificat avait été délivré. On a, de manière générale, estimé que les questions relatives à l'inviolabilité de l'information ne relevaient pas du champ d'application du projet de règles uniformes et que la seule chose que le projet d'article C pouvait exiger était que les éléments jugés suffisants aux fins de l'identification soient conformes aux lois régissant le caractère secret des données.

107. Il a été proposé que les éléments visés à l'alinéa *a* soient "le nom ou l'identificateur" de l'utilisateur, afin de couvrir aussi les situations où l'utilisateur était identifié non par un nom mais par d'autres éléments, par exemple un numéro de compte, ce qui pouvait être le cas des certificats relatifs à des opérations par carte de crédit. En objection à cette proposition, on a fait valoir qu'elle pouvait encourager l'utilisation de messages et de certificats anonymes, ce qui ne serait pas conforme au souci de promouvoir une plus grande sécurité juridique dans le commerce électronique. Le Groupe de travail a été instamment prié de maintenir la mention du nom du détenteur de la clef privée au nombre des éléments essentiels du certificat.

108. Pour faire en sorte que le détenteur de la clef privée soit convenablement identifié, il a été proposé de retenir dans le projet d'article C la mention d'éléments supplémentaires d'identification tels que l'adresse, dans le cas d'une personne physique, ou le numéro d'enregistrement, dans le cas des personnes morales, le nom d'une personne ou d'une société ne pouvant seul suffire à identifier ladite personne ou société.

109. Selon un point de vue, l'utilisation d'une signature numérique pouvait dans certains cas être limitée à certains types d'opérations, par exemple lorsque le pouvoir qu'avait le signataire d'engager la société au nom de laquelle l'opération était effectuée était limité. Il a donc été proposé que le certificat donne des renseignements sur les restrictions ou limitations de cet ordre, ou mentionne leur source. En réponse à cette suggestion, on a relevé que la question des limites dans lesquelles on pouvait se fier à une signature numérique posait un certain nombre de problèmes juridiques complexes, qui n'étaient pas l'apanage du commerce électronique. S'agissant de documents sur support papier, il n'était pas toujours obligatoire qu'une signature manuscrite soit accompagnée d'une déclaration sur les limites éventuelles des pouvoirs du signataire. Le Groupe de travail a été engagé à ne pas introduire, dans le cadre des signatures numériques, des exigences plus contraignantes que celles appliquées aux signatures manuscrites.

110. On a rappelé que le Groupe de travail avait déjà examiné les questions ayant trait aux consommateurs et à la responsabilité du tiers authentificateur ainsi qu'aux éventuelles limites ou exclusions de responsabilités en application du droit interne ou de la déclaration sur la pratique en matière d'authentification du tiers authentificateur. Il a été proposé que celui-ci soit tenu de déclarer ces limites ou de mentionner un document accessible à l'utilisateur, lorsque de telles limites pouvaient exister. Il a aussi été proposé que le projet de règles uniformes précise les conséquences pouvant découler de l'absence de cette indication dans le certificat. Dans le même ordre d'idées, il a été proposé que, lorsque la période de validité d'un certificat était limitée, cette limite soit indiquée sur le certificat, sous la forme d'une date d'expiration ou d'une durée de validité. On a jugé important, pour la protection des utilisateurs, que ceux-ci soient informés de la validité des certificats qu'ils

utilisaient et qu'ils n'aient pas à courir le risque qu'un certificat soit délivré sans cette indication. Le projet de règles uniformes devait donc prévoir une règle supplétive définissant la durée de validité applicable en l'absence d'indications expresses. L'on a toutefois fait remarquer que l'existence d'une telle clause devait être interprétée comme signifiant que le tiers authentificateur avait la faculté d'omettre de mentionner la durée de validité du certificat.

111. Des questions ont été posées à propos du type d'information que le tiers authentificateur était en mesure de fournir sous une forme accessible à ceux qui utilisaient ses services compte tenu des technologies actuelles. Il a été répondu qu'à l'heure actuelle le tiers authentificateur pouvait apposer ou adjoindre des renseignements supplémentaires aux certificats qu'il délivrait, par exemple une déclaration de ses pratiques d'authentification ou les renseignements facultatifs communiqués à cet effet par les détenteurs de clefs privées. Toutefois, de nombreux systèmes informatiques actuellement utilisés par les clients n'étaient pas suffisamment sophistiqués pour leur permettre d'accéder à toute cette information. Abstraction faite des difficultés techniques de cet ordre, il importait de garder à l'esprit que certains des renseignements qui pouvaient être adjoints aux certificats pouvaient émaner des détenteurs de clefs privées et être communiqués sur leur demande. Il était important, dans ce cas, de distinguer les éléments du certificat qui étaient authentifiés par le tiers authentificateur (identité du détenteur de la clef privée, par exemple) et d'autres éléments émanant des clients du tiers authentificateur et n'étaient pas vérifiés par ce dernier (limites à l'utilisation des clefs privées dans une société, par exemple). Le tiers authentificateur ne devait pas être tenu responsable de l'exactitude de ces derniers renseignements.

112. Dans diverses interventions, on a fait valoir que, sans préjudice des autres éléments d'information qu'il pouvait fournir à ses clients, le tiers authentificateur devait signaler et garantir qu'il avait vérifié l'exactitude et l'exhaustivité des éléments d'information dont la présence sur le certificat était obligatoire.

113. Après avoir examiné les points de vue exprimés à propos du projet d'article C, le Groupe de travail est convenu qu'il fallait ajouter audit article une définition du certificat. Le contenu obligatoire du certificat devait faire l'objet d'une disposition distincte, qui devait traiter aussi des conséquences de l'absence de ces éléments obligatoires. Cette disposition devait reprendre les éléments visés aux alinéas *a*, *b* et *c*, regroupés en une seule disposition révisée, et comprendre aussi les éléments d'information visés aux alinéas *d*, *e* et *h* du projet d'article C. On a par contre estimé que les renseignements visés à l'alinéa *f* ne se prêtaient pas à une authentification par des tiers, et, en conséquence, il a été convenu de supprimer ledit alinéa. Il a été également convenu que l'alinéa *g* devait être placé entre crochets et examiné à un stade ultérieur en tant qu'élément facultatif, l'identification par un numéro de série n'étant peut-être pas possible pour tous les certificats. Le texte révisé du projet d'article C devait mentionner expressément l'applicabilité aux éléments d'information contenus dans le certificat de la loi interne relative à l'inviolabilité des données. Le Secrétariat a été prié de réviser le projet d'article C de sorte à indiquer, sous forme de variantes, les différents points de vue exprimés au sein du Groupe de travail et les conclusions auxquelles celui-ci était parvenu.

4. *Signature par des personnes morales ou physiques*

114. Pour l'examen des questions ayant trait à la signature par des personnes morales et physiques, le Groupe de travail s'est fondé sur le projet de dispositions ci-après :

"*Projet d'article D*

1) Les personnes physiques comme les personnes morales peuvent obtenir la certification de clefs publiques utilisées exclusivement aux fins d'identification.

2) Une personne morale peut identifier un message de données en apposant à ce message la clef privée certifiée pour cette personne morale. La personne morale ne sera considérée comme étant "expéditeur" [comme ayant approuvé l'envoi] du message que si le message est également signé numériquement par la personne physique autorisée à agir au nom de cette personne morale."

115. Un certain nombre de participants ont pensé qu'il conviendrait de supprimer le projet d'article D. On a déclaré qu'il était inopportun d'établir une distinction entre personne morale et personne physique aux fins des signatures numériques étant donné qu'aucune distinction de ce genre n'était faite dans la Loi type, où la notion de "personne" recouvrait aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. De plus, il a été souligné que le paragraphe 2 pourrait fâcheusement porter atteinte à d'autres éléments du droit, par exemple au droit sur la représentation, ainsi qu'aux dispositions du droit des sociétés concernant la représentation de ces dernières par des personnes physiques. Par ailleurs, la règle énoncée au paragraphe 2 paraissait imposer aux utilisateurs de signatures numériques une contrainte qui allait au-delà des prescriptions actuellement applicables aux signatures manuelles.

116. On a toutefois exprimé l'opinion que le projet d'article D — et tout spécialement le paragraphe 2 — avait son utilité. En particulier, lorsque aucune autre règle de droit applicable ne précisait la forme sous laquelle une signature obligatoire pouvait être donnée au nom d'une personne morale, une règle supplétive s'inspirant du paragraphe 2 pourrait fournir des indications utiles quant aux circonstances dans lesquelles il serait possible d'accorder foi à une signature numérique censée être celle d'une personne morale. Un appui a été exprimé en faveur du maintien du paragraphe 2, à condition que la disposition soit remaniée de façon à indiquer clairement que, bien qu'il soit fait référence à une "personne physique autorisée à agir au nom" d'une personne morale, il n'était nullement prévu de remplacer le droit interne sur la représentation. La question de savoir si la personne physique avait en fait et en droit l'autorité d'agir au nom de la personne morale continuerait ainsi à relever des règles juridiques appropriées indépendamment des règles uniformes.

117. Après délibération, le Groupe de travail a décidé de mettre entre crochets le projet d'article D afin d'en poursuivre l'examen lors d'une session ultérieure.

5. *Affectation des messages de données à signature numérique*

118. Pour l'examen de cette question, le Groupe de travail s'est fondé sur le projet de dispositions ci-après :

"*Projet d'article E*

1) L'expéditeur d'un message de données sur lequel est apposée la signature numérique de l'expéditeur est lié par le contenu du message de la même manière que si celui-ci était signé [à la main] conformément au droit applicable au contenu du message.

2) Le destinataire d'un message de données sur lequel est apposée une signature numérique est en droit de considérer que le message de données provient bien de l'expéditeur, et d'agir sur la foi de cette présomption si :

a) Afin de s'assurer que le message de données est bien celui de l'expéditeur, le destinataire a appliqué correctement la clef publique de l'expéditeur au message de données tel que reçu et que l'application de la clef publique de l'expéditeur a permis de conclure : que le message de données reçu avait été chiffré à l'aide de la clef privée de l'expéditeur; et que le message initial n'a pas été altéré après avoir été chiffré à l'aide de la clef publique de l'expéditeur;

ou

b) Le message de données tel que reçu par le destinataire résulte des actes d'une personne dont les relations avec l'expéditeur ou un agent de celui-ci ont permis à cette personne d'avoir accès à la clef cryptographique privée de l'expéditeur.

3) Le paragraphe 2 n'est pas applicable :

a) Dès lors que le destinataire savait, ou aurait dû savoir s'il s'était renseigné auprès du tiers authentificateur ou s'il avait pris des précautions raisonnables, que la validité de la clef cryptographique publique de l'expéditeur avait expiré ou que le certificat émis par le tiers authentificateur avait été annulé ou suspendu;

ou

b) Dans un cas relevant de l'alinéa *b* du paragraphe 2, lorsque le destinataire savait ou aurait dû savoir, s'il avait pris des précautions raisonnables ou utilisé une procédure convenue, que le message de données n'émanait pas de l'expéditeur."

119. L'on a avancé que l'article E ne s'imposait pas, car ce n'était qu'une réplique, adaptée à l'espèce considérée, de l'article 13 de la Loi type, et il pourrait y avoir une certaine confusion quant aux articulations éventuelles entre ces deux ensembles de dispositions. En outre, il risquait de paraître se substituer aux dispositions de loi applicables à l'opération à laquelle se rapportait la signature numérique — par exemple, on risquait de considérer que la disposition du premier paragraphe, qui établissait que l'expéditeur d'un message de données était "lié par le contenu du message", empiétait à tort sur le droit général des obligations.

120. L'idée a prévalu que ce projet d'article, s'il devait sans doute être remanié dans sa formulation, énonçait en son premier paragraphe un principe utile qui établissait l'effet juridique de la signature numérique. On a proposé de libeller ce paragraphe de façon à poser comme présomption absolue que le détenteur d'une signature numérique serait réputé être le signataire du message de données auquel la signature était apposée.

121. S'agissant de l'éventuel recours à la présomption, absolue ou non, pour l'attribution des messages, on a proposé de distinguer entre les types d'opérations où intervenait la signature numérique. Par exemple, il ne fallait pas soumettre à la même règle les opérations purement commerciales entre partenaires qui traitaient depuis longtemps entre eux et les déclarations d'impôts adressées aux administrations publiques.

122. On a ainsi pensé qu'il fallait peut-être, dans une disposition rédigée dans l'esprit du premier paragraphe, distinguer entre différents types de signatures numériques (par exemple considérer les degrés respectifs de sécurité assurés par les divers algorithmes et la variation correspondante du coût de la signature) et entre les circonstances dans lesquelles ces signatures étaient employées. On a suggéré, pour remanier le premier paragraphe, de prendre en compte les éléments suivants : la signature numérique se rapportait-elle à un contrat préalable entre les parties ? S'inscrivait-elle dans un cadre contractuel ? Y avait-il établissement d'un certificat d'authentification par un tiers authentificateur non homologué ou par un tiers autorisé ? On a aussi pensé, en évoquant les divers degrés de risque que pouvait entraîner le système de la signature numérique en cas de fraude, qu'il fallait s'occuper tout particulièrement de l'éventualité où la fraude précédait l'établissement de la paire de clefs. En pareil cas, si les parties ne parvenaient pas à s'accorder, l'on a avancé qu'il incombait au destinataire d'établir le lien entre la signature et l'expéditeur. Si un certificat en bonne et due forme avait été délivré, la charge de la preuve pourrait être inversée. Selon d'autres, c'était à la partie qui désignait le tiers authentificateur d'assumer le risque que pouvait comporter l'usage des certificats délivrés par ce tiers.

123. Mais on s'est aussi demandé s'il fallait vraiment considérer tous ces cas, en rappelant en particulier que, lors du débat sur la responsabilité, le Groupe de travail avait décidé de s'en tenir à ceux où un certificat était délivré. De l'avis général, cependant, il ne fallait pas perdre de vue l'ensemble de ces éventualités, ou du moins certaines d'entre elles, lors du remaniement de l'article E, dont le texte révisé serait examiné à une session ultérieure.

124. Le Groupe de travail a décidé, après en avoir débattu, qu'il lui fallait examiner plus avant une disposition révisée concernant l'affectation des messages de données à signature numérique, disposition qui pourrait reprendre l'esprit du premier paragraphe du projet d'article E. On s'est accordé à penser que des commentaires ne seraient sans doute pas superflus pour clarifier les articulations entre ce texte et les articles 7 et 13 de la Loi type. Il a été demandé au Secrétariat de remanier l'article E, en proposant des variantes qui indiqueraient les positions consignées ci-dessus.

6. *Annulation de certificats*

125. Pour l'examen des questions ayant trait à l'annulation de certificats, le Groupe de travail s'est fondé sur le projet de dispositions ci-après :

"*Projet d'article F*

1) Le détenteur d'un couple certifié de clefs peut annuler le certificat correspondant. L'annulation joue dès l'instant où elle est [enregistrée] [reçue] par le tiers authentificateur.

2) Le détenteur d'un couple certifié de clefs est tenu d'annuler le certificat correspondant lorsqu'il apprend que la clef cryptographique privée a été perdue, compromise ou risque d'être utilisée à mauvais escient à d'autres égards. Si le détenteur n'annule pas le certificat dans une telle situation, il est responsable de toute perte encourue par des tiers s'étant fiés au contenu des messages du fait que le détenteur a failli à son obligation d'annuler le certificat."

Paragraphe 1

126. Le sens du paragraphe 1 a suscité diverses observations d'ordre général. On a fait valoir que le détenteur de la clef privée devait toujours avoir le droit de demander au tiers authentificateur d'annuler un certificat. Le fait que cette annulation joue dès l'instant où elle aurait été reçue ou enregistrée par le tiers authentificateur ne devait être interprété ni comme limitant ce droit, ni comme signifiant que les tiers étaient tenus de s'assurer de la validité de tout certificat (par exemple, de vérifier que le certificat n'avait pas été annulé) avant de s'en prévaloir, proposition qui suscitait un certain nombre d'objections au sein du Groupe de travail (voir par. 60 ci-dessus).

127. Divers points de vue ont été exprimés touchant au moment où l'annulation prenait effet. L'on a avancé que celle-ci devait jouer dès l'instant où elle aurait été enregistrée par le tiers authentificateur, dans la mesure où il pouvait, dans certains cas, être difficile d'établir le moment de sa réception et, partant, de déterminer le moment précis où un certificat cessait d'être valide. Selon une autre opinion, le tiers authentificateur devait être tenu d'agir en toute diligence dès l'annulation d'un certificat, de manière à éviter au détenteur de la clef privée ou aux tiers toute perte qui pourrait résulter, par exemple, du fait qu'un certificat aurait été accepté par inadvertance après avoir été annulé par son détenteur. Les effets de l'annulation d'un certificat devaient donc être subordonnés aux mesures devant être prises par le tiers authentificateur et sur lesquelles le détenteur de la clef privée n'avait aucune prise.

128. On s'est interrogé sur l'effet éventuel de l'enregistrement de l'annulation d'un certificat. L'on a fait valoir que la notion d'enregistrement de l'annulation de certificat ne convenait peut-être pas tout à fait aux fins envisagées par le projet d'article F, qui avait notamment pour objet de garantir que les tiers étaient dûment informés de l'annulation de tel ou tel certificat. Il a été fait observer qu'en recevant une demande d'annulation un tiers authentificateur pourrait, dans certains cas, se trouver dans l'obligation de vérifier l'authenticité de ladite demande, procédure qui, suivant les circonstances, pourrait être source de retard. Le moment à partir duquel il conviendrait que l'annulation joue pleinement était donc celui où elle était portée à la connaissance du public par insertion dans une base de données accessible à tous et tenue par le tiers authentificateur, ou par tout autre mode de communication approprié.

129. Cela étant, on a estimé qu'il était tout de même préférable de retenir la date de réception de la demande d'annulation au lieu de celle de son enregistrement en vue d'établir le moment à partir duquel le certificat était réputé annulé. Toutefois, si l'on jugeait que la réception de la demande n'était pas une notion assez précise, on pouvait l'associer à quelque formalité que le tiers authentificateur serait tenu d'accomplir par la suite pour donner effet à l'annulation, par exemple la publication ou la notification de celle-ci.

130. Afin de faire progresser le débat sur la question, le Groupe de travail a été invité à examiner d'une manière générale les incidences du choix du moment à partir duquel l'annulation prendrait effet et à essayer de déterminer les parties susceptibles d'être affectées par cette annulation. Le moment à partir duquel l'annulation jouerait serait décisif pour déterminer les responsabilités respectives du détenteur de la clef privée et du tiers authentificateur l'un envers l'autre et vis-à-vis des tiers. On a exprimé l'avis que le Groupe de travail gagnerait peut-être à envisager chacune de ces situations séparément. À l'appui de cette proposition, on a fait observer que chacune des solutions envisagées au paragraphe 1 avait ses mérites. Touchant au rapport entre le détenteur de la clef privée et le tiers authentificateur, il était peut-être bon de stipuler que l'annulation jouerait dès réception par le tiers authentificateur de la demande d'annulation faite par le détenteur de la clef privée. Toutefois, vis-à-vis des tiers, il était peut-être préférable d'exiger l'enregistrement ou la publication préalable de l'annulation pour que la notification puisse prendre effet.

131. Il a été souligné que la date de prise d'effet de l'annulation avait d'importantes incidences sur la responsabilité du tiers authentificateur et que ces deux questions devraient être traitées de concert. On a fait remarquer que le projet d'article H disposait en son paragraphe 4 que, lorsqu'un tiers authentificateur homologué avait été notifié de l'annulation d'un certificat, l'autorité enregistrerait cette annulation immédiatement. Si l'autorité devait faillir à cette tâche, elle serait responsable de toute perte encourue par l'utilisateur. Par suite, si le projet de règles uniformes stipulait que l'annulation d'un certificat jouait dès l'instant où elle était reçue, le paragraphe 4 du projet d'article H devrait être supprimé, dès lors qu'il n'y aurait aucun fondement à la responsabilité du tiers authentificateur pour faute ou négligence dans l'enregistrement de l'annulation. Toutefois, si l'annulation d'un certificat devait jouer à partir de l'instant où elle était enregistrée, le paragraphe 4 du projet d'article H suffirait à lui seul.

132. En réponse à cette observation, on a fait remarquer que la règle énoncée au paragraphe 4 du projet d'article H devrait être maintenue quel que soit le choix que le Groupe de travail opérerait entre les deux variantes proposées au paragraphe 1 du projet d'article F. L'enregistrement tardif

d'une demande d'annulation pouvait porter préjudice soit au possesseur, soit à la partie qui se prévaudrait du certificat; en conséquence, une disposition sur la responsabilité à raison des conséquences de l'enregistrement tardif resterait nécessaire.

133. À cet égard, il a été fait observer que les normes et directives relatives à la certification et à l'authentification électroniques, telles que le projet de pratiques internationales uniformes en matière d'authentification et de certification en cours d'élaboration par la Chambre de commerce internationale, consacraient le principe selon lequel tout tiers authentificateur était tenu de donner promptement suite à une demande d'annulation d'un certificat. Toutefois, comme on l'avait précédemment fait remarquer, le tiers authentificateur pourrait ne pas être en mesure de donner immédiatement suite à la demande, surtout si, en raison des circonstances, il était amené à procéder à des vérifications, par exemple à confirmer les pouvoirs de la personne qui avait demandé l'annulation au nom du détenteur de la clef privée. Afin de prévenir toute utilisation par inadvertance du certificat pendant la période où le tiers authentificateur procédait à la vérification d'une demande tendant à son annulation, il a été suggéré de prescrire dans le projet de règles uniformes que le tiers authentificateur suspende le certificat dès la réception de la demande faite par le détenteur de la clef privée. On a fait observer qu'à la différence de l'annulation, qui mettait fin à la validité du certificat, la suspension était une mesure temporaire qui avait pour seul effet de priver le certificat de sa validité pour un certain temps.

134. Certains se sont déclarés favorables à l'idée d'introduire la notion de suspension par opposition à l'annulation pure et simple. Toutefois, on a estimé que cette suspension devrait faire l'objet d'une disposition distincte, la notion et les effets de la suspension étant différents de ceux de l'annulation.

135. Ayant examiné les divers points de vue exprimés, le Groupe de travail est convenu que la question de l'annulation de certificats constituait un élément important de tout système juridique régissant convenablement les signatures numériques, et méritait d'être examinée plus avant. On s'est accordé à considérer qu'il fallait étoffer la disposition consacrée à la matière et le Secrétariat a été prié de réviser le projet de disposition au vu des débats du Groupe de travail, de sorte à faire apparaître les variantes touchant à la date à partir de laquelle l'annulation prendrait effet. Il a également été convenu d'insérer dans le texte révisé des dispositions sur la suspension de certificats.

Paragraphe 2

136. On a fait observer (l'observation ne concernant que la version anglaise) que le terme "*obligation*" employé dans la première phrase du paragraphe 2 n'était pas tout à fait propre et qu'il serait préférable dans ce contexte d'utiliser d'autres vocables, par exemple "*onus*" ou "*duty*".

137. On a estimé que, outre le détenteur d'une paire certifiée de clefs, le tiers authentificateur devait être également tenu d'annuler le certificat correspondant lorsqu'il apprenait que la clef cryptographique privée avait été perdue, compromise ou qu'elle risquait d'être utilisée à mauvais escient à d'autres égards. À l'appui de cette thèse, on a fait valoir que certaines normes et directives internationales relatives à la certification et à l'authentification électroniques, telles que le projet de pratiques internationales uniformes en matière d'authentification et de certification en cours d'élaboration par la Chambre de commerce internationale, posaient cette obligation.

138. En réponse aux questions touchant à l'aptitude du tiers authentificateur à s'acquitter d'une telle obligation, il a été dit que les techniques disponibles à l'heure actuelle permettaient à tout tiers authentificateur de réagir promptement en pareils cas. Toutefois, le délai était fonction non seulement des techniques disponibles, mais également de la nature du service fourni par le tiers authentificateur à ses clients aux termes de leurs contrats (le tiers authentificateur avait-il chargé des collaborateurs de s'occuper des cas où la clef privée serait perdue, compromise ou utilisée à mauvais escient ? Offrait-il à ses clients des services les week-ends ou seulement pendant les heures ouvrables ? Etc.).

139. Le Groupe de travail a pris note des vues exprimées et a décidé d'en tenir compte à l'occasion des discussions qu'il aurait plus tard sur la question de l'annulation de certificats.

7. *Registre des certificats*

140. Pour l'examen des questions ayant trait au registre des certificats, le Groupe de travail s'est fondé sur le projet de dispositions ci-après :

"*Projet d'article G*

1) Tout tiers authentificateur homologué conservera un registre électronique auquel pourra accéder le public et qui énumérera les certificats délivrés, indiquant le moment auquel chaque certificat a été délivré, le moment de son expiration, ou encore le moment de sa suspension ou de son annulation.

2) Le registre sera conservé par le tiers authentificateur pendant au moins [10] ans après la date d'annulation ou d'expiration de la période de validité de tout certificat émis par ce tiers authentificateur."

141. Le Groupe de travail a été invité à se demander tout d'abord s'il y avait lieu d'inclure une disposition relative au registre des certificats dans le projet de règles uniformes et, dans l'affirmative, à examiner les éléments que devait comporter un tel registre ainsi que, dans l'hypothèse où une période de conservation était requise, à en déterminer la durée.

142. L'inclusion, dans le projet de règles uniformes, d'une disposition relative au registre des certificats n'a pas soulevé d'objections de principe, mais il a été suggéré que le Groupe de travail reste saisi de la question de savoir si une telle disposition était en fait nécessaire dans le cadre du projet de règles uniformes ou était utile pour tous les différents types de certificats qui pouvaient être délivrés par des tiers authentificateurs.

143. En ce qui concernait le dispositif à adopter pour le registre, l'on a fait valoir que les tiers authentificateurs appartenant à une même infrastructure de clef publique auraient intérêt à avoir un registre centralisé où ils déposeraient les certificats qu'ils délivraient, au lieu d'établir séparément leur propre registre. Certains pays examinaient actuellement cette solution, dont l'objet était d'éviter la multiplicité des registres. Peut-être était-il utile que le Groupe de travail étudie plus avant cette possibilité.

144. En ce qui concernait le paragraphe 1, il a été estimé qu'il n'était pas nécessaire d'indiquer dans le registre la date à laquelle le certificat avait été délivré et que, par conséquent, les mots "indiquant le moment auquel chaque certificat a été délivré" devraient être supprimés. Il a été dit aussi que le tiers authentificateur devait entrer l'annulation des certificats dans une base de données distincte de façon que les parties intéressées puissent plus facilement vérifier la validité d'un certificat.

145. Au sujet du paragraphe 2, des opinions divergentes ont été exprimées sur la question de savoir si la période de conservation qui y était prévue était nécessaire et si la durée en était adéquate. Il a été dit qu'il était utile de prévoir une période de conservation minimale pour assurer que les données resteraient accessibles aux parties intéressées, mesure qui était particulièrement importante compte tenu des délais impartis par les lois nationales pour exercer des droits, les faire respecter ou demander l'exécution d'obligations. Toutefois, le droit interne fixait des délais différents selon les types de droits et d'obligations. Il prévoyait aussi des périodes de conservation différentes pour les documents publics et privés selon l'objet auquel ils se rapportaient. Dans ces conditions, peut-être était-il préférable de laisser aux lois nationales le soin de déterminer la période de conservation appropriée plutôt que d'en fixer arbitrairement une, qui pourrait ne pas être adaptée dans tous les cas. En outre, le Groupe de travail devait tenir compte du coût que représentait la conservation d'un registre de certificats pendant une période donnée. Dans divers cas, en fonction des services fournis par le tiers authentificateur et de la méthode utilisée pour classer les certificats, il pourrait ne pas être rentable pour lui de conserver certains types de certificats au-delà d'un temps donné. Il n'était pas souhaitable de prévoir une période de conservation générale sans savoir quelles en seraient les conséquences pratiques pour les entreprises.

146. On a fait valoir, toutefois, que la question de la période de conservation des documents et informations qui permettaient à une partie intéressée d'établir l'identité de ses partenaires commerciaux et l'authenticité de leurs signatures faisait entrer en jeu un certain nombre de considérations d'intérêt général que le Groupe de travail ne devait pas négliger. Elle méritait d'être traitée dans le projet de règles uniformes. S'agissant de la durée de la période de conservation, il a été estimé que le tiers authentificateur ne devait pas être libre de la fixer unilatéralement en se fondant uniquement sur des considérations de coût. En outre, ce coût ne devait pas être à lui seul un facteur déterminant pour écourter ou supprimer la période de conservation. Les tiers authentificateurs qui s'associeraient pour établir un registre unique dans le cadre d'une infrastructure à clef publique pourraient s'arranger pour en partager les coûts.

147. Il a été suggéré que les parties qui consultaient un registre de certificats devraient être tenues de laisser trace de leur recherche. En effet, l'existence d'une telle preuve pourrait se révéler d'importance au cas où se poserait, entre le tiers authentificateur et la partie intéressée, la question de savoir si cette dernière avait vérifié la validité d'un certificat avant de se fier à un message signé numériquement.

148. Le Groupe de travail a pris note des différentes opinions exprimées et a demandé au Secrétariat de recenser les questions soulevées et de formuler des variantes du projet de dispositions au vu des débats du Groupe de travail.

8. *Relations entre utilisateurs et tiers authentificateurs*

149. Le Groupe de travail était saisi du projet de dispositions ci-après :

"*Projet d'article J*

1) Le tiers authentificateur n'a le droit de demander que les renseignements qui lui sont nécessaires pour identifier l'utilisateur.

2) À la demande d'une personne morale ou physique, le tiers authentificateur divulgue les renseignements suivants :

a) Les conditions dans lesquelles le certificat peut être utilisé;

b) Les conditions déterminant l'utilisation des signatures numériques;

c) Le coût des services donnés par le tiers authentificateur;

d) La politique ou les pratiques du tiers authentificateur s'agissant de l'utilisation, de la mise en mémoire et de la communication de renseignements d'ordre personnel;

e) Les prescriptions techniques du tiers authentificateur s'agissant du matériel de communication de l'utilisateur;

f) Les conditions dans lesquelles le tiers authentificateur met en garde les usagers en cas d'irrégularité ou de défaut de fonctionnement du matériel de communication;

g) Toute limite à la responsabilité du tiers authentificateur;

h) Toutes restrictions imposées par le tiers authentificateur s'agissant de l'utilisation du certificat;

i) Les conditions dans lesquelles l'utilisateur est en droit de restreindre l'utilisation du certificat.

3) Les renseignements énumérés au paragraphe 1 seront communiqués à l'utilisateur avant la conclusion définitive d'un accord de certification. [Ces renseignements peuvent être communiqués par le tiers authentificateur dans le cadre d'une déclaration de la pratique de certification.]

4) Avec un préavis [d'un mois], l'utilisateur peut mettre fin à l'accord le rattachant à un tiers authentificateur.

Ce préavis prend effet une fois qu'il a été reçu par le tiers authentificateur.

5) Avec un préavis [de trois mois], le tiers authentificateur peut mettre fin à l'accord le rattachant à un tiers authentificateur. Ce préavis prend effet dès qu'il a été reçu."

150. Le Groupe de travail a constaté que, dans la mesure où le projet d'article J concernait les relations entre utilisateurs et tiers authentificateurs, il préjugeait des décisions relatives à un certain nombre de questions encore à l'étude. Il a été décidé de mettre entre crochets le projet d'article J dans son ensemble et d'en renvoyer l'examen à une date ultérieure.

III. INCORPORATION PAR RÉFÉRENCE

151. Ayant achevé l'examen préliminaire des questions juridiques et des dispositions éventuelles à insérer dans les règles uniformes sur les signatures numériques, comme indiqué dans la partie II du présent rapport, le Groupe de travail a constaté que le temps lui manquait pour procéder, à la session en cours, à l'examen approfondi des questions touchant à l'incorporation par référence.

152. Le Groupe de travail a rappelé que cette question avait été brièvement examinée à diverses étapes de l'élaboration de la Loi type (voir A/CN.9/406, par. 90 et 178, et A/CN.9/407, par. 100 à 105 et 117). À sa précédente session, il s'était accordé à dire qu'il était nécessaire de se pencher sur la question de l'incorporation par référence dans le contexte du commerce électronique. Selon une opinion, il faudrait, si l'on tentait d'établir des normes juridiques pour l'insertion de clauses de référence dans des messages de données, que les trois conditions suivantes soient respectées : *a)* la clause de référence devait être insérée dans le message de données; *b)* le document référencé, par exemple des conditions générales, devait être effectivement connu de la partie contre laquelle il pouvait être invoqué; *c)* le document référencé devait être accepté, en sus d'être connu, par cette partie. De l'avis général, il convenait de traiter le sujet de l'incorporation par référence dans le cadre de travaux plus généraux sur les questions des registres et des fournisseurs de services (A/CN.9/421, par. 114). La Commission, à sa vingt-neuvième session, s'est accordée à dire que la question pourrait être étudiée dans le cadre des travaux sur les tiers authentificateurs[2].

153. À la session en cours, l'on s'est accordé à penser que l'acceptabilité de l'incorporation par référence revêtait une importance considérable pour le développement du commerce électronique en général. Certes, la question devait sans doute être examinée dans le cadre des travaux sur les signatures numériques et les tiers authentificateurs, mais elle méritait aussi de l'être à un niveau plus général. Même si l'on déterminait par la suite qu'il convenait d'élaborer des règles spécifiques pour l'incorporation par référence dans le contexte des signatures numériques, un débat général et, éventuellement, un ensemble de règles générales s'imposaient.

154. Selon une opinion, élaborer des règles régissant l'incorporation par référence en milieu électronique pourrait se révéler difficile vu la complexité des questions en jeu. L'incorporation par référence et les questions connexes, comme les contrats d'adhésion et le conflit de formulaires, avaient donné naissance à toute une variété de règles juridiques concernant les documents sur support papier, et toutes les questions juridiques y afférentes n'avaient pas été résolues de façon satisfaisante. Le sujet même obligeait à concilier des intérêts antagoniques. D'une part, il était nécessaire de reconnaître l'autonomie des parties. De l'autre, il fallait limiter les abus auxquels pouvaient donner lieu les contrats d'adhésion. Étant donné les difficultés que l'on s'attendait à rencontrer dans le domaine de l'incorporation par référence, l'on a proposé d'accorder un rang de priorité plus élevé à d'autres aspects du commerce électronique qui mériteraient également un examen plus approfondi. Selon un autre avis, l'on ne pouvait entamer un examen de l'incorporation par référence que si l'on disposait de nouvelles études du Secrétariat sur les aspects juridiques comparatifs des contrats d'adhésion, du conflit de formulaires et des questions connexes de responsabilité.

155. L'opinion la plus répandue était qu'il n'y avait pas besoin de nouvelle étude du Secrétariat, car les problèmes fondamentaux étaient bien connus, et il était clair qu'il faudrait laisser nombre d'aspects du conflit de formulaires et des contrats d'adhésion aux dispositions législatives nationales applicables en raison, par exemple, de la protection du consommateur et d'autres considérations d'intérêt général. Après en avoir discuté, le Groupe de travail a décidé que cette question devrait être la première des questions de fond qu'il examinerait à sa prochaine session.

IV. TRAVAUX FUTURS

156. Le Groupe de travail a rappelé que la Commission lui avait demandé de déterminer s'il était souhaitable et possible d'élaborer des règles uniformes concernant les signatures numériques et les tiers authentificateurs. À la clôture de sa session, le Groupe de travail a estimé qu'il devait indiquer dans son rapport à la Commission qu'il était parvenu à un consensus quant à 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 parvenu à la conclusion préliminaire qu'il était possible d'entreprendre l'élaboration d'un projet de règles uniformes sur les questions concernant les signatures numériques.

157. Dans le cadre de l'examen des travaux futurs, il a été rappelé que, outre les signatures numériques et les tiers authentificateurs, les travaux dans le domaine du commerce électronique devaient peut-être porter aussi sur les questions touchant des techniques autres que la cryptographie à clef publique, les questions générales concernant les fonctions exercées par les tiers fournisseurs de services et les contrats électroniques[3].

[2]Ibid., par. 222.

[3]Ibid., par. 219 à 221.

B. Document de travail soumis au Groupe de travail sur le commerce électronique à sa trente et unième session : planification des travaux à venir en matière de commerce électronique : signatures numériques, tiers authentificateurs et questions juridiques connexes : note du Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.71) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

INTRODUCTION 1-11

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LES SIGNATURES NUMÉRIQUES . 12-45

A. Fonctions de la signature 12-13

B. Signatures numériques et autres signatures électroniques 14-45

1. Signatures numériques faisant appel à des techniques autres que la cryptographie à clef publique 15-17

2. Signatures numériques utilisant la cryptographie à clef publique 18-45

a) Notions et terminologie techniques 18-27

i) Cryptographie 18-20

ii) Clefs publiques et clefs privées 21-22

iii) Fonction contrôle 23

iv) Signature numérique 24-25

v) Vérification de la signature numérique 26-27

b) Infrastructure de la clef publique et tiers authentificateurs 28-44

i) Infrastructure de la clef publique 33-35

ii) Tiers authentificateurs 36-44

c) Résumé du processus de signature numérique 45

II. QUESTIONS JURIDIQUES ET DISPOSITIONS ÉVENTUELLES À INSÉRER DANS LES RÈGLES UNIFORMES SUR LES SIGNATURES NUMÉRIQUES 46-76

A. Portée des travaux 46-48

B. Champ d'application des règles uniformes relatives aux signatures numériques et dispositions générales 49-51

C. Questions juridiques spécifiques et projet de dispositions sur les signatures numériques 52-76

1. Définitions 52-60

a) Signature numérique 55-56

b) Tiers authentificateurs homologués 57-58

c) Certificats 59-60

2. Signature par des personnes morales ou physiques 61-63

3. Affectation des messages de données à signature numérique 64-65

4. Annulation des certificats 66-67

5. Registre des certificats 68-69

6. Responsabilité 70-72

7. Questions ayant trait à la certification croisée 73-75

8. Relations entre utilisateurs et tiers authentificateurs 76

III. INCORPORATION PAR RÉFÉRENCE 77-93

A. Point du débat 77-79

B. Éventuelle nécessité de prévoir des règles uniformes relatives à l'incorporation par référence 80-90

1. Règles classiques élaborées dans un milieu papier 81-83

a) Incorporation par référence 81-82

b) "Bataille des formules" 83

2. Questions soulevées dans le cadre du commerce électronique 84-90

a) Utilisation généralisée de l'incorporation par référence 84-87

b) Facilité d'accès au texte incorporé 88-90

C. Dispositions éventuelles 91-93

INTRODUCTION

1. Une fois adoptée la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, la Commission, à sa vingt-neuvième session, a procédé à un débat sur les travaux futurs dans ce domaine, à partir des discussions préliminaires qu'avait eues le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées à sa trentième session (A/CN.9/421, par. 109 à 119). D'une manière générale, il a été convenu que la CNUDCI devrait continuer son travail d'élaboration de normes juridiques susceptibles de rendre l'échange de données électroniques plus prévisible, renforçant ainsi les échanges dans toutes les régions.

2. De nouvelles propositions ont porté sur d'éventuelles questions à incorporer dans les travaux futurs et sur les priorités de celles-ci. On a proposé que la Commission commence à élaborer des règles sur les signatures numériques. Il a été dit que la mise en place de lois sur les signatures numériques, mais aussi de lois reconnaissant les actions des "tiers authentificateurs", ou d'autres personnes autorisées à délivrer des certificats électroniques ou autres formes d'assurance quant à l'origine et l'attribution de messages comportant une "signature" numérique était, dans de nombreux pays, jugée indispensable à l'essor des échanges électroniques. D'aucuns ont fait valoir que la possibilité de se fier aux signatures numériques déterminerait la multiplication des contrats ainsi que la cessibilité de droits sur des marchandises ou d'autres intérêts au moyen des communications électroniques. Dans un certain nombre de juridictions, de nouvelles lois régissant les signatures numériques sont actuellement en cours d'élaboration. On a signalé que, déjà, il y avait manque d'uniformité dans ce domaine. Si la Commission décidait d'entreprendre des travaux sur cette question, il lui serait possible d'harmoniser les nouvelles lois, ou du moins d'élaborer des principes communs s'agissant des signatures numériques et, ainsi, de constituer une infrastructure internationale pour cette activité commerciale.

3. Cette proposition a recueilli une large adhésion. De manière générale, on a toutefois estimé que, si la Commission décidait d'entreprendre des travaux sur les signatures numériques dans le cadre de son Groupe de travail sur les échanges de données informatisées, il faudrait confier au Groupe de travail un mandat spécifique en ce sens. On a également pensé que, étant donné qu'il n'était pas possible pour la CNUDCI de se lancer dans l'élaboration de normes techniques, il importait de veiller à ce que la CNUDCI ne s'associe pas aux questions techniques ayant trait aux signatures numériques. Il a été rappelé qu'à sa trentième session le Groupe de travail avait estimé que des travaux pourraient être nécessaires en ce qui concerne les tiers authentificateurs et qu'il faudrait probablement les effectuer dans le contexte des registres et des prestataires de services. Cependant, le Groupe de travail a également estimé qu'il ne devrait pas se lancer dans des considérations techniques concernant l'opportunité d'utiliser telle ou telle norme précise (A/CN.9/421, par. 111). On s'est inquiété du fait que les travaux sur les signatures numériques pourraient dépasser la simple sphère du droit commercial et mettre en jeu des questions générales de droit civil ou de droit administratif. En réponse à cette inquiétude, on a fait valoir que cela était vrai également des dispositions de la Loi type et que la Commission ne devait pas craindre de rédiger des règles utiles du fait que ces règles pourraient également s'avérer utiles en dehors de la sphère des relations commerciales.

4. Une autre proposition, s'appuyant sur la discussion préliminaire du Groupe de travail, était que les travaux futurs devraient être axés sur les fournisseurs de services. Les questions suivantes ont été évoquées, comme celles méritant d'être examinées : normes minima de performance en l'absence d'accord entre les parties; étendue des risques supportés par les destinataires; effet de ces règles ou accords sur les tiers; répartition des risques d'intrusion ou d'actes non autorisés ; étendue des garanties obligatoires, le cas échéant, ou d'autres obligations dans le cas de la fourniture de services à valeur ajoutée (voir A/CN.9/421, par. 116).

5. De l'avis d'un grand nombre de participants, il conviendrait que la CNUDCI examine la relation entre les fournisseurs de services, les utilisateurs et les tiers. Il serait très important d'orienter les travaux sur ce sujet vers la mise au point de normes internationales de conduite commerciale visant à favoriser le commerce par des moyens électroniques et non de prendre pour objectif l'établissement d'un régime réglementaire applicable aux fournisseurs de services ou d'autres règles qui pourraient engendrer des coûts inacceptables pour les applications commerciales de l'EDI (voir A/CN.9/421, par. 117). Cependant, un certain nombre de participants ont estimé que la question des fournisseurs de services était peut-être un peu trop vaste et englobait trop de situations objectives différentes pour relever d'un seul point de l'ordre du jour. De manière générale, on s'est accordé à penser que les questions ayant trait aux fournisseurs de services pouvaient être examinées de manière appropriée dans le contexte de chaque nouveau domaine de travail examiné par le Groupe de travail.

6. On a par ailleurs proposé que la Commission commence un travail d'élaboration des nouvelles règles d'ordre général devenues nécessaires pour clarifier la manière dont les fonctions traditionnelles du contrat peuvent être remplies au moyen des échanges électroniques. On a fait valoir le nombre d'incertitudes entourant la signification exacte des termes "performance", "livraison" et d'autres termes encore dans le contexte du commerce électronique, dès lors que l'offre, l'acceptation et la livraison de marchandises pouvaient intervenir dans le monde entier à partir de réseaux informatisés ouverts. La croissance rapide des échanges sur ordinateur ainsi que les transactions sur Internet et sur d'autres systèmes font qu'il s'agit là d'un thème prioritaire. On a lancé l'idée qu'une étude réalisée par le Secrétariat pourrait préciser la portée d'un tel travail. À supposer que la Commission, après examen de l'étude, décide de poursuivre sur cette lancée, une des solutions possibles consisterait à incorporer de telles règles dans la section "Dispositions spéciales" de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

7. Il a par ailleurs été proposé que la Commission s'intéresse à la question de l'incorporation par référence. Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu que cette question pouvait être traitée de manière appropriée dans le cadre de travaux plus généraux sur les questions des registres et des fournisseurs de services (A/CN.9/421, par. 114). La Commission, dans son ensemble, est convenue que la question peut être traitée dans le cadre de travaux sur les tiers authentificateurs.

8. Après discussion, la Commission a décidé qu'il était opportun d'inscrire la question des signatures numériques et des tiers authentificateurs à son ordre du jour, à condition que ce point soit l'occasion d'examiner d'autres questions suggérées par le Groupe de travail pour des travaux futurs. Il a également été décidé de spécifier le mandat du Groupe de travail; dans ce contexte, les règles uniformes à élaborer devraient traiter de questions telles que : le fondement juridique sur lequel les processus de certification s'appuient, y compris la technologie naissante qui permet l'authentification et la certification numérique; l'applicabilité du processus de certification; l'attribution des risques et des responsabilités des usagers, des fournisseurs de services et des tiers dans le contexte de l'utilisation des techniques de certification; les questions spécifiques de certification dans le cadre de l'utilisation des registres; et l'incorporation par référence.

9. La Commission a prié le Secrétariat de réaliser une étude de fond sur les questions relatives aux signatures numériques et aux fournisseurs de services, en partant de l'analyse des lois actuellement en cours d'élaboration dans divers pays. En se fondant sur cette étude, le Groupe de travail devrait réfléchir à l'opportunité et à la possibilité de rédiger des règles uniformes sur les questions susmentionnées. On est convenu qu'à l'occasion de sa trente et unième session le Groupe de travail pourrait entreprendre d'élaborer des projets de règles touchant certains aspects des sujets susmentionnés. Le Groupe de travail a été prié de communiquer à la Commission suffisamment d'éléments d'information permettant à celle-ci de prendre une décision en toute connaissance de cause sur le champ d'application des règles uniformes à rédiger. Étant donné l'ampleur des activités visées par la Loi type de la CNUDCI sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées et par les travaux futurs dans le domaine du commerce électronique, il a été décidé que le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées serait rebaptisé "Groupe de travail sur le commerce électronique"[1].

10. La présente note comporte une étude préliminaire de la question des signatures numériques et des questions connexes. Elle a été rédigée dans le contexte de la Loi type de la CNUDCI sur les échanges électroniques, et tient compte également des textes législatifs récemment adoptés, ou en cours d'élaboration dans certains pays. Par ailleurs, l'étude s'inspire de travaux réalisés par d'autres organisations, et notamment du Projet de pratiques internationales uniformes en matière d'authentification et de certification, actuellement élaboré par la Chambre de commerce internationale (CCI) et les Directives relatives aux signatures numériques publiées par l'American Bar Association, et rend compte des conclusions d'une réunion d'un groupe d'experts *ad hoc* qui a regroupé des spécialistes du domaine des signatures numériques et le Secrétariat de la CNUDCI.

11. Conformément aux instructions récentes concernant la maîtrise et la gestion plus strictes des documents de l'Organisation des Nations Unies, les explications concernant le projet de dispositions sont aussi brèves que possible. Des explications complémentaires seront données de vive voix.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 216 à 224.

I. OBSERVATIONS GÉNÉRALES SUR LES SIGNATURES NUMÉRIQUES

A. Fonctions de la signature

12. L'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique est fondé sur la reconnaissance des fonctions de la signature dans les documents 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 d'assumer un texte qu'il a écrit; de l'intention d'une personne de s'associer au contenu d'un document rédigé par autrui; du fait que et du moment où une personne se trouvait en un lieu donné.

13. 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

14. Lorsque le Groupe de travail examinera s'il est opportun et possible d'élaborer des règles uniformes pour les signatures numériques, et dans l'optique d'aider la Commission à réfléchir au champ d'application de ces éventuelles règles uniformes, il souhaitera peut-être examiner les diverses techniques qui sont actuellement utilisées ou qui sont en cours de mise au point et qui visent à fournir un équivalent fonctionnel à la signature manuscrite et aux autres types de mécanismes d'authentification utilisés dans le cas des documents sur papier.

1. *Signatures numériques faisant appel à des techniques autres que la cryptographie à clef publique*

15. On peut rappeler que, parallèlement aux "signatures numériques" s'appuyant sur la cryptographie fonctionnant par création d'une clef publique — qui constitue l'objet essentiel de la présente note —, il existe divers autres mécanismes, souvent qualifiés de "signatures électroniques", qui

peuvent être utilisés ou dont on envisage l'utilisation à l'avenir, et ce en vue de remplir une ou plusieurs des fonctions évoquées plus haut qui sont celles de la signature manuscrite. 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 l'écran de son ordinateur, soit sur un bloc numérique. La signature manuscrite serait alors analysée par l'ordinateur et mise en mémoire comme une série de valeurs numériques, qui pourrait être ajoutée à un message de données affiché par le destinataire aux fins d'authentification. Ce système d'authentification présupposerait que des échantillons de la signature manuscrite ont été antérieurement analysés et mis en mémoire par le dispositif biométrique.

16. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir s'il y a lieu d'élargir le champ de ses activités pour couvrir les signatures électroniques de manière générale. Dans l'affirmative, le Secrétariat devra procéder à des recherches complémentaires sur les incidences techniques et juridiques de l'utilisation de dispositifs de "signature" faisant appel à des techniques autres que la cryptographie à clef publique. Étant donné qu'il existe suffisamment d'informations préliminaires sur les conséquences juridiques des signatures numériques et que des projets de loi sur cette question ont été élaborés dans un certain nombre de pays, la présente note s'intéresse essentiellement aux questions relatives aux signatures numériques faisant appel à la cryptographie à clef publique.

17. Lorsqu'il examinera l'opportunité et la faisabilité d'élaborer des règles uniformes applicables tant aux signatures numériques qu'aux autres formes de signature électronique, le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si la CNUDCI devrait tenter de mettre au point des règles uniformes à un stade intermédiaire entre le caractère très général de la Loi type et les règles plus spécifiques régissant le détail d'une ou de plusieurs techniques précises. En tout état de cause, fidèles au principe de la neutralité qui est celui de la Loi type, les règles uniformes à élaborer, à supposer qu'elles traitent des signatures numériques, ne devraient pas décourager l'utilisation d'autres méthodes.

2. *Signatures numériques utilisant la cryptographie à clef publique*[2]

a) *Notions et terminologie techniques*

i) Cryptographie

18. Les signatures numériques sont créées et vérifiées grâce à la cryptographie, cette branche des mathématiques appliquées qui consiste à transformer des messages en des formes apparemment inintelligibles pour les restituer ensuite à leur forme initiale. Les signatures numériques utilisent la cryptographie à clef publique, qui s'appuie souvent sur l'utilisation de fonctions algorithmiques pour créer deux "clefs" (c'est-à-dire des nombres à plusieurs chiffres créés à l'aide d'une série de formules mathématiques appliquées aux nombres premiers), clefs différentes mais mathématiquement liées les unes aux autres. L'une de ces clefs est utilisée pour créer une signature numérique ou pour transformer des données en une forme apparemment inintelligible; l'autre clef est utilisée 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 des "cryptosystèmes" ou, plus spécifiquement encore, des "cryptosystèmes asymétriques" lorsqu'ils utilisent des algorithmes asymétriques.

19. Bien que le recours à la cryptographie soit l'un des éléments essentiels 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 aux fins de confidentialité. La mise en code pour raison de confidentialité est une méthode utilisée pour programmer une communication électronique de telle 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 de politique nationale qui peuvent d'ailleurs comporter des considérations relatives à la défense nationale. Cependant, l'utilisation de la cryptographie aux fins d'authentification par création d'une signature numérique n'implique pas nécessairement la mise en code pour garantir le caractère confidentiel d'une communication, étant donné que la signature numérique mise en code peut être tout simplement jointe à un message non codé. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se pencher sur la question de savoir dans quelle mesure les éventuelles règles uniformes sur les signatures numériques devraient reconnaître l'utilisation de la cryptographie aux fins d'authentification, à distinguer de son utilisation aux fins de confidentialité.

20. Afin d'illustrer les raisons pour lesquelles différentes règles peuvent s'imposer dans les cas où la mise en code est utilisée aux fins de confidentialité et dans les cas où elle est utilisée uniquement pour les signatures numériques, il est émis une hypothèse selon laquelle, lorsque la mise en code est utilisée pour garantir le caractère confidentiel d'un message, il importe, dans de nombreuses circonstances, qu'il existe un moyen de retrouver les messages mis en code si la clef privée est perdue, là où le message codé a une valeur juridique ou financière importante ou encore lorsqu'une responsabilité est mise en jeu. La technologie, utilisée à bon escient, permet à l'initiateur de la paire de clefs de garder ou de recréer la clef manquante. Cependant, il n'y a peut-être pas lieu de garder ou de recréer la clef privée utilisée pour créer des signatures numériques; la possibilité technique de le faire pourrait d'ailleurs diminuer la confiance que les utilisateurs et le grand public feraient au système dans son ensemble.

ii) "Clefs publiques et clefs privées"

21. Les clefs complémentaires utilisées pour les signatures numériques sont désignées arbitrairement sous le nom

[2]Plusieurs des 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.

de "clef privée" utilisée uniquement par le signataire pour créer sa signature numérique, et de "clef publique", le plus souvent mieux connue et utilisée par le destinataire pour vérifier la signature numérique[3]. Si un grand nombre de personnes doivent vérifier la signature numérique du signataire, la clef publique doit être mise à la disposition ou distribuée à chacune d'entre elles, par exemple par publication dans un répertoire en direct ou sous toute autre forme de répertoire public facilement disponible. Bien qu'il existe une relation mathématique entre les deux clefs de la paire, si le cryptosystème asymétrique a été bien conçu et bien mis en œuvre, il est pratiquement impossible de trouver la clef privée à partir de la clef publique. Les algorithmes les plus communément utilisés pour la mise en code des clefs publiques et privées s'appuient sur une caractéristique essentielle des grands nombres premiers : une fois multipliés les uns par les autres pour produire un nouveau numéro, il est pratiquement impossible de déterminer les deux nombres premiers qui ont servi à créer le nouveau nombre, plus élevé[4]. Aussi, bien que la clef publique d'un signataire donné puisse être connue de nombreuses personnes qui l'utiliseront pour vérifier les signatures dudit signataire, ces personnes ne peuvent découvrir la clef privée du signataire et l'utiliser pour contrefaire des signatures numériques.

22. Il convient toutefois de noter que le concept de cryptographie à clef publique n'entraîne pas nécessairement l'utilisation des algorithmes susmentionnés basés sur les nombres premiers. D'autres techniques mathématiques sont actuellement utilisées ou en cours de mise au point, par exemple les cryptosystèmes à courbes elliptiques, souvent décrites comme offrant un haut degré de sécurité du fait du recours à des longueurs clefs de beaucoup réduites. Lors de l'examen des questions relatives à la cryptographie à clef publique, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner dans quelle mesure cette technique est utilisée en commerce international. En même temps, le Groupe de travail souhaitera peut-être adopter une attitude neutre vis-à-vis des techniques, tenant certes compte de la technologie actuelle, sans pour autant exclure l'évolution des techniques de calcul utilisées pour créer des paires de clefs. Cette ouverture à l'évolution technique dans l'industrie informatique sera en outre compatible avec la décision prise par la Commission, à savoir qu'il était impossible pour la CNUDCI de se lancer dans l'élaboration de normes techniques et qu'il y avait lieu de veiller à ce qu'elle ne s'associe pas aux questions techniques concernant la signature numérique (voir par. 3 ci-dessus).

[3]L'utilisateur d'une clef privée est censé garder secrète la clef privée. Il convient de noter que l'utilisateur individuellement n'a pas nécessairement besoin de connaître la clef privée. Celle-ci figurera vraisemblablement sur une carte à mémoire ou alors sera accessible au moyen d'un numéro d'identification personnel ou encore individuellement, au moyen d'un dispositif d'identification biométrique, par exemple, la reconnaissance d'une empreinte digitale.

[4]Certaines normes existantes, telles que les Directives relatives aux signatures numériques de l'American Bar Association, évoquent la notion d'"impossibilité de calcul" pour décrire l'irréversibilité prévue du processus, à savoir l'espoir qu'il sera impossible de trouver la clef privée secrète d'un utilisateur à partir de sa clef publique. "L'impossibilité de calcul" est un concept relatif s'appuyant sur la valeur des données protégées, les moyens informatisés nécessaires pour les protéger, la durée pendant laquelle les données doivent être protégées, et le coût et le temps nécessaires pour s'attaquer aux données, tous ces facteurs étant évalués dès maintenant et à la lumière des percées technologiques à venir (ABA Digital Signature Guidelines, p. 9, note 23).

iii) "Fonction contrôle"

23. En plus de la création de couples de clefs, on utilise un autre processus fondamental, généralement connu sous le nom de "fonction contrôle", et qui sert à la fois à créer et à vérifier la signature numérique. Cette fonction est un processus mathématique basé sur un algorithme qui crée une représentation numérique ou forme condensée du message, souvent appelée "message abrégé" ou "empreinte" du message, et qui prend la forme d'une valeur contrôle ou d'un résultat contrôle d'une longueur normalisée généralement bien plus courte que le message lui-même mais qui lui est néanmoins unique. Toute modification du message produit systématiquement un résultat contrôle différent lorsque la même fonction est utilisée. Dans le cas d'une fonction contrôle confidentielle, quelquefois appelée fonction contrôle unilatérale, il est pratiquement impossible d'obtenir le message initial en connaissant simplement sa valeur contrôle. Ces fonctions permettent donc au logiciel de création de signatures numériques d'opérer sur des quantités plus petites et plus prévisibles de données, tout en assurant une solide corrélation avec la teneur du message initial, garantissant ainsi de manière efficace qu'aucune modification n'a été apportée au message depuis sa signature sous forme numérique.

iv) "Signature numérique"

24. Pour signer un document ou tout autre élément d'information, les signataires délimitent tout d'abord très précisément les contours de ce qui est à signer. L'information à signer ainsi délimitée peut être appelée "message". Ensuite, une fonction contrôle dans le logiciel du signataire calcule un résultat contrôle associé exclusivement (à toutes fins utiles) au message. Le logiciel du signataire transforme ensuite le résultat contrôle en une signature numérique à l'aide de la clef privée du signataire. La signature numérique qui en est le résultat est donc affectée exclusivement à la fois au message et à la clef privée utilisée pour créer la signature.

25. Le plus souvent, une signature numérique (résultat du message signé numériquement) est jointe au message et mise en mémoire ou transmise avec son message. Cela dit, elle peut également être transmise ou mise en mémoire comme élément de donnée distinct, dès lors qu'il existe une association fiable avec le message. Dans la mesure où une signature numérique vaut exclusivement pour le message qui y correspond, elle est inutile si elle est dissociée de manière permanente de son message.

v) Vérification de la signature numérique

26. La vérification de la signature numérique est le processus de vérification de la signature numérique par référence au message initial et à une clef publique donnée, ce qui permet de déterminer si la signature numérique a été créée pour ce même message à l'aide de la clef privée qui correspond à la clef publique de référence. La vérification de la signature numérique se fait par le calcul d'un nouveau résultat contrôle du message initial au moyen de la même fonction contrôle utilisée pour créer la signature numérique. Ensuite, à l'aide de la clef publique et du nouveau résultat contrôle, la personne chargée de la vérification s'assure que la signature numérique a été créée à l'aide de la clef privée

correspondante et que le résultat contrôle nouvellement calculé correspond au résultat initial transformé en signature numérique lors du processus de signature.

27. Le logiciel de vérification confirmera que la signature numérique a été "vérifiée" : *a)* si la clef privée du signataire a été utilisée pour signer numériquement le message, ce qui est avéré 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 *b)* si le message ne subit aucune modification, ce qui est avéré si le résultat contrôle calculé par la personne chargée de la vérification est identique au résultat contrôle extrait de la signature numérique lors du processus de vérification.

b) *Infrastructure de la clef publique et tiers authentificateurs*

28. 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, le couple clef publique-clef privée n'a aucune association intrinsèque avec une personne quelconque; il s'agit en effet simplement d'un couple de numéros. Il faut un mécanisme supplémentaire pour associer de manière fiable une personne ou une entité précise au couple de clés. Si on veut que la mise en code de la clef publique remplisse sa fonction prévue, il faut trouver un moyen d'envoyer les clefs à un grand nombre de personnes, dont beaucoup sont inconnues de la personne qui procède à cet envoi et alors même qu'aucune relation de confiance n'a pu se forger entre les parties. Pour ce faire, les parties en jeu doivent accorder une très grande confiance aux clefs publiques et privées émises.

29. 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 sûr) 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 World Wide Web sur Internet), ne font pas partie d'un groupe fermé, ou encore n'ont pas conclu d'accord entre partenaires commerciaux ou encore lorsque leur relation n'est pas régie par un droit particulier.

30. En outre, du fait que la mise en code de la clef publique est une technique hautement mathématique, tous les utilisateurs doivent se fier aux compétences, aux connaissances et aux dispositifs en matière de sécurité des parties émettant les clefs publiques et privées[5].

[5]Dans les cas où les clefs publiques et privées seraient émises par les utilisateurs eux-mêmes, cette confiance devra peut-être être garantie par ceux qui certifient les clefs publiques.

31. 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 du signataire en question. Cela dit, d'autres parties pourraient refuser d'accepter cette déclaration, notamment dans les cas où il n'existe aucun contrat préalable établissant avec certitude l'effet juridique de cette déclaration publique. Une partie se fiant à une telle déclaration publiée dans un système ouvert mais non étayé courrait alors un grave risque de faire confiance à un imposteur, ou d'avoir à établir qu'il n'y a pas eu véritablement refus de signature (point souvent appelé "non-répudiation") dans les cas où une transaction s'avérerait défavorable pour le signataire.

32. L'une des solutions à ce problème consiste à recourir à un ou plusieurs tiers à qui l'on fait toute confiance et qui associerait un signataire bien identifié ou le nom d'un signataire à une clef publique spécifique. Cette partie tierce éprouvée est généralement appelée "tiers authentificateur" dans la plupart des normes et directives techniques. Dans certains pays, ces tiers authentificateurs sont en train d'être organisées sur un mode hiérarchique dans le cadre de ce que l'on appelle souvent l'infrastructure de la clef publique.

i) L'infrastructure de la clef publique

33. La création d'une infrastructure de la clef publique est un moyen d'inspirer confiance, assurant que : *a)* la clef publique de l'utilisateur n'a pas été falsifiée et correspond effectivement à la clef privée de l'utilisateur; *b)* les techniques de chiffrement utilisées sont bonnes; *c)* on peut faire confiance aux entités délivrant les clefs cryptographiques pour préserver et recréer les clefs publiques et privées susceptibles d'être utilisées pour le chiffrement aux fins d'assurer la confidentialité lorsque le recours à cette technique est autorisé; *d)* les différents systèmes de chiffrement sont compatibles. Pour inspirer cette confiance, l'infrastructure de la clef publique peut offrir un certain nombre de services, dont les suivants : *a)* gestion des clefs cryptographiques utilisées pour les signatures numériques; *b)* assurance qu'une clef publique correspond bien à une clef privée; *c)* communication des clefs aux utilisateurs finaux; *d)* décision selon laquelle tel ou tel utilisateur se verra conférer tel ou tel privilège dans le système; *e)* publication d'un répertoire sécurisé des clefs publiques ou des certificats; *f)* gestion des jetons personnalisés (par exemple 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 particulier; *g)* vérification de l'identité des utilisateurs finaux et prestation de services à ceux-ci; *h)* prestation de services de non-répudiation; *i)* prestation de services de marquage; *j)* gestion des clefs de chiffrement utilisées pour le chiffrement aux fins de confidentialité lorsque le recours à cette technique est autorisé.

34. L'infrastructure de la 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 : *a)* une "autorité centrale" unique, qui homologuerait la technologie et les pratiques de toutes les parties autorisées à utiliser les couples de clefs cryptographiques

ou de certificats permettant l'utilisation de ces couples de clés, et qui homologuerait les tiers authentificateurs subordonnés[6]; *b)* divers tiers authentificateurs, 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 *c)* diverses autorités locales d'enregistrement, placées sous les tiers authentificateurs et chargées de répondre aux demandes des utilisateurs de se voir attribuer des couples de clefs cryptographiques ou un certificat relatif à l'utilisation de ces couples 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.

35. Le Groupe de travail souhaitera peut-être procéder à un débat général sur les questions de l'infrastructure de la clef publique. Cela dit, il se peut bien que ces questions ne se prêtent guère aisément à une harmonisation internationale. En effet, l'organisation d'une infrastructure de la clef publique peut mettre en jeu 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[7]. À cet égard, chaque État devra peut-être prendre des décisions relatives à l'établissement d'une infrastructure de la clef publique, concernant notamment les éléments suivants : *a)* la modalité et le nombre de niveaux d'autorité devant constituer l'infrastructure de la clef publique; *b)* la question de savoir si certaines autorités appartenant à l'infrastructure devraient être autorisées à délivrer les couples de clefs cryptographiques ou si ces couples de clefs peuvent peut-être être créés par les utilisateurs eux-mêmes; *c)* la question de savoir si les tiers authentificateurs garantissant la validité des couples de clefs cryptographiques devraient être des entités publiques ou si des entités privées pourraient agir en cette qualité; *d)* la question de savoir si le processus par lequel on autorise une entité donnée à agir en qualité du tiers authentificateur 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 tiers authentificateurs si ceux-ci sont autorisés à opérer en l'absence d'une autorisation spécifique; *e)* la mesure dans laquelle une utilisation de la cryptographie devrait être autorisée aux fins de confidentialité; et *f)* 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. Le Groupe de travail souhaitera peut-être recommander que les questions susmentionnées ne soient pas traitées dans le cadre des travaux à venir de la Commission portant sur les signatures numériques.

ii) Tiers authentificateurs

36. Pour associer une paire de clefs avec un signataire éventuel, le tiers authentificateur 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.

37. Pour assurer l'authenticité du certificat s'agissant tant de sa teneur que de sa source, le tiers authentificateur y appose une signature numérique. La signature numérique du tiers authentificateur qui délivre le certificat peut être vérifiée au moyen de la clef publique du tiers authentificateur figurant sur un autre certificat délivré par un autre tiers authentificateur (qui peut être, mais qui 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 est satisfaite de son authenticité. Dans chaque cas, le tiers authentificateur délivrant le certificat doit apposer une signature numérique sur son propre certificat lors de la durée de fonctionnement de l'autre certificat utilisé pour vérifier la signature numérique du tiers authentificateur.

38. 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 le tiers authentificateur 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 durant la "période opérationnelle" citée dans le certificat, qui est une des conditions de la vérification d'une signature numérique.

39. Pour que la clef publique et son association à un détenteur spécifique soient aisément disponibles pour vérification, le certificat peut être publié dans un répertoire ou mis à disposition par d'autres moyens. Le plus souvent, les répertoires sont des bases de données en ligne regroupant les certificats et autres informations disponibles qui peuvent être appelées et utilisées pour vérifier la signature numérique. Selon le mode de mise en œuvre, l'interrogation d'un certificat peut se faire automatiquement, le programme de vérification interrogeant directement le répertoire pour obtenir les certificats selon que de besoin.

40. Une fois délivré, un certificat peut se révéler sujet à caution, par exemple dans des situations où le détenteur a donné une identité fausse au tiers authentificateur. 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

[6]La question de savoir si un gouvernement devrait avoir la capacité technique de conserver ou de recréer des clefs privées peut être traitée à ce niveau d'autorité.

[7]Cela dit, dans le cadre de la certification croisée, du fait de la nécessité d'une compatibilité mondiale, les infrastructures mises en place dans les différents pays devraient pouvoir communiquer les unes avec les autres.

certificat peut perdre sa fiabilité, et alors le tiers authentificateur (à la demande du détenteur ou même sans son consentement, selon les circonstances) peut suspendre (interrompre provisoirement la période de validité) ou retirer (annuler de manière permanente) le certificat. Dès la suspension ou l'annulation d'un certificat, le tiers authentificateur doit généralement publier une notification de l'annulation ou de la suspension ou avertir les personnes qui l'interrogent ou que l'on sait avoir reçu une signature numérique vérifiable au moyen du certificat douteux.

41. On peut concevoir que les tiers authentificateurs relèvent des pouvoirs publics ou bien de prestataires de services du secteur privé. Dans un certain nombre de pays, on envisage, pour des raisons propres aux pouvoirs publics, que seuls les organismes d'État devraient être autorisés à faire office de tiers authentificateurs. Dans d'autres pays, on considère que les services d'authentification doivent être l'objet d'une libre concurrence sur le marché privé. Indépendamment du fait que les tiers authentificateurs relèvent d'organismes publics ou de prestataires de services privés, et du fait qu'ils auraient besoin de se faire délivrer une licence pour fonctionner, il y a, le plus souvent, plus d'un tiers authentificateur fonctionnant dans l'infrastructure de la clef publique. Tout particulièrement importante est la relation qui existe entre les différents tiers authentificateurs. Les tiers authentificateurs d'une infrastructure de la clef publique peuvent être établis au sein d'une structure hiérarchique, où certains tiers authentificateurs ne feraient que vérifier d'autres tiers authentificateurs qui assureraient les services directement aux usagers. Dans une telle structure, les tiers authentificateurs sont subordonnés à d'autres. Dans d'autres structures envisageables, certains tiers authentificateurs peuvent fonctionner sur un pied d'égalité avec d'autres tiers authentificateurs. Dans toute infrastructure importante, il y aura vraisemblablement des tiers authentificateurs et des autorités 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 tiers authentificateurs d'autres pays. La reconnaissance de certificats étrangers est souvent appelée "certification croisée". En de tels cas, il est indispensable que des tiers authentificateurs pour l'essentiel égaux (ou acceptant tout au moins de prendre certains risques s'agissant des certificats délivrés par d'autres tiers authentificateurs) reconnaissent les services assurés par l'un et l'autre, de telle sorte que leurs usagers respectifs puissent communiquer entre eux de manière plus efficace et en accordant une plus grande confiance aux certificats émis.

42. Des questions juridiques peuvent se poser dans le cadre de la certification croisée ou des certificats en chaîne lorsque des politiques de sécurité multiples sont en jeu. Il peut s'agir notamment de déterminer quel méfait a causé une perte, ou sur qui l'usager a compté. Il convient de noter que les règles juridiques envisagées dans certains pays disposent que, là où les politiques en vigueur et les questions de sécurité sont connues des usagers, et qu'il n'y a aucune négligence de la part des tiers authentificateurs, nulle responsabilité ne peut être engagée.

43. Il peut incomber au tiers authentificateur ou à l'autorité centrale de veiller à ce que ces prescriptions soient systématiquement respectées. Si la sélection des tiers authentificateurs 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 tout tiers authentificateur 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 : le régime de responsabilité s'appliquant au tiers authentificateur s'agissant de son respect des prescriptions en matière de politique générale et de sécurité mises en place par l'autorité centrale ou le tiers authentificateur supérieur, ou de toute autre prescription applicable, et ce de manière continue.

44. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les facteurs suivants, dont il convient de tenir compte lorsque l'on évalue la fiabilité d'un tiers authentificateur : *a)* indépendance (c'est-à-dire l'absence d'intérêts financiers ou autres dans les transactions en jeu; *b)* ressources et capacité financières d'assumer le risque d'avoir sa responsabilité mise en jeu en cas de perte; *c)* maîtrise de la technologie des clefs publiques et familiarité avec les procédures de sécurité en jeu; *d)* durée (les tiers authentificateurs peuvent en effet être amenés 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); *e)* homologation du matériel et du logiciel; *f)* mise en place d'une vérification à rebours et vérification par une entité indépendante; *g)* existence d'un plan de contingence (par exemple logiciel de "récupération catastrophe" ou mécanisme de "blocage" de la clef; *h)* sélection et gestion du personnel; *i)* dispositif de protection s'agissant de la clef privée du tiers authentificateur; *j)* sécurité interne; *k)* arrangements pour la fin des opérations, y compris notification aux utilisateurs; *l)* garanties et responsabilités (consenties ou exclues); *m)* limites de la responsabilité; *n)* assurance; *o)* compatibilité avec d'autres tiers authentificateurs; *p)* procédures d'annulation (dans les cas où les clefs cryptographiques viendraient à être perdues ou compromises).

c) *Résumé du processus de signature numérique*

45. 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 :

a) L'utilisateur crée ou se voit attribuer une paire de clefs cryptographiques qui lui est propre;

b) L'expéditeur rédige un message (par exemple sous forme d'un courrier électronique) sur l'ordinateur;

c) L'expéditeur prépare un abrégé de son message, à l'aide d'un calcul algorithmique sûr. La création de la signature numérique utilise le résultat contrôle d'un calcul qui est à la fois dérivé 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 clé;

d) 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;

e) L'expéditeur, le plus souvent, attache ou ajoute sa signature numérique au message;

f) L'expéditeur envoie sa signature numérique et le message (chiffré ou non) au destinataire par voie électronique;

g) 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 de cet expéditeur-là;

h) Le destinataire crée lui aussi un "abrégé du message" à l'aide du même algorithme;

i) Le destinataire compare les deux abrégés de message. S'ils sont identiques, alors 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;

j) Le destinataire se voit délivrer un certificat par le tiers authentificateur (ou par l'intermédiaire de l'initiateur du message) qui confirme la signature numérique apposée sur le message de l'expéditeur. Le tiers authentificateur est le plus souvent 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 (et éventuellement des renseignements complémentaires), signés par signature numérique par le tiers authentificateur.

II. QUESTIONS JURIDIQUES ET DISPOSITIONS ÉVENTUELLES À INSÉRER DANS LES RÈGLES UNIFORMES SUR LES SIGNATURES NUMÉRIQUES

A. Portée des travaux

46. Lorsque la Commission a décidé, à sa vingt-neuvième session, d'inscrire la question des signatures numériques et des tiers authentificateurs à son ordre du jour, elle a par ailleurs décidé que cette question devait également constituer une occasion de traiter d'autres sujets proposés par le Groupe de travail dans le cadre de ses travaux futurs (voir par. 8 ci-dessus). Avant d'examiner les questions ayant trait aux signatures numériques, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'opportunité d'une décision limitant la portée de ses travaux aux signatures numériques ou, au contraire, de l'amplifier pour couvrir également d'autres mécanismes d'authentification qui existeraient déjà ou qui seraient bientôt disponibles pour utilisation dans le commerce électronique (voir ci-dessus par. 15 à 17). On se souviendra que, lors de l'élaboration de la Loi type, le Groupe de travail s'était soucié de la nécessité d'établir des règles juridiques non liées à un stade donné de l'évolution technique et commerciale mais bien de faire émerger des principes généraux susceptibles de rester applicables au fil des ans, quelle que soit l'évolution technologique.

47. L'utilisation généralisée des signatures numériques ainsi que le risque de voir les pays adopter des démarches législatives différentes s'agissant des signatures numériques permettent de penser que des dispositions législatives uniformes s'imposent pour créer un cadre juridique spécifique à cette technique d'authentification. Cependant, conformément à la démarche neutre qu'il a adoptée vis-à-vis des différents types de médias lors de son élaboration de la Loi type, le Groupe de travail souhaitera peut-être soulever la question de savoir s'il est opportun de se lancer dans l'élaboration de règles uniformes qui s'appliqueraient uniquement aux signatures numériques ou si des règles uniformes devraient également être rédigées pour s'appliquer à d'autres techniques d'authentification. Si le Groupe de travail parvenait à la conclusion que le risque susmentionné de voir les pays adopter des lois différentes justifiait l'élaboration de règles uniformes applicables aux signatures numériques, et ce de manière urgente, le Groupe de travail souhaitera également peut-être examiner les moyens de rédiger des règles uniformes sur les signatures numériques permettant d'éviter le risque que lesdites règles soient mal interprétées, dans le sens où l'on pourrait croire qu'elles favorisent l'utilisation de signatures numériques aux dépens d'autres techniques en concurrence avec les signatures numériques, et qui pourraient aussi être considérées comme des illustrations acceptables du concept de "méthode fiable", consacré à l'article 7 de la Loi type.

48. Pour ce qui est des tiers authentificateurs, le Groupe de travail souhaitera peut-être également tenir compte du fait que, dans de nombreuses situations pratiques, les activités d'une entité commerciale agissant en qualité de tiers authentificateur ne constituent qu'un des éléments d'un ensemble plus vaste d'activités de cette entité commerciale en tant que prestataire de services. Le Groupe de travail voudra donc peut-être examiner la question de savoir si les règles uniformes relatives aux tiers authentificateurs devraient se limiter à des règles de conduite applicables dans le seul contexte des activités d'un prestataire de services agissant en qualité de tiers authentificateur ou s'il serait opportun et faisable d'élaborer des règles applicables à un ensemble plus vaste d'activités des prestataires de services ou des "tiers approuvés" dans le commerce électronique.

B. Champ d'application des règles uniformes relatives aux signatures numériques et dispositions générales

49. La présente note a été rédigée à partir de l'hypothèse selon laquelle les règles éventuelles relatives aux signatures numériques 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 la notion de "méthode fiable" utilisée pour identifier "une personne" et pour indiquer "qu'elle approuve l'information" contenue dans le message de données. Lors de l'examen des dispositions générales à inclure éventuellement dans un ensemble de règles uniformes sur les signatures numériques, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner de manière plus générale les relations qui existent entre ces règles uniformes et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Plus particulièrement, le Groupe de travail souhaitera peut-être faire des propositions à la Commission s'agissant de savoir si les

règles uniformes sur les signatures numériques devraient ou non constituer un instrument juridique distinct ou s'il y a lieu de les incorporer dans une version élargie de la Loi type, par exemple en tant que chapitre distinct à inclure dans la deuxième partie de la Loi type.

50. Que les règles uniformes sur les signatures numériques soient rédigées en tant qu'instrument distinct ou comme complément de la Loi type, l'idée est émise que les règles uniformes devront se fonder sur des dispositions suivant de près les articles 1er (Champ d'application), 2 *a*, *c* et *e* (Définition de "message de données", "expéditeur" et "destinataire"), 3 (Interprétation), 4 (Dérogation conventionnelle), 6 (Écrit) et 7 (Signature) de la Loi type. Bien que ces dispositions ne soient pas reproduites expressément dans la présente note, il convient de noter que le projet de règles uniformes sur les signatures numériques a été rédigé par le Secrétariat à partir de l'hypothèse que de telles dispositions faisaient partie intégrante des règles uniformes. À cet égard, il y a lieu également de noter qu'il existe des dispositions s'alignant sur les articles 2, 4, 6 et 7 de la Loi type dans des lois relatives aux signatures numériques actuellement en cours d'élaboration dans de nombreux pays, alors que la Loi type est également évoquée dans d'autres textes, par exemple les Digital Signature Guidelines rédigées par l'American Bar Association.

51. En plus des dispositions susmentionnées, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le point de savoir si un préambule aux règles uniformes serait susceptible de préciser la fiabilité de ces règles, à savoir de promouvoir l'utilisation efficace des communications numériques par la mise en place d'une structure de sécurité et l'affirmation de l'égalité entre les signatures manuscrites et numériques s'agissant de leur effet juridique.

C. Questions juridiques spécifiques et projet de dispositions sur les signatures numériques

1. *Définitions*

52. Les lois, règlements et directives déjà mis en place ou en cours d'élaboration dans le domaine des signatures numériques et des tiers authentificateurs divergent sensiblement en ce qui concerne le nombre de définitions ou en fonction de la tradition juridique de l'État édictant la loi. Les questions de signature numérique peuvent être traitées soit à l'aide de définitions, soit ne comporter aucune définition.

53. Conformément à la démarche adoptée lors de l'élaboration de la Loi type, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner un nombre limité de définitions de notions essentielles, telles que la "signature numérique", les "tiers authentificateurs" et les "certificats".

54. Le Groupe de travail souhaitera peut-être utiliser les définitions suivantes comme base de ses délibérations.

a) *Signature numérique*

55. *"Projet d'article A*

1) Une signature numérique est une valeur numérique apposée à un message de données et qui, grâce à une procédure mathématique bien connue associée à la clef cryptographique privée de l'expéditeur, permet de déterminer que cette valeur numérique a été créée à partir de la clef cryptographique privée de l'expéditeur.

2) Les procédures mathématiques utilisées pour créer les signatures numériques autorisées en vertu de [cette loi] [ces règles] sont basées sur le chiffrement de la clef publique. Appliquées à un message de données, ces procédures mathématiques opèrent une transformation du message de telle sorte qu'une personne disposant du message initial et de la clef publique de l'expéditeur peut déterminer avec exactitude

a) si la transformation a été opérée à l'aide de la clef privée correspondant à celle de l'expéditeur; et

b) si le message initial a été altéré une fois la transformation opérée.

3) Une signature numérique apposée à un message de données est considérée comme ayant été autorisée si elle peut être vérifiée conformément aux procédures énoncées par un tiers authentificateur homologué en vertu de [cette loi] [ces règles].

4) [L'autorité compétente dans l'État qui édicte la loi] adoptera des règles spécifiques régissant les prescriptions techniques à respecter s'agissant des signatures numériques et leur vérification."

Observations

56. Conformément à la démarche fonctionnelle adoptée lors de l'élaboration de la Loi type, les paragraphes 1 et 2 de la proposition de disposition met l'accent sur une brève description des fonctions techniques remplies par le chiffrement à l'aide de la clef publique. Les paragraphes 3 et 4 correspondent au principe selon lequel les signatures numériques ne sont valables que si elles sont utilisées dans le contexte d'une infrastructure de la clef publique mise en place par les autorités publiques.

b) *Tiers authentificateurs homologués*

57. *"Projet d'article B*

1) ...[c'est l'État qui édicte la loi qui choisit l'organe ou l'autorité compétente chargé d'homologuer les tiers authentificateurs] peut homologuer les tiers authentificateurs permettant à ceux-ci d'agir en vertu de [la présente loi] [ces règlements]. Cette homologation peut être annulée.

2) ...[c'est l'État qui édicte la loi qui précise l'organe ou l'autorité compétente chargé de promulguer des règlements s'agissant des tiers authentificateurs homologués] peut établir des règles régissant les modalités en vertu desquelles les homologations peuvent être accordées, et promulguer des règlements précisant le fonctionnement des tiers authentificateurs.

3) Les tiers authentificateurs homologués peuvent délivrer des certificats concernant les clefs cryptographiques de personnes physiques ou morales.

4) Les tiers authentificateurs homologués peuvent proposer ou faciliter l'enregistrement et le datage de la transmission et de la réception de messages de données, et remplir d'autres fonctions ayant trait aux communications protégées au moyen de signatures numériques.

5) ...[c'est l'État qui édicte la loi qui nomme l'organe ou l'autorité compétente chargé d'établir des règles spécifiques s'agissant des fonctions à remplir par les tiers authentificateurs homologués] peut promulguer des lois spécifiques en ce qui concerne les fonctions à remplir par les tiers authentificateurs homologués s'agissant de la délivrance de certificats aux personnes physiques ou morales.

Observations

58. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si les règles uniformes à élaborer devraient mentionner expressément les critères dont il convient de tenir compte lorsque l'on autorise les tiers authentificateurs à fonctionner. On peut rappeler que, dans le cadre de l'élaboration de la Loi type, ces critères ont été inclus dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type.

c) *Certificats*

59. *"Projet d'article C*

Le certificat délivré par le tiers authentificateur homologué, sous forme de message de données ou autrement, indiquera au minimum les éléments suivants :

a) nom de l'utilisateur [et adresse ou adresse professionnelle] ;

b) [date de naissance de] [suffisamment d'éléments permettant d'identifier] l'utilisateur si celui-ci est une personne physique ;

c) si l'utilisateur est une personne morale, nom de la société et tout renseignement pertinent permettant d'identifier cette société ;

d) nom, adresse et siège du tiers authentificateur ;

e) clef cryptographique de l'utilisateur ;

f) toute information nécessaire indiquant la manière dont la clef cryptographique publique de l'utilisateur peut être vérifiée par le destinataire de la signature numérique donnée conformément au certificat ;

g) numéro de série du certificat; et

h) [date de délivrance et date d'expiration] [période de validité] du certificat."

Observations

60. Les projets de loi sur les signatures numériques actuellement élaborés dans certains pays énumèrent une partie ou la totalité des éléments mentionnés dans le projet d'article C, jugés le minimum indispensable dans tout certificat émis par un tiers authentificateur. Cependant, conformément à la décision prise par le Groupe de travail lors de l'élaboration de la Loi type de ne pas s'immiscer dans les questions de protection des données personnelles, le Groupe de travail souhaitera peut-être tenir compte du fait que, dans de nombreux pays, les informations — concernant, par exemple, la date de naissance d'une personne — seraient protégées en tant que renseignements personnels et que des règles spécifiques pourraient s'appliquer à leur divulgation par voie électronique.

2. *Signature par des personnes morales ou physiques*

61. *"Projet d'article D*

1) Les personnes physiques comme les personnes morales peuvent obtenir la certification de clefs publiques utilisées exclusivement aux fins d'identification.

2) Une personne morale peut identifier un message de données en apposant à ce message la clef privée certifiée pour cette personne morale. La personne morale ne sera considérée comme étant "expéditeur" [comme ayant approuvé l'envoi] du message que si le message est également signé numériquement par la personne physique autorisée à agir au nom de cette personne morale."

Observations

62. La disposition ci-dessus vise à préciser les conditions dans lesquelles les signatures numériques peuvent servir à lier une personne morale. Elle établit une distinction entre les deux fonctions remplies par la "signature" en vertu de l'article 7-1 *a* de la Loi type, à savoir identifier l'auteur d'un message et indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message. Alors que les deux fonctions seraient normalement remplies au moyen d'une clef unique certifiée pour une personne physique, les clefs publiques certifiées pour les personnes morales serviraient uniquement à donner une assurance quant à l'identité de la personne morale, en sa qualité d'expéditeur du message. La "signature numérique" d'une personne morale aurait donc un effet limité. Pour que le message soit approuvé, il faudrait, en plus de la "signature numérique" (à savoir l'identification) de la personne morale, la signature numérique de la personne physique, qui servirait à la fois à identifier cette personne et à indiquer, au nom de la personne morale, l'intention d'approuver le contenu du message.

63. S'il est vrai que le projet de dispositions renvoie bien à "une personne physique habilitée à agir au nom de" une personne morale, il n'est nullement prévu de remplacer le droit interne sur la représentation. La question de savoir si la personne physique avait en fait et en droit l'autorité d'agir au nom de la personne morale continue ainsi à relever des règles juridiques appropriées indépendamment des règles uniformes.

3. *Affectation des messages de données à signature numérique*

64. *"Projet d'article E*

1) L'expéditeur d'un message de données sur lequel est apposée la signature numérique de l'expéditeur est lié par le contenu du message de la même manière que

si celui-ci était signé [à la main] conformément au droit applicable au contenu du message.

2) Le destinataire d'un message de données sur lequel est apposée une signature numérique est en droit de considérer que le message de données provient bien de l'expéditeur, et d'agir en fonction de cette supposition si :

a) afin de s'assurer que le message de données est bien celui de l'expéditeur, le destinataire a appliqué correctement la clef publique de l'expéditeur au message de données tel que reçu et que l'application de la clef publique de l'expéditeur a permis de conclure : que le message de données reçu avait été chiffré à l'aide de la clef privée de l'expéditeur; et que le message initial n'a pas été altéré après avoir été chiffré à l'aide de la clef publique de l'expéditeur;

ou

b) le message de données tel que reçu par le destinataire résulte des actes d'une personne dont les relations avec l'expéditeur ou un agent de celui-ci ont permis à cette personne d'avoir accès à la clef cryptographique privée de l'expéditeur.

3) Le paragraphe 2 n'est pas applicable :

a) dès lors que le destinataire avait, ou aurait dû savoir, s'il s'était renseigné auprès du tiers authentificateur ou s'il avait pris des dispositions raisonnables, que la validité de la clef cryptographique publique de l'expéditeur avait expiré ou que le certificat émis par le tiers authentificateur avait été annulé ou suspendu ;

ou

b) dans un cas relevant de l'alinéa *b* du paragraphe 2, lorsque le destinataire savait, ou aurait dû savoir s'il avait pris des dispositions raisonnables ou utilisé une procédure convenue, que le message de données n'émanait pas de l'expéditeur."

Observations

65. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si la question de l'attribution des messages à signature numérique ne pourrait être traitée simplement par analogie avec l'article 13 de la Loi type. Le projet d'article E, qui prend comme modèle l'article 13 de la Loi type, vise à illustrer les principes énoncés à l'article 13 dans le cadre des signatures numériques. Il s'appuie sur l'idée de la nécessité d'une certitude quant à l'effet juridique des signatures numériques, actuellement considérées comme une procédure d'authentification très sûre. Le projet de disposition attribue une grande responsabilité à l'expéditeur d'un message sur lequel est apposée sa signature numérique. On peut rappeler que, en vertu de l'alinéa *c* de l'article 2 de la Loi type, le terme "expéditeur" désigne la personne par laquelle, ou au nom de laquelle, le message de données est réputé avoir été envoyé. Le projet de disposition illustre la nécessité pour tout usager d'une signature numérique de protéger sa clef privée, qui, si elle est appliquée pour chiffrer un message, créera une présomption absolue que le message était bien celui de l'expéditeur réputé avoir envoyé le message.

4. *Annulation des certificats*

66. *"Projet d'article F*

1) Le détenteur d'un couple certifié de clefs peut annuler le certificat correspondant. L'annulation joue dès l'instant où elle est [enregistrée][reçue] par le tiers authentificateur.

2) Le détenteur d'un couple certifié de clefs est tenu d'annuler le certificat correspondant lorsqu'il apprend que la clef cryptographique privée a été perdue, compromise ou risque d'être utilisée à mauvais escient à d'autres égards. Si le détenteur n'annule pas le certificat dans une telle situation, il est responsable de toute perte encourue par des tiers s'étant fiés au contenu des messages du fait que le détenteur a failli à son obligation d'annuler le certificat."

Observations

67. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, au cas où il serait prévu dans les règles uniformes sur les signatures numériques que l'annulation d'un certificat devient effective dès que celle-ci a été reçue par le tiers authentificateur, le paragraphe 4 du projet d'article H (Responsabilité) pourrait être supprimé dès lors qu'il n'y aurait aucun fondement à la responsabilité du tiers authentificateur pour faute ou négligence dans l'enregistrement de l'annulation.

5. *Registre des certificats*

68. *"Projet d'article G*

1) Tout tiers authentificateur homologué conservera un registre électronique auquel pourra accéder le public et qui énumérera les certificats délivrés, indiquant le moment auquel chaque certificat a été délivré, le moment de son expiration, ou encore le moment de sa suspension ou de son annulation.

2) Le registre sera conservé par le tiers authentificateur pendant au moins dix ans après la date d'annulation ou d'expiration de la période de validité de tout certificat émis par ce tiers authentificateur."

Observations

69. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si le registre des certificats doit être mis à la disposition du public ou si l'accès à ce registre doit, d'une manière ou d'une autre, être limité aux seules parties intéressées. Quant à la durée durant laquelle ce registre devra être conservé, le Groupe de travail voudra peut-être décider si une durée déterminée doit être l'objet d'une règle uniforme, si le choix de cette durée doit être laissé à la discrétion des États ou s'il y a lieu de prévoir un critère plus souple, par exemple la simple indication qu'il devrait être possible d'accéder au registre pour vérifier les certificats durant la période de validité de chaque certificat, et ce jusqu'à la fin de la période durant laquelle les messages comportant une signature numérique relevant des certificats

délivrés par le tiers authentificateur seraient utilisés ou auraient besoin d'être vérifiés, solution qui obligerait peut-être à prévoir plusieurs périodes, en fonction des lois existantes en matière de limitation et de prescription.

6. *Responsabilité*

70. *"Projet d'article H*

1) Un tiers authentificateur homologué sera responsable devant toute personne ayant agi de bonne foi et s'étant fiée à un certificat délivré par le tiers authentificateur, en cas de perte due à une faute d'enregistrement imputable au tiers authentificateur, à une défaillance technique ou à d'autres circonstances [même si la perte n'est pas imputable][si la perte est imputable] à une négligence de la part du tiers authentificateur.

2) *Variante X* La responsabilité pour toute perte individuelle ne dépassera pas [montant]. ... [l'État qui édicte la loi choisit l'organe ou l'autorité compétente chargée de réviser le montant maximum] peut modifier ce montant tous les deux ans pour tenir compte de l'évolution des prix.

Variante Y [l'État qui édicte la loi choisit l'organe ou l'autorité compétente chargée de promulguer des règlements ayant trait à la responsabilité] peut promulguer des règlements relatifs à la responsabilité des tiers authentificateurs.

3) Dans le cas où la partie ayant subi une perte y est pour quelque chose, soit délibérément, soit par négligence, l'indemnisation peut être réduite, voire ne pas être accordée du tout.

[4) Lorsqu'un tiers authentificateur homologué a été notifié de l'annulation d'un certificat, l'autorité enregistrera cette annulation immédiatement. Si l'autorité faillit à cette tâche, elle sera responsable de toute perte encourue par l'utilisateur.]"

Observations

71. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se pencher sur la question de savoir si une disposition sur la responsabilité devrait être assez vaste pour englober les cas autres que ceux de négligence dont se serait rendu coupable le tiers authentificateur. Il voudra peut-être également déterminer si, et dans quelle mesure, l'autonomie des parties devrait jouer, pour permettre aux tiers authentificateurs de contrôler, au moyen d'accords commerciaux avec les utilisateurs, l'étendue de leur responsabilité.

72. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager l'élaboration d'une disposition "sécurité" dans le sens que voici :

"Un tiers authentificateur qui applique [cette loi][ces règles] et toute autre loi ou contrat applicable n'est pas tenue responsable en cas de perte

1) encourue par le détenteur d'un certificat délivré par ce tiers authentificateur du fait que le détenteur a fait confiance à ce certificat, ou

2) causée par la confiance en un certificat délivré par ce tiers authentificateur à une signature numérique vérifiable au moyen d'une clef publique énumérée dans un certificat émis par ce tiers authentificateur, ou à une information figurant dans un tel certificat."

7. *Questions ayant trait à la certification croisée*

73. *"Projet d'article 1er*

1) Les certificats émis par les tiers authentificateurs d'un autre pays peuvent être utilisés pour une signature numérique selon les mêmes modalités que les signatures numériques soumises [à la présente loi][aux présentes règles] s'ils sont reconnus par un tiers authentificateur homologué et que celui-ci garantit, à l'instar de ce qu'il fait pour ses propres certificats, que les détails figurant dans le certificat sont corrects et, en outre, que le certificat est valable et en vigueur.

2) ... [l'État qui édicte la loi choisit l'organe ou le tiers authentificateur chargé d'établir les règles relatives à l'approbation des certificats étrangers] est autorisé à approuver les certificats étrangers et à adopter des règles spécifiques régissant cette approbation."

Observations

74. Le projet d'article 1er s'appuie sur la notion selon laquelle la reconnaissance des certificats étrangers devrait relever de l'autorité locale de certification, sur le mode de la réciprocité. Lors de son examen des questions de certification croisée, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question de savoir si une réciprocité pleine et entière doit être garantie ou si des garanties quant à l'exactitude et à la validité des certificats étrangers n'ont pas nécessairement à être données au même niveau par toutes les autorités faisant partie du mécanisme de certification croisée. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également déterminer si l'intervention de l'État s'imposerait nécessairement s'agissant de la reconnaissance des certificats étrangers.

75. À titre de variante du projet d'article 1er, le Groupe de travail pourrait envisager la démarche adoptée dans les projets de loi de certains pays, dans le cadre desquels la reconnaissance de certificats étrangers ne peut intervenir que sur la base d'accords internationaux bilatéraux ou multilatéraux.

8. *Relations entre utilisateurs et tiers authentificateurs*

76. *"Projet d'article J*

1) Le tiers authentificateur n'a le droit de demander que les renseignements qui lui sont nécessaires pour identifier l'utilisateur.

2) À la demande d'une personne morale ou physique, le tiers authentificateur divulgue les renseignements suivants :

a) les conditions dans lesquelles le certificat peut être utilisé ;

b) les conditions déterminant l'utilisation des signatures numériques ;

c) le coût des services donnés par le tiers authentificateur ;

d) la politique ou les pratiques du tiers authentificateur s'agissant de l'utilisation, de la mise en mémoire et de la communication de renseignements d'ordre personnel ;

e) les prescriptions techniques du tiers authentificateur s'agissant du matériel de communication de l'utilisateur ;

f) les conditions dans lesquelles le tiers authentificateur met en garde les usagers en cas d'irrégularité ou de défaut de fonctionnement du matériel de communication ;

g) toute limite à la responsabilité du tiers authentificateur ;

h) toutes restrictions imposées par le tiers authentificateur s'agissant de l'utilisation du certificat ;

i) les conditions dans lesquelles l'utilisateur est en droit de restreindre l'utilisation du certificat.

3) Les renseignements énumérés au paragraphe 1 seront communiqués à l'utilisateur avant la conclusion définitive d'un accord de certification. [Ces renseignements peuvent être communiqués par le tiers authentificateur dans le cadre d'une déclaration de la pratique de certification.]

4) Avec un préavis [d'un mois], l'utilisateur peut mettre fin à l'accord le rattachant à un tiers authentificateur. Ce préavis prend effet une fois qu'il a été reçu par le tiers authentificateur.

5) Avec un préavis [de trois mois], le tiers authentificateur peut mettre fin à l'accord le rattachant à un tiers authentificateur. Ce préavis prend effet dès qu'il a été reçu."

III. INCORPORATION PAR RÉFÉRENCE

A. Point du débat

77. À la vingt-huitième session du Groupe de travail, il a été proposé d'inclure dans le projet de Loi type de la CNUDCI sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et des moyens connexes de communication une disposition suivant de laquelle certains termes et conditions, qui pourraient être incorporés dans un enregistrement de données par simple référence, se verraient reconnaître les mêmes effets juridiques que s'ils avaient été énoncés expressément dans le texte de l'enregistrement de données. Il a été déclaré que la question de l'incorporation par référence de certains termes dans des messages EDI était essentielle pour les utilisateurs de l'EDI et qu'il importait d'éviter toute incertitude lorsque cette méthode était utilisée. Il a été déclaré que l'on pouvait avancer que l'EDI était essentiellement un système d'incorporation par référence, car les messages EDI seraient sans objet et auraient peu de valeur contractuelle si n'y étaient pas incorporées par référence les normes pertinentes de communication. Il a été décidé que le Groupe de travail, à une session ultérieure, examinerait la question de l'incorporation de termes et conditions dans un message de données par simple référence à ces termes et conditions (A/CN.9/406, par. 90 et 178).

78. À la vingt-neuvième session du Groupe de travail, deux projets de dispositions sur l'incorporation par référence ont été proposés, l'un par l'Observateur de la Chambre de commerce internationale (A/CN.9/WG.IV/WP.65) et l'autre par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (A/CN.9/WG.IV/WP.66). L'opinion dominante a été que la question n'était pas encore prête à être incluse dans la Loi type et méritait une étude plus approfondie. Il a été dit que les deux propositions présentées au Groupe de travail devaient être précisées davantage sur un certain nombre de points tels que le point de savoir quels termes seraient incorporés et dans quelles circonstances. De plus, il a été dit que les deux propositions risquaient de paraître empiéter sur les règles générales du droit des contrats. Il a été déclaré en outre que l'incorporation par référence en milieu électronique n'avait pas à être traitée dans la Loi type, puisqu'elle soulevait essentiellement les mêmes questions que l'incorporation par référence en milieu papier, lesquelles étaient traitées dans le droit général des contrats. Enfin, il a été dit qu'une disposition faisant une distinction entre l'incorporation par référence dans les communications sur papier et dans les communications EDI serait incompatible avec l'approche suivie jusqu'à présent par le Groupe de travail, laquelle visait à assurer la "neutralité" quant aux moyens employés. Il a été dit, en réponse, qu'il y avait, parmi les praticiens, le sentiment que le problème de l'incorporation par référence était plus complexe en milieu EDI qu'en milieu papier, notamment parce que le nombre des communications en jeu était plus grand et que les termes incorporés par référence risquaient d'être plus difficiles à déterminer s'ils prenaient la forme de messages de données. Des praticiens pensaient aussi qu'il y avait besoin de dispositions spécifiques traitant de l'incorporation par référence dans le contexte des communications électroniques. Une autre question était que, en raison du nombre des messages de données intervenant dans une relation contractuelle particulière menée par EDI, le problème de la "bataille des formules" risquait particulièrement de surgir dans le contexte des communications électroniques. Le Groupe de travail est convenu que la question de l'incorporation par référence aurait peut-être besoin d'être examinée davantage dans le cadre de travaux à venir (A/CN.9/407, par. 100 à 105 et 117).

79. À sa trentième session, le Groupe de travail a été généralement d'avis que des travaux sur l'incorporation par référence dans le contexte de l'EDI étaient nécessaires. Selon une opinion, il faudrait, si l'on tentait d'établir des normes juridiques pour l'incorporation de clauses de référence dans des messages de données, que les trois conditions suivantes soient respectées : *a)* la clause de référence devrait être insérée dans le message de données; *b)* le

document référencé, par exemple des conditions générales, devrait être effectivement connu de la partie contre laquelle il peut être invoqué; et *c)* le document référencé devrait être accepté, en sus d'être connu, par cette partie. De l'avis général, il convenait de traiter le sujet de l'incorporation par référence dans le cadre de travaux plus généraux sur les questions des registres et des fournisseurs de services (A/CN.9/421, par. 114). De l'avis général de la vingt-neuvième session de la Commission, la question pourrait être traitée dans le cadre des travaux sur les tiers authentificateurs[8].

B. Éventuelle nécessité de prévoir des règles uniformes relatives à l'incorporation par référence

80. L'incorporation par référence est un moyen concis de renvoyer de manière générale, dans un document, à des dispositions énoncées ailleurs, plutôt que de les reproduire intégralement. Par exemple, ce moyen rend inutile d'énoncer des termes normalisés fort longs, lors de la négociation ou de la conclusion d'un contrat. Les termes peuvent ainsi être incorporés dans le document ou le message de données qui y renvoie par le simple fait d'identifier suffisamment les termes et d'indiquer l'intention de les inclure. Dans un milieu électronique, l'incorporation par référence peut être définie comme la méthode au moyen de laquelle un message ou un enregistrement de données (ou une partie de l'information qui y figure) devient partie intégrante d'un autre message de données ou enregistrement distinct en renvoyant dans le premier au second, et en déclarant que le premier sera considéré comme partie intégrante du second comme s'il y était énoncé intégralement.

1. *Règles classiques élaborées dans un milieu papier*

a) *Incorporation par référence*

81. Les questions juridiques que pose l'incorporation par référence sont bien connues dans le contexte des communications sur papier, et de nombreux systèmes juridiques comportent des règles précises déterminant les conditions juridiques dans lesquelles une information qui ne figure pas expressément et intégralement dans un document écrit peut être considérée, au plan juridique, comme faisant partie intégrante de ce document. Par exemple, dans certaines conditions, le renvoi à un ou plusieurs INCOTERMS, tels que "port payé jusqu'à" ou "port payé assurance comprise jusqu'à" peut être utilisé dans un bon de commande ou une facture, en conséquence de quoi les INCOTERMS seront considérés comme étant l'un des termes du contrat de vente correspondant, sans que la définition effective de l'un ou l'autre terme soit énoncée intégralement dans l'un ou l'autre des documents contractuels. L'incorporation par référence des INCOTERMS peut être facilitée par le fait que ces termes ont été établis par la Chambre de commerce internationale (CCI), spécifiquement pour figurer dans des contrats sous une désignation en abrégé ou un acronyme qui sont largement connus et dont la CCI et la CNUDCI recommandent tous deux l'utilisation. Un autre exemple d'un texte souvent incorporé par référence est celui des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 500), élaborées par la CCI. Le raisonnement juridique permettant qu'un texte tel que les RUU 500 soit incorporé par référence dans un contrat serait fondé sur la reconnaissance qu'un tel texte englobe une pratique largement connue et acceptée dans le monde entier et est censée être connue par toutes les parties en jeu.

82. En l'absence d'une telle présomption, les conditions énoncées dans les lois nationales visant à reconnaître l'incorporation par référence peuvent comporter des prescriptions strictes, telles que la connaissance effective de l'information incorporée par référence par toutes les parties, voire l'approbation expresse de cette information par la partie contre laquelle elle peut être invoquée. Cela dit, en vertu de certaines autres lois nationales, les prescriptions autorisant l'incorporation par référence sont plus souples. Par exemple, certaines des conditions juridiques prévues pour l'incorporation par référence peuvent insister sur la clarté de la clause au moyen de laquelle l'incorporation par référence est effectuée ou sur la facilité d'accès de l'information incorporée par référence.

b) *"Bataille des formules"*

83. Il y a lieu de ne pas confondre la question de l'incorporation par référence et celle, plus générale, connue sous le nom de "bataille des formules". Cette bataille de formules peut intervenir, par exemple, lorsque les conditions générales proposés par un acheteur figurent en petits caractères au dos de son bon de commande, alors qu'un ensemble différent de conditions générales figure au dos de la facture du vendeur. Dans le cas où acheteur et vendeur n'ont conclu aucun accord quant aux conditions régissant un contrat donné, et où deux séries de conditions incompatibles ont été communiquées par les parties au dos de leurs documents contractuels, il faudra peut-être mettre fin à l'incertitude quant aux conditions censées régir la transaction. Dans de nombreux pays, des règles de droit des contrats ont été élaborées aux fins de mettre un terme à cette ambiguïté.

2. *Questions soulevées dans le cadre du commerce électronique*

a) *Utilisation généralisée de l'incorporation par référence*

84. L'incorporation par référence est indispensable à l'usage généralisé de l'échange de données électroniques (EDI), au courrier électronique, aux certificats numériques et à d'autres modalités de commerce électronique. Par exemple, les communications au moyen de messages EDI normalisés et les communications électroniques de manière générale sont le plus souvent structurées de telle sorte qu'un nombre important de messages sont échangés, chaque message comportant une information et comptant bien plus souvent que dans le cas des documents papier sur le renvoi à des informations disponibles ailleurs. L'EDI et d'autres types de données très structurées et répondant à des formats très précis utilisent amplement l'incorporation par référence pour rendre le traitement de données plus efficace.

[8] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 222.

Lors de séances antérieures du Groupe de travail, il a été dit que l'EDI et divers autres moyens de commerce électroniques étaient essentiellement des systèmes d'incorporation par référence. Sur un plan très pratique, les messages EDI risquent d'être assortis d'un degré de certitude juridique moindre, à moins que l'on précise la validité et l'effectivité de l'incorporation par référence aux termes, conditions, clauses, accords, normes, règles ou directives juridiques, techniques et administratifs pertinents qui peuvent s'appliquer à ces messages.

85. S'agissant des situations où une "bataille des formules" aurait lieu dans un milieu papier, il ne faut pas oublier que les communications électroniques ne sont pas prévues, et moins encore équipées, pour transmettre avec chaque message des textes tels que les conditions générales qui figurent le plus souvent au dos des documents papier. Il serait à la fois coûteux et peu efficace d'inclure toutes les conditions pertinentes. Procéder de la sorte ralentirait, voire bloquerait la communication électronique, et peut-être même réduirait l'efficacité de la notification de l'information en obligeant les parties en jeu à imprimer ou à consulter des textes aussi longs. Il est donc indispensable d'élaborer des règles déterminant les moyens par lesquels ce genre de texte pourrait être considéré comme étant incorporé dans un message. L'objectif de telles règles, si possible, serait de limiter, en milieu électronique, les difficultés qui résultent d'une bataille des formules en milieu papier ou, tout au moins, de faire en sorte que les solutions élaborées par de nombreuses lois nationales dans le but de résoudre ces difficultés dans un environnement papier puissent également jouer dans l'environnement électronique. Il y a lieu de noter que l'élaboration de telles règles n'obligerait pas forcément à modifier les solutions susceptibles de découler des lois nationales quant à la question de savoir comment résoudre une "bataille des formules".

86. Les normes permettant l'incorporation par référence de messages de données dans d'autres messages de données peuvent également être essentielles s'agissant de l'utilisation des certificats de clefs publiques, étant donné que ces certificats sont généralement des enregistrements brefs ayant un contenu strictement prescrit et de taille limitée. Par contre, le tiers de confiance qui émet le certificat exigera vraisemblablement d'y faire figurer les termes pertinents limitant sa responsabilité. Le champ d'application, la finalité et l'effet d'un certificat en pratique commerciale seraient donc ambigus et empreints d'incertitude si des termes externes n'y étaient pas incorporés par référence. C'est le cas notamment dans le contexte de communications internationales mettant en jeu diverses parties qui suivent des pratiques et coutumes commerciales diverses.

87. Il a été dit à maintes reprises lors de sessions antérieures du Groupe de travail que l'élaboration de normes pour l'incorporation de messages de données par référence dans d'autres messages de données est indispensable à la croissance de l'infrastructure commerciale sur ordinateur. Sans la certitude juridique découlant de ces normes, les transactions commerciales informatisées s'alourdiraient d'énormes quantités de matériel, difficiles à manier par les parties en jeu ainsi que par le système au moyen duquel la transaction se fait. En l'absence de telles normes uniformes, les critères traditionnellement utilisés pour déterminer la force exécutoire des termes et conditions incorporés par référence risquent beaucoup d'être inefficaces lorsqu'ils sont appliqués dans le commerce électronique, étant donné les différences entre les mécanismes de ce commerce et ceux des opérations commerciales classiques. Par exemple, certains moyens juridiques classiques permettant de vérifier l'incorporation par référence concernent la question de savoir si les termes incorporés sont "clairs et évidents", s'ils contiennent "des mots de référence témoignant d'une intention explicite d'incorporer" ou si l'incorporation prévue est "claire et convaincante". Ces moyens pourraient créer des obstacles involontaires au désir de faciliter le commerce international. Des règles spécifiques s'imposent peut-être étant donné que les méthodes utilisées pour notifier et assurer l'accès à l'information peuvent ne pas être les mêmes dans le commerce électronique et dans le milieu papier, d'où l'éventualité que, dans certaines juridictions, les règles classiques régissant l'incorporation par référence pourraient avoir comme effet une discrimination injustifiée dont le commerce électronique ferait les frais.

b) *Facilité d'accès au texte incorporé*

88. Le commerce électronique compte beaucoup sur le mécanisme de l'incorporation par référence. Cependant, et en même temps, la facilité d'accès au texte intégral de l'information auquel il est fait référence peut être améliorée de beaucoup par le recours aux communications électroniques. Par exemple, un message peut comporter des releveurs uniformes de ressources qui orientent le lecteur vers un document référencé. Ces releveurs uniformes de ressources peuvent constituer des "liaisons hypertexte" qui permettent au lecteur de pointer et cliquer (par exemple à l'aide d'une souris) sur un mot clef associé au releveur uniforme de ressources, faisant alors apparaître le texte référencé.

89. Les mêmes méthodes peuvent être utilisées dans le contexte électronique pour assurer la facilité d'accès de tous les utilisateurs à un ensemble varié de textes, tels que : *a)* les textes consacrant la pratique commerciale établie (par exemple RUU 500); *b)* les normes techniques régissant la communication; *c)* les certificats de pratique émis par les tiers authentificateurs; et *d)* des renseignements plus spécifiques tels que les termes et conditions d'une entreprise. On ne saurait toutefois se fier entièrement à l'effet juridique de ces méthodes sans disposer de normes au moyen desquelles des messages de données peuvent être incorporés par référence dans d'autres messages de données.

90. La nécessité d'établir des règles sur l'incorporation par référence dans un milieu électronique provient tant de la fréquence avec laquelle les messages de données se réfèrent à des renseignements enregistrés ailleurs que de la disponibilité des moyens techniques qui font que la vérification de cette information est plus facile et plus rapide que dans un environnement papier.

C. Dispositions éventuelles

91. Lors de l'élaboration d'éventuelles dispositions relatives à l'incorporation par référence en commerce électronique, le Groupe de travail souhaitera peut-être garder à

l'esprit que, dans certaines juridictions, les règles existantes destinées à être utilisées dans un milieu papier s'inspirent de la notion que les termes ou autres renseignements incorporés devraient être appelés de manière appropriée à l'attention du destinataire, ou d'un tiers, selon que de besoin. Lorsque ces règles existent, il serait peut-être opportun qu'elles jouent, que l'incorporation par référence se fasse au moyen de l'EDI ou par tout autre moyen de communication.

92. Il semblerait néanmoins possible d'établir un principe général précisant que l'incorporation par référence est efficace en commerce électronique, à condition qu'il soit précisé que ce principe n'a aucun effet sur des règles déjà existantes ayant trait : *a)* à l'obligation selon laquelle le contenu des termes ou de tout autre renseignement ou le lieu où on peut les trouver soit appelé à l'attention de toute partie à qui il doit s'appliquer, ou soit accessible à cette partie; ou *b)* à toute disposition juridique en vertu de laquelle ces termes doivent être acceptés avant qu'ils ne puissent faire partie d'un contrat. Le principe essentiel est que l'utilisation de l'incorporation par référence doit être reconnue de telle sorte que le fait que l'information figure ailleurs, et seulement ailleurs, n'empêche pas en soi que l'information fasse partie du message de données dans lequel il y est fait référence.

93. Le Groupe de travail souhaitera peut-être reprendre son examen des questions de l'incorporation par référence en se fondant sur les deux variantes suivantes :

Variante A

À moins qu'il n'en soit décidé autrement, lorsque des termes, conditions, clauses, accords, normes, règles ou directives [suffisamment][raisonnablement] faciles d'accès sont référencés en totalité ou en partie dans un message de données, dans l'intention [manifeste] de les incorporer comme étant partie intégrante du contenu ou d'être lié par eux, ces termes seront considérés comme étant incorporés par référence dans ce message de données. Entre les parties, ces termes auront les mêmes effets juridiques et auront force de loi, comme s'ils avaient été énoncés intégralement dans le message de données, et ce dans la mesure autorisée par la loi.

Variante B

1) Cet article s'applique lorsque l'information enregistrée ou communiquée dans un message de données se réfère, ou n'est entièrement vérifiable que par référence, à une information enregistrée ailleurs ("l'information complémentaire").

2) Sous réserve du paragraphe 4, le message de données aura le même effet que si l'information complémentaire figurait expressément dans le message de données et était vérifiable uniquement par référence, si le message de données :

a) identifie l'information complémentaire :

i) au moyen d'un nom ou d'une description générique; et

ii) en identifiant l'enregistrement, ainsi que les parties de cet enregistrement, contenant l'information complémentaire et, lorsque cet enregistrement n'est pas ouvertement disponible, le lieu où il peut se trouver; et

b) indique expressément ou comporte l'implication claire que le message de données devrait avoir le même effet que si l'information complémentaire était exprimée intégralement dans le message de données.

3) Rien dans le présent article n'affecte :

a) toute règle de droit en vertu de laquelle il faut donner notification suffisante du contenu d'une information enregistrée ailleurs, ou de l'enregistrement ou de l'endroit où cette information peut se trouver, ou en vertu de laquelle cet enregistrement ou emplacement doit être accessible à une autre personne; ou

b) toute règle de droit ayant trait à l'acceptation d'une offre aux fins de l'établissement d'un contrat.

IV. PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ*

Guide de la législation des projets d'infrastructure à financement privé : projet de chapitres : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/438 et Add.1 à 3) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Pages

[A/CN.9/438]

INTRODUCTION 272

Annexe. Projet de Guide de la législation des projets d'infrastructure à financement privé 273

[A/CN.9/438/Add.1]

I. CHAMP D'APPLICATION, BUT ET TERMINOLOGIE DU GUIDE 284
- A. Transactions traitées dans le Guide 284
- B. Objectif du Guide 284
- C. Terminologie utilisée dans le Guide 284

[A/CN.9/438/Add.2]

II. PARTIES AUX PROJETS ET PHASES D'EXÉCUTION 286
- A. Généralités 286
- B. Secteur privé et infrastructures publiques 286
- C. Financement sur projet 287
- D. Parties au projet 287
  1. Gouvernement du pays d'implantation 287
  2. Promoteurs et société chargée du projet 288
  3. Bailleurs de fonds et institutions financières internationales 288
  4. Autres sources de capitaux 289
  5. Entreprises de construction et fournisseurs 289
  6. Sociétés d'exploitation et de maintenance 289
  7. Assureurs 290
- E. Phases d'exécution 290
  1. Définition du projet 290
  2. Sélection des promoteurs 291
  3. Phase de préparation de l'exécution 291
  4. Phase de construction 291
  5. Phase d'exploitation 292
  6. Expiration de l'accord de projet 292

*La Commission voudra peut-être dorénavant, au sujet de son travail dans ce domaine, employer les mots "projets d'infrastructure à financement privé" plutôt que ceux de "projets de construction-exploitation-transfert" (CET) utilisés jusqu'à présent. Bien que servant parfois à désigner de manière générique différentes formes de financement privé de projets d'infrastructure publique à proprement parler, le sigle CET ne correspond qu'à un type particulier de projets d'infrastructure à financement privé. Néanmoins, la pratique dans ce domaine continuant d'évoluer, différents types d'arrangements nouveaux ne relèvent pas exclusivement de la catégorie CET; il existe d'autres formes de financement des projets : "construction-possession-exploitation", "construction-possession-exploitation-transfert", "construction-possession-location-transfert" et "construction-location-transfert", pour n'en mentionner que quelques-unes. La dénomination proposée a pour intérêt de dire clairement que le travail de la Commission dans ce domaine s'étend à tous les arrangements concernant les projets d'infrastructure publique dans lesquels intervient un financement privé, y compris, mais non pas seulement, les arrangements CET.

Pages

[A/CN.9/438/Add.3]

V. MESURES PRÉPARATOIRES 292
A. Le site du projet 292
1. Acquisition de terrains pour la construction de l'installation 292
2. Droit de passage et autres servitudes 294
B. Constitution du concessionnaire 295
1. Le concessionnaire en tant que consortium 295
2. Le concessionnaire en tant que personne morale indépendante 296
C. Autorisations et licences 298

[A/CN.9/438]

INTRODUCTION

1. À sa vingt-neuvième session, en 1996, la Commission a décidé d'élaborer un guide législatif concernant les projets de construction-exploitation-transfert (CET) et les types de projets apparentés[1]. La Commission a pris sa décision après avoir examiné un rapport établi par le Secrétaire général qui contenait des renseignements sur les travaux entrepris par d'autres organisations dans ce domaine ainsi qu'un aperçu des questions régies, dans les différents pays, par les lois relatives à ces arrangements (A/CN.9/424).

2. Il a été dit qu'à la différence de ce qui se passe dans les projets à financement public, dans lesquels il incombe entièrement au gouvernement de mettre en œuvre le projet, y compris d'obtenir des moyens de financement et de garantir leur remboursement, dans le cas des projets d'infrastructure à financement privé, le gouvernement charge une entité privée de concevoir, d'entretenir et d'exploiter une installation d'infrastructure en échange du droit de faire payer soit au public, soit à l'État l'utilisation de l'installation ou les services ou les biens qu'elle produit.

3. Dans ses délibérations, la Commission a pris note de l'intérêt que les projets CET et d'autres formes de participation privée dans des projets d'infrastructure publique ont suscité dans de nombreux États, en particulier dans les pays en développement, le succès de ces projets permettant aux États de faire d'importantes épargnes et d'affecter à d'autres fins, pour répondre à des besoins sociaux plus pressants, des fonds publics qui, autrement, auraient été investis dans l'infrastructure. En outre, le projet étant construit et, pendant la période de concession, exploité par la société qui en est chargée, le pays d'implantation du projet bénéficie des compétences du secteur privé en matière d'exploitation et de gestion d'une telle infrastructure. Les pouvoirs publics peuvent, en particulier, compter sur des gains d'efficacité et un service de grande qualité qui, parfois, ne peuvent pas être assurés par des monopoles d'État autorégulés.

4. La Commission a cependant relevé que les projets CET et les projets analogues pouvaient être assez complexes et que leur mise en œuvre nécessitait un cadre juridique favorable qui suscite la confiance des investisseurs nationaux ou étrangers potentiels tout en protégeant les intérêts publics. Elle a donc considéré utile de définir les lignes directrices dans le domaine législatif à l'intention des États qui se dotent d'une législation concernant ces projets ou modernisent celle qui existe déjà. À la demande de la Commission, le Secrétariat a passé en revue les questions qui pouvaient constituer la matière d'un tel guide et a établi un avant-projet qu'il soumet à la Commission dans le présent rapport, pour examen.

5. Le document reproduit à l'annexe du présent rapport contient une table des matières énumérant les sujets dont le guide pourrait traiter et qui sont suivis d'annotations relativement détaillées concernant les questions qu'il est suggéré d'examiner à leur propos. Ces annotations sont proposées à la Commission pour lui permettre de décider en connaissance de cause de la structure proposée du guide et de sa teneur. En établissant ce document, le Secrétariat a tenu compte d'un certain nombre de questions qui font l'objet, dans beaucoup de pays, de lois et règlements concernant les projets d'infrastructure à financement privé. Néanmoins, il suggère non pas qu'il faille, dans le guide, recommander de traiter toutes ces questions au niveau législatif, mais de considérer s'il est opportun de le faire, en laissant aux parties aux accords concernant l'application des projets le soin d'apporter des réponses aux autres.

6. Afin de donner à la Commission une idée claire de ce en quoi pourrait consister le guide et de son degré de détail, le Secrétariat a aussi rédigé des avant-projets du chapitre premier "Objet, but et terminologie du Guide", du chapitre II "Parties et phases des projets d'infrastructure à financement privé" et du chapitre V relatif à la préparation (A/CN.9/438/Add.1 à 3).

7. Ce faisant, le Secrétariat s'est attaché à concilier ce qui peut être fait pour attirer des investissements privés au service de projets d'infrastructure et la nécessité de protéger les intérêts du gouvernement du pays d'implantation et des utilisateurs des installations d'infrastructure.

8. La Commission voudra peut-être faire des observations au sujet du projet de structure du guide et des lignes directrices concernant les questions dont l'examen est suggéré dans le présent document, pour permettre au Secrétariat de rédiger les projets de chapitres restants du guide pour la prochaine session de la Commission, en 1998.

---

[1]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-neuvième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), par. 225 à 230.

ANNEXE

PROJET DE GUIDE DE LA LÉGISLATION DES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

TABLE DES MATIÈRES ANNOTÉE

INTRODUCTION

A. Origine du Guide

B. Économie générale du Guide

C. Recommandations et exemples de dispositions

Note

1. De même que ce qui a été fait pour les introductions au Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles[a] et au Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations d'échanges compensés[b], il est suggéré que l'introduction explique l'origine du Guide, son économie générale et son style, ainsi que la nature de ses recommandations et donne d'autres informations du même genre.

I. OBJET, BUT ET TERMINOLOGIE DU GUIDE

A. Opérations qui font l'objet du Guide

B. Objet du Guide

C. Terminologie employée dans le Guide

Notes

2. Il est suggéré dans le premier chapitre du Guide de donner des renseignements sur les opérations sur lesquelles il porte ainsi que sur son objet, de même que d'expliquer les termes fréquemment employés.

3. Un projet initial du chapitre premier est reproduit dans le document A/CN.9/438/Add.1.

II. PARTIES ET PHASES DES PROJETS D'INFRASTRUCTURE À FINANCEMENT PRIVÉ

A. Généralités

B. Secteur privé et infrastructures publiques

C. Financement sur projet

D. Parties au projet

1. Gouvernement du pays d'implantation
2. Promoteurs et société chargée du projet
3. Bailleurs de fonds et institutions financières internationales
4. Autres sources de capitaux
5. Entreprises de construction et fournisseurs
6. Sociétés d'exploitation et de maintenance
7. Assureurs

E. Phases d'exécution

1. Définition du projet
2. Sélection des promoteurs
3. Phase de préparation de l'exécution
4. Phase de construction
5. Phase d'exploitation
6. Cessation du projet

Notes

4. Il est proposé que le chapitre II, en tant qu'introduction aux projets d'infrastructure à financement privé, contienne des observations générales sur le financement du projet, les parties aux projets d'infrastructure à financement privé et les phases d'exécution de ces projets. L'objet du chapitre II est de donner au lecteur des informations générales et de lui permettre de choisir plus facilement, en connaissance de cause, les solutions que la loi pourrait apporter aux questions examinées ultérieurement dans le Guide.

5. Un avant-projet de chapitre II est reproduit dans le document A/CN.438/Add.2.

III. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LA LÉGISLATION

A. Cadre juridique des projets d'infrastructure à financement privé

1. Autorisation législative
2. Approches législatives aux projets d'infrastructure

B. Autres domaines pertinents de la législation

1. Droit commercial général et régime foncier
2. Règlement des différends
3. Droit des investissements et de la fiscalité

C. Législation nationale et accords internationaux

1. Accords de protection des investissements internationaux
2. Instruments du commerce international

Notes

A. Cadre juridique des projets d'infrastructure à financement privé

6. Au début du chapitre III, il est proposé d'examiner deux questions relatives au cadre juridique général des projets d'infrastructure à financement privé : l'autorisation législative permettant aux autorités du pays d'implantation d'entreprendre de tels projets et le régime juridique auquel sont soumis ces projets.

7. La mise en œuvre de projets d'infrastructure à financement privé peut nécessiter l'adoption de textes législatifs ou de règlements spéciaux, particulièrement dans les pays où c'est le gouvernement seul qui fournit les "services publics" ou qui construit ou développe l'infrastructure. Dans ceux qui ont l'habitude d'accorder des concessions au secteur privé pour la fourniture de "services publics" ou la réalisation de "travaux publics", il peut exister des règles générales selon lesquelles, en principe, toute activité qui est exercée par l'État et qui a une valeur économique faisant qu'elle peut être exploitée par des entreprises privées peut être confiée au

[a] Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.9.

[b] Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.V.7.

secteur privé. Parfois, une telle législation générale définit les domaines d'activité ou les types d'infrastructure qui peuvent être fournis ou mis en œuvre par des entités privées. Une approche différente est suivie dans les pays qui ne disposent pas d'une telle législation générale ou qui ont préféré adopter des lois spécifiques concernant des projets d'infrastructure à financement privé dans tel ou tel domaine d'activité. Dans certains, le législateur a jugé bon d'adopter des lois spécifiques concernant l'exécution et l'exploitation d'un ou de plusieurs projets individuels. Il est proposé d'examiner les avantages et les limites que peut présenter une législation générale et ceux d'une législation propre à un projet ou à un secteur et la possibilité de conjuguer les deux approches.

8. En légiférant en général ou de manière spécifique, dans un certain nombre d'États, les autorités ont jugé souhaitable de proclamer sous une forme ou une autre les principes qu'elles entendaient appliquer à la participation du secteur privé dans les services et les équipements publics ou d'expliquer leurs objectifs. Les déclarations de principe peuvent être utiles pour redonner aux promoteurs potentiels, aux preneurs de participation et aux bailleurs de fonds l'assurance que, dans le pays d'implantation, les projets d'infrastructure à financement privé bénéficient de l'appui de l'État. En outre, en déclarant publiquement sa volonté de poursuivre une politique favorable aux projets d'infrastructure à financement privé, l'État peut accomplir une œuvre instructive en faisant savoir comment les principes qu'il adopte au sujet des projets d'infrastructure publique à financement privé peuvent être utiles au pays.

9. Une autre question dont l'étude est proposée est le régime juridique des projets d'infrastructure à financement privé. Dans certains pays, les relations entre l'entreprise chargée du projet et le gouvernement sont considérées comme de nature contractuelle, ce qui place les deux parties en position essentiellement d'égalité. Dans d'autres, particulièrement dans un certain nombre de pays de droit romain, les projets d'infrastructure à financement privé relèvent de catégories bien définies et de ce que l'on appelle souvent "le droit administratif" (voir chap. Ier, "Objet, but et terminologie du Guide"). Ces différences d'approche au régime juridique de l'accord entre l'entreprise chargée du projet et l'État peuvent avoir des conséquences pratiques considérables.

B. Autres domaines pertinents de la législation

10. En plus des questions relatives à la législation directement applicable aux projets d'infrastructure à financement privé, il est proposé d'examiner dans une section distincte l'impact que d'autres domaines de la législation peuvent avoir sur la réussite de ces projets.

11. Le droit commercial du pays hôte est très important pour faciliter la mise en œuvre du projet. Les projets d'infrastructure à financement privé sont souvent exécutés par des entreprises créées spécialement à cette fin par les promoteurs. Il importe donc que la législation des entreprises dans le pays d'implantation soit adéquate et comporte des dispositions correspondant à notre époque au sujet de questions essentielles telles que les règles de constitution, la structure de la direction, l'émission d'actions, obligations ou obligations non garanties, ainsi que leur vente ou leur transfert, les relevés de compte et les états financiers, et la protection des actionnaires minoritaires. Il importe aussi que la législation relative aux contrats et aux titres fournisse des solutions qui répondent aux besoins de la société chargée du projet et des bailleurs de fonds, y compris permette de céder les effets à recevoir produits par le projet et de concevoir les contrats avec souplesse en fonction des besoins de la construction ou de l'exploitation de l'installation d'infrastructure. La législation bancaire commerciale peut en outre faciliter les opérations courantes de la société chargée du projet. Des solutions correspondant à notre époque peuvent être apportées à un certain nombre de questions posées par le droit commercial à partir de textes internationaux existants, y compris les conventions et les lois types qui résul- tent des travaux de la CNUDCI, par exemple la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

12. Il est aussi souhaitable que le régime foncier du pays hôte corresponde à des normes acceptables modernes et contienne des dispositions adéquates au sujet de la propriété et de l'utilisation des terrains et des bâtiments, ainsi que des biens mobiliers et de la propriété intellectuelle (droits d'auteur, marques de commerce), de sorte que la société chargée du projet puisse acheter, vendre et transférer des biens, et autoriser leur utilisation le cas échéant. En particulier, en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, il est possible de créer un cadre juridique en adhérant à des accords internationaux concernant la protection et l'enregistrement des droits de propriété internationaux.

13. Le cadre juridique relatif au règlement des différends dans le pays d'implantation du projet est aussi important pour la mise en œuvre de projets d'infrastructure à financement privé. Les promoteurs, les entrepreneurs et les bailleurs de fonds seront peut-être plus enclins à participer à des projets dans des pays où les conditions juridiques de règlement des différends sont attrayantes et internationalement acceptables, comme celles que crée la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Le bon fonctionnement du système judiciaire dans le pays d'implantation, la rapidité des procédures devant les tribunaux et l'existence de formes de recours qui conviennent pour les différends commerciaux sont autant d'éléments dont il convient de tenir compte, de même que la possibilité de la reconnaissance et de l'exécution de décisions d'arbitrage étranger.

C. Législation nationale et accords internationaux

14. Dans la dernière section du chapitre III, il est proposé à la Commission d'examiner l'intérêt pour la législation du pays d'implantation applicable aux projets d'infrastructure à financement privé que pourraient présenter des accords internationaux facilitant et encourageant le commerce mondial ou régional de biens et de services.

15. Ces accords internationaux peuvent comporter des dispositions concernant l'élimination des obstacles à l'importation de biens ou à la fourniture de services par des étrangers dans les États parties. Elles pourraient être intéressantes en droit interne lorsque celui-ci envisage de restreindre la participation d'entreprises étrangères aux projets d'infrastructure ou accorde la préférence à des entités nationales, ou aussi pour l'achat de fournitures sur le marché local.

16. Une question particulièrement importante pour les promoteurs de projets et les bailleurs de fonds est le degré de protection accordé aux investissements étrangers dans le pays d'implantation. Cette protection peut être le résultat d'accords internationaux que ce pays contracte afin de favoriser et de protéger les investissements étrangers. Il est possible de renforcer la confiance des investisseurs étrangers dans celui-ci, par exemple en les protégeant de la nationalisation ou de la confiscation sans procédure judiciaire ni indemnisation adéquate. Les promoteurs possibles voudront aussi savoir s'ils pourront transférer leurs bénéfices à l'étranger et les rapatrier. Pour attirer les investissements étrangers, il est aussi possible d'accorder aux investisseurs privés des régimes fiscaux spéciaux, par exemple les exonérer de l'impôt sur les sociétés ou

d'autres impôts, exonérer de l'impôt sur le revenu le personnel expatrié nécessaire pour le projet, accorder des exonérations de l'impôt sur les biens fonciers et des avantages fiscaux sur les redevances ainsi que des exemptions des droits d'importation.

IV. SÉLECTION DES PROMOTEURS

A. Remarques générales
B. Méthodes possibles de sélection des promoteurs
1. Appel d'offres public
2. Sollicitation de propositions
3. Négociations directes
4. Propositions spontanées
C. Critères de qualification
1. Conditions exigées des promoteurs
2. Préférences nationales
D. Sélection
1. Qualifications préalables
2. Sollicitations et propositions
3. Évaluation et attribution du projet

Notes

A. Remarques générales

17. Il est proposé que le chapitre IV examine d'abord les questions générales concernant un cadre législatif permettant de choisir les méthodes et les modalités de sélection des promoteurs et les approches à sa création. Il est important que, dans le pays d'implantation, les pouvoirs publics définissent clairement la nature et l'étendue des travaux et des services qui feront l'objet de passation de marché. Il faudrait peut-être aussi, pour déterminer les conditions de qualification et les critères d'évaluation, qu'ils considèrent spécialement le rôle qu'ils envisagent de confier au secteur privé dans tel ou tel cas (par exemple si l'installation appartiendra de manière permanente ou temporaire à la société chargée du projet ou si elle sera transférée à l'État à la fin d'une période définie). En outre, il importe d'accorder le poids qu'elles méritent aux nécessités à long terme de l'exploitation qui pourraient être négligées si la loi devait trop faire dépendre la sélection des promoteurs des exigences de la phase de construction.

B. Méthodes possibles de sélection des promoteurs

18. Il est suggéré de consacrer une section à l'examen des méthodes les plus couramment appliquées pour l'achat de biens et de services et d'examiner si elles conviennent aux projets d'infrastructure, compte tenu particulièrement de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services. Souvent, dans les différents pays, la législation fait des méthodes fondées sur la concurrence la principale ou la seule méthode de sélection des promoteurs pour les projets d'infrastructure à financement privé. L'appel d'offres public est la méthode la plus couramment employée pour l'achat public de biens et, dans certains cas, également de services à financement public. Néanmoins, vu la complexité des projets d'infrastructure, on préfère parfois sélectionner les promoteurs par d'autres méthodes, par exemple la sollicitation de propositions.

19. Dans certains pays, à côté de la mise en concurrence, la législation prévoit d'autres méthodes, par exemple les négociations directes ou, dans le cas de propositions spontanées, la sollicitation d'une source unique. Les négociations directes sont parfois autorisées dans des circonstances exceptionnelles, par exemple lorsque, pour des raisons particulières, les méthodes fondées sur la concurrence ne donneraient pas de résultats satisfaisants, que la valeur escomptée de l'investissement initial ne dépasserait pas un certain montant ou que le projet serait de durée limitée.

20. Une autre question, qui est traitée dans certains pays dans la législation concernant les projets d'infrastructure à financement privé, a trait aux propositions non demandées. Parfois, la loi renvoie à des critères généraux de recevabilité et de négociation de ces propositions sans donner cependant d'autres détails sur la façon dont il convient de les examiner ni les modalités à suivre. Parmi les critères de recevabilité, elle peut généralement retenir la priorité nationale, le caractère exceptionnel et des considérations de coûts. Au sujet de ces propositions, elle peut aussi prévoir des modalités particulières, par exemple définir des critères pour leur examen, à la suite duquel le projet fait l'objet d'une mise en concurrence, l'auteur de la proposition bénéficiant d'une incitation ou d'une préférence sous une forme ou une autre.

C. Critères de qualification

21. Il est proposé de traiter dans cette section les conditions que doivent remplir tous les candidats éventuels, quelles que soient les méthodes selon lesquelles le gouvernement hôte sélectionnera les promoteurs.

22. Le premier groupe de conditions à examiner concerne, par exemple, la situation financière des promoteurs potentiels, ou leur statut juridique. Certaines lois définissent une proportion minimale de prises de participation en pourcentage du coût total des investissements ou plafonnent le montant des fonds publics disponibles pour le projet. La fixation de tels minimums peut être complétée par des dispositions obligeant les promoteurs à prouver qu'ils sont capables de remplir les obligations financières concernant les phases d'étude, de construction et d'exploitation du projet. Il peut exister aussi des critères d'exclusion, par exemple des règles faisant que certaines personnes physiques, ou certaines catégories de personnes physiques ou morales ne sont pas admises en sélection (par exemple des personnes physiques qui, sous une forme ou sous une autre, participent à des activités liées à l'attribution du projet ou des sociétés qui, ayant exercé auparavant une activité similaire, se sont vu retirer leur concession par l'État). Il est proposé d'examiner s'il est souhaitable que la loi traite de ces conditions directement ou si elle doit les confier à l'entité chargée des passations de marchés.

23. La deuxième catégorie d'exigences qu'il est proposé d'examiner dans la même section peut faire l'objet de dispositions accordant un traitement préférentiel d'un type ou d'un autre à des entités nationales ou un traitement spécial à des candidats qui s'engagent à employer des biens ou de la main-d'œuvre du pays. Un tel traitement préférentiel ou particulier peut constituer une condition de la sélection des promoteurs, servir de critère pour l'évaluation des offres ou être imposé à la société chargée du projet. Il y a des pays où ce traitement préférentiel constitue un critère d'évaluation spécial définissant des marges de préférence pour les candidats nationaux ou ceux qui offrent d'acquérir les fournitures, les services et les produits sur le marché local. Dans d'autres, la loi ne mentionne pas expressément le recours à des sources nationales d'approvisionnement parmi les critères d'évaluation mais le fait figurer parmi d'autres éléments que les offres doivent ou peuvent comporter. Dans d'autres encore, parmi des candidats à égalité, la préférence doit être accordée à ceux qui sont du pays. Lorsque de telles préférences sont définies, il importe de peser les avantages escomptés par rapport aux besoins particuliers du projet et aussi de veiller à la transparence d'application de ces préférences nationales en tant que critères d'attribution du projet.

D. Sélection

24. Il est suggéré de consacrer une section à la description et à l'analyse du cadre législatif dans lequel doit se dérouler généralement la sélection des projets d'infrastructure et de la décomposer en deux sous-sections, l'une consacrée aux critères de présélection et l'autre à la suite des modalités, y compris les appels d'offres ou les sollicitations de propositions, la teneur des offres ou des propositions, les études de faisabilité ou autres, les garanties de soumission, l'évaluation des offres ou propositions, l'attribution du projet et le règlement des différends.

25. La première question qu'il est proposé d'examiner dans la sous-section concernant la préqualification des promoteurs traite de l'avis d'ouverture de la procédure de qualification, du mode de lancement de celui-ci et de sa teneur. Quant aux conditions de présélection, il est proposé d'examiner, par exemple, les conditions relatives au statut juridique des promoteurs, ainsi qu'à leur expérience et à leurs réalisations passées (ce qui peut s'étendre, par exemple, à ce que les promoteurs ont déjà fait à propos de projets analogues ou apparentés, ou les principales capacités dont ils ont fait preuve en matière de personnel, d'organisation ou de financement).

26. Il est suggéré d'examiner dans la sous-section suivante les dispositions concernant les étapes postérieures à la présélection des offres ou des propositions. Il est souhaitable que les instructions données aux candidats promoteurs indiquent en détail les éléments qui devront faire l'objet de leurs offres ou de leurs propositions, y compris les propositions techniques, financières et juridiques. Il convient d'accorder une importance particulière aux études, par exemple aux études de faisabilité qui doivent être soumises avec les offres ou les propositions et qui, normalement, doivent traiter de questions telles que la commerciabilité, la conception technique et la faisabilité économique, financière et opérationnelle du projet, ainsi qu'une étude d'impact écologique. Cette sous-section devrait aussi examiner s'il importe que le pays d'implantation fasse ses propres études de faisabilité ou les fasse faire. Les instructions données par les autorités du pays d'implantation doivent aussi s'étendre aux critères à appliquer pour l'évaluation des offres ou des propositions. En général, il n'est peut-être pas souhaitable d'alourdir la législation en lui faisant définir en détail le processus de sélection. Néanmoins, jusqu'à un certain degré, la législation peut être importante pour donner des indications au sujet de tous ces aspects à l'entité adjudicatrice. De même, elle peut créer un cadre approprié au fonctionnement de cette entité pendant les phases restantes du processus de sélection. Par exemple, elle peut admettre que la soumission finale des offres ou des propositions soit précédée d'une conférence au cours de laquelle les parties auront la possibilité d'élucider les questions relatives au projet et à la suite de laquelle les autorités du pays d'implantation pourront modifier ou rectifier les instructions, le cas échéant. Il est proposé, en conclusion de cette sous-section, de traiter des négociations et des modalités d'attribution, ainsi que des mécanismes qui conviendront à la résolution des différends concernant celle-ci.

V. PRÉPARATION

A. Site du projet
   1. Acquisition des terrains pour la construction de l'installation
   2. Servitudes de passage et autres

B. Constitution du concessionnaire
   1. En tant que consortium
   2. En tant qu'entité juridique indépendante

C. Licences et approbations

Notes

27. Il est proposé d'examiner au chapitre V quelques étapes importantes des préparatifs de mise en œuvre du projet : acquisition des terrains pour la construction de l'installation, y compris accès au site du projet, constitution du consortium ou de la société à laquelle la construction et l'exploitation de l'installation d'infrastructure seront concédées, délivrance des licences et approbations nécessaires aux activités du projet. Il est suggéré que le chapitre V examine la mesure dans laquelle la législation peut traiter correctement de ces questions sans priver les parties de la souplesse qui leur sera nécessaire pour répondre aux besoins de chaque projet.

28. Un projet initial de chapitre V est reproduit dans le document A/CN.9/438/Add.3.

VI. ACCORD DE PROJET

A. Considérations générales

B. Droits de la société chargée du projet
   1. Droits de propriété
   2. Exclusivité

C. Obligations générales de la société chargée du projet
   1. Exécution du projet et obligations apparentées
   2. Garanties d'exécution
   3. Responsabilité et assurance

D. Sous-concessions, cessions et garanties
   1. Sous-concessions et cession du projet
   2. Garanties et charges grevant le projet

Notes

A. Considérations générales

29. Il est proposé de consacrer une section aux considérations générales relatives à l'accord de projet et, en particulier, aux différentes approches à l'accord de projet suivies par la législation du pays (depuis celles qui n'en traitent guère jusqu'à celles qui contiennent d'abondantes dispositions obligatoires concernant les clauses que doit comprendre l'accord). Une telle section examinera les avantages et les limites possibles des approches existantes, compte tenu de la nécessité de donner dans la législation des indications sur la préparation des accords de projet et qui peut éventuellement varier selon l'échelon administratif national, provincial ou local). Les autres sections traiteront des droits et obligations de la société chargée du projet qu'il sera peut-être utile de définir non seulement dans l'accord de projet, mais aussi dans la législation, étant donné qu'ils peuvent avoir des incidences sur les intérêts de tiers.

B. Droits de la société chargée du projet

30. Il est proposé de traiter de la nature des droits et intérêts de la société chargée du projet dans l'installation et les avoirs qui s'y rapportent; diverses solutions peuvent être trouvées. Dans certains pays, le droit dispose expressément que tous les actifs initialement fournis par le gouvernement du pays d'implantation pour la construction de l'installation ainsi que toutes les installations et améliorations construites par la société chargée du projet appartiennent au gouvernement pendant toute la durée de l'accord. Dans d'autres pays, cependant, il donne à la société chargée du projet certains droits de propriété dont il définit la nature et l'étendue en détail. Il peut être souhaitable que la législation pertinente précise la nature des droits de propriété de la société chargée du projet,

surtout si elle l'autorise à fonder des garanties d'un type ou d'un autre sur ces actifs et ces biens. Également, là où elle prévoit le transfert des installations au gouvernement à la fin de la période de concession, la question peut se poser de savoir qui a des droits sur les améliorations apportées aux biens que la société chargée du projet a reçus initialement.

31. Il est proposé de traiter aussi dans la même section de deux autres questions particulièrement importantes pour les promoteurs et les bailleurs de fonds (mais qui intéressent aussi le gouvernement du pays d'implantation et les usagers de l'installation) : savoir si la concession est exclusive et si l'exploitation d'installations concurrentielles sera autorisée. Les promoteurs et les bailleurs de fonds auront intérêt à obtenir l'assurance que l'installation produira des recettes suffisantes pour rembourser la dette de la société chargée du projet, récupérer l'investissement et permettre un bénéfice raisonnable. C'est pourquoi, dans beaucoup de pays, la législation autorise le gouvernement à octroyer à la société chargée du projet le droit exclusif de poursuivre l'activité qui fait l'objet de la concession. Dans certains cas, le gouvernement s'engage à ne pas accorder de financement public pour des projets parallèles qui pourraient concurrencer cette société. Néanmoins, cette exclusivité n'est pas toujours garantie par la loi. Dans certains cas, le gouvernement veut peut-être se réserver le droit d'accorder des concessions multiples dans le même domaine, à condition de le spécifier dans l'appel d'offres. Dans certains cas, il est autorisé à accorder des concessions selon un régime d'"exclusivité réglementée", dans lequel l'exploitation de l'installation par la société chargée du projet est surveillée par un organe réglementaire qui veille à ce qu'elle réponde aux intérêts du public, élément qui est examiné plus en détail au chapitre IX "Phase d'exploitation".

C. Obligations générales de la société chargée du projet

32. Les obligations qui incombent à la société chargée du projet au sujet de la construction et de l'exploitation de l'installation sont définies par la loi de certains pays sous forme d'une mention générale de l'obligation qui lui incombe de financer, construire, exploiter et entretenir l'installation, tandis que, dans d'autres pays, la loi énumère des listes plus détaillées, par exemple l'obligation de fournir des services adéquats ou de respecter ou de faire respecter les règles et règlements pertinents. Particulièrement en vue du transfert final de l'installation au gouvernement, la loi prévoit parfois que l'accord de projet doit contenir des dispositions concernant le transfert de technologie et définir la façon dont le personnel local nommé par le gouvernement recevra une formation technique appropriée.

33. Aux obligations de la société chargée du projet viennent parfois s'ajouter des dispositions prévoyant une forme ou une autre de garanties d'exécution ou d'assurance contre les conséquences de manquements. La loi peut exiger de manière générale que la société chargée du projet fournisse des garanties d'exécution adéquates et laisser le soin à l'accord de projet de traiter de la question plus en détail. Cependant, il est des législations qui énoncent des dispositions plus détaillées, par exemple exigent que la société chargée du projet fournisse au début de celui-ci des cautionnements de bonne fin à concurrence d'un pourcentage défini de l'investissement de base. Différentes garanties d'exécution peuvent devoir être fournies pour la phase de construction et pour celle d'exploitation. Le gouvernement peut aussi décider d'exiger une garantie d'exécution d'autres entreprises associées au projet ou suffisamment de preuves que les promoteurs ont obtenu des fonds ou se sont assurés des financements suffisants pour la mise en œuvre du projet. Il faut se souvenir que les conditions du cautionnement de bonne fin peuvent être telles que les garants sérieux ne peuvent pas les fournir pour toute la durée du projet. Il est proposé que le Guide envisage les incidences possibles de dispositions de la législation qui prescriraient des types particuliers de garanties, au lieu de laisser cette question de côté pour qu'il en soit traité dans l'accord de projet.

34. Il est proposé d'examiner aussi dans la même section la législation relative aux dommages causés à des tiers au cours de l'exécution du projet ou de l'exploitation de l'installation. La société chargée du projet est normalement responsable des dommages causés au gouvernement, aux usagers du service ou aux tiers qui résultent d'une négligence de sa part. Dans certains cas, cette responsabilité s'étend aux dommages causés à l'environnement. Pour être sûr que la société s'acquitte de ses responsabilités, le droit de certains pays exige qu'elle contracte et conserve une assurance adéquate, y compris pour l'indemnisation de son personnel, tandis que, dans d'autres, elle a la possibilité de s'assurer elle-même contre des formes particulières de responsabilité, sous réserve de l'approbation du gouvernement, au cas où elle ne pourrait pas s'assurer à un coût raisonnable sur le marché national ou international des assurances.

D. Sous-concessions, cessions et garanties

35. Il est proposé de consacrer une section aux questions des sous-concessions, de la cession des droits de la société chargée du projet et des sûretés réelles constituées au profit des créanciers de la société chargée du projet.

36. Dans les cas où la société chargée du projet a le droit de fournir des services auxiliaires ou lorsque la concession porte sur des activités multiples qui peuvent être mises en œuvre séparément, la société chargée du projet peut vouloir charger une autre entité de l'exécution de certaines de ces activités. Dans certains pays, l'accord de projet doit interdire les sous-concessions ou tout autre arrangement dans ce sens, entièrement ou en partie, sans l'autorisation préalable du gouvernement. Il existe des pays dont le droit procède différemment et qui, sous réserve toutefois de l'approbation préalable du gouvernement hôte, autorise les sous-concessions sous réserve qu'elles soient accordées à l'issue d'une mise en concurrence et que le sous-concessionnaire assume tous les droits et obligations du concessionnaire dans la limite de la sous-concession.

37. Au cours de la durée de vie du projet, il peut arriver que des tiers manifestent l'envie de se substituer à la société chargée du projet. Il peut y avoir des situations aussi où, parce que la société chargée du projet manque à ses obligations ou est incapable de les remplir, il peut être dans l'intérêt des parties de permettre que le projet se poursuive sous la responsabilité d'une autre société ou d'un autre consortium. Cela peut se faire par la cession de la concession à un tiers. Il existe peu de lois qui interdisent catégoriquement toute cession de concession et d'autres autorisent un tel transfert sous réserve de l'approbation du gouvernement, celle-ci peut être aussi requise en cas de transfert de la majorité des parts de la société. Les bailleurs de fonds, dont les recettes produites par le projet constituent le recours principal ou exclusif, peuvent avoir intérêt à veiller que les travaux ne restent pas inachevés et que la concession soit exploitée avec profit si la société chargée du projet est incapable de le faire. Dans certains cas, la loi reconnaît un tel intérêt et dispose que, dans des circonstances définies, ils peuvent désigner une nouvelle société chargée du projet qui se substitue à la société initiale, sous réserve de l'approbation du gouvernement du pays d'implantation.

38. Une condition indispensable que doit remplir la société chargée du projet pour obtenir un financement pour celui-ci est de pouvoir offrir des sûretés réelles aux bailleurs de fonds, sous forme, par exemple, d'hypothèques ou de cessions d'effets à recevoir produits par le projet. Dans certains pays, la loi le reconnaît

expressément en autorisant la société chargée du projet à créer, avec le consentement du gouvernement, des sûretés réelles sur la concession, les droits qui en résultent ou les biens en cause. Certaines législations autorisent parfois expressément la constitution d'hypothèques ou d'autres sûretés réelles sur les biens du projet, à condition que ceux-ci continuent d'être utilisés aux fins de la concession. D'autres, néanmoins, interdisent strictement la constitution de tout ce qui pourrait grever la concession ou les droits qui s'y rapportent ou disposent que l'accord de concession peut prévoir une telle interdiction. Il est proposé d'examiner les incidences que peuvent avoir de telles approches.

VII. APPUI DE L'ÉTAT

A. Appui financier
   1. Garanties souveraines
   2. Prêts et garanties de recettes

B. Incitations, facilités et avantages
   1. Fiscalité et douanes
   2. Sources auxiliaires de recettes
   3. Autres assurances et facilités

Notes

A. Appui financier

39. Il est proposé, au début du chapitre VII, de traiter des mesures financières que le gouvernement du pays d'implantation pourrait prendre afin de réduire les risques commerciaux, financiers, politiques ou autres auxquels seraient exposés la société chargée du projet et les bailleurs de fonds. Le gouvernement trouve souvent intéressant de poursuivre des projets d'infrastructure à financement privé pour limiter les engagements de fonds publics, motivation qui inspire des lois qui font du concessionnaire le seul responsable de la viabilité financière du projet sans que le gouvernement accorde la moindre garantie. D'autres lois, en revanche, pour encourager l'investissement privé, autorisent le gouvernement à partager les risques du projet en apportant un appui financier sous une forme ou sous une autre, par des garanties ou des prêts, sans lesquels le projet ne pourrait pas se concrétiser. Il est proposé d'examiner s'il est souhaitable de laisser au gouvernement une certaine latitude pour déterminer l'importance de l'appui qu'il peut fournir pour la mise en œuvre du projet. À cette fin, il est suggéré d'examiner des modes d'appui qui sont parfois envisagés par la législation de certains pays et qui, dans d'autres, peuvent nécessiter une autorisation spéciale.

40. Les garanties envisagées par la législation des différents pays peuvent consister en garanties de change, par exemple la garantie que les recettes produites par l'installation pourront être converties en devises, pour rembourser le capital et l'intérêt du prêt, payer les dépenses nécessitant des devises ou payer aux investisseurs étrangers leur part de bénéfices des garanties de paiement des biens et services fournis par la société chargée du projet lorsqu'ils sont à l'État ou à une entité publique, ou des garanties de prêt au sujet du remboursement des prêts contractés par la société chargée du projet. La capacité de remboursement de celle-ci dépendant essentiellement des recettes qui seront retirées du projet, le gouvernement, en garantissant le remboursement des prêts, pourrait fournir l'assurance aux bailleurs de fonds et à la société chargée du projet qu'ils ne courront pas de risques excessifs en cas de dénonciation anticipée de l'accord, ou si la situation change de manière imprévisible, ou en cas d'urgence, indépendante de la volonté de la société chargée du projet, qui empêche momentanément celle-ci d'exploiter le projet ou de remplir ses obligations financières. Certaines formes de garanties fournies par l'État pourraient être renforcées par des garanties d'institutions financières internationales comme la Banque mondiale. Certaines de ces institutions peuvent garantir ou assurer contre un certain nombre de risques dans l'intérêt direct du secteur privé.

41. En plus des garanties, dans certains cas, l'État d'implantation du projet, directement ou par l'intermédiaire d'un organisme public, peut lui-même accorder certains prêts à la société chargée du projet à des fins spécifiques, par exemple en cas de pertes ou de dommages qui seraient provoqués par lui ou dus à la force majeure, ou pour financer des modifications de l'accord de projet. Ces prêts peuvent nécessiter que la société chargée du projet fournisse certaines garanties, sous forme, par exemple, d'hypothèques des biens immobiliers qui lui sont fournis pour mettre en œuvre le projet. L'octroi de tels prêts, comme les garanties de prêt, peut constituer un moyen pour le gouvernement de partager les risques liés au projet sans avoir à engager directement des fonds publics. Du point de vue des bailleurs de fonds et des promoteurs, ce partage des risques peut être utile pour réduire ou limiter les pertes qu'ils pourraient encourir du fait d'actes unilatéraux du gouvernement ou d'autres événements indépendants de la volonté de la société chargée du projet.

42. Autre forme d'appui financier, par exemple, le gouvernement peut garantir un minimum de recettes à la société chargée du projet. Si lui-même ou une entité publique est le seul client des services ou biens fournis par le concessionnaire, la loi dispose dans certains cas qu'il a l'obligation, ou qu'une entité gouvernementale a l'obligation, d'acquérir ces biens et services à un taux convenu, tels qu'ils sont offerts par le concessionnaire. Au sujet des services fournis directement au public, le gouvernement s'engage parfois à subventionner la société chargée du projet au cas où les tarifs officiellement approuvés descendraient au-dessous de ce qui a été défini dans l'accord de projet. Dans d'autres cas, le gouvernement paie à la société chargée du projet directement un montant forfaitaire ou variable, en fonction de l'évaluation du nombre d'usagers payant les biens ou services fournis par l'installation qui a été faite au cours du processus de sélection.

B. Incitations, facilités et avantages

43. Il est proposé de traiter dans une section à part d'autres formes d'appui qui sont souvent fournies pour les projets d'infrastructure à financement privé. L'État où sera implanté le projet peut accorder des exonérations ou des allégements d'impôts et de droits de douane ou des avantages à la société chargée du projet (par exemple, pour faciliter par des exonérations douanières l'importation de matériel qui servira à celle-ci) ou peut décider de lui accorder certaines préférences fiscales. Parfois, la loi autorise l'État soit à accorder une exonération des droits de douane, soit à garantir que leur niveau ne sera pas relevé au détriment du projet.

44. Une façon de réduire le risque commercial auquel est exposée la société chargée du projet peut consister à lui offrir la possibilité d'obtenir des concessions supplémentaires pour la fourniture de services auxiliaires ou l'exploitation d'autres activités. En ménageant à la société d'autres sources de revenus, l'État peut lui permettre d'appliquer une politique de prix bas ou contrôlés pour le service principal. Ainsi, dans certains pays, la loi autorise les pouvoirs publics à disposer, dans l'appel d'offres, que le concessionnaire aura la possibilité de retirer d'autres bénéfices de projets qui constituent une solution de remplacement au premier, ou le complètent ou en sont des auxiliaires, avec ou sans exclusivité, afin de l'inciter à appliquer des bas barèmes. Parfois, le gouvernement peut accorder à la société chargée du projet le droit d'utiliser des biens lui appartenant pour de telles activités (par exemple, terrains adjacents à une autoroute pour la construction d'une aire de service).

45. Parmi les autres assurances et facilités qui peuvent être accordées par le gouvernement à la société chargée du projet peut figurer la fourniture de diverses formes d'assurance de la société ou de son personnel, ou la certitude qu'elle recevra ou aura des facilités pour obtenir les fournitures, biens et installations dont elle a besoin pour exploiter l'installation d'infrastructure.

VIII. PHASE DE CONSTRUCTION

A. Entrepreneurs de la société chargée du projet
   1. Modalités d'attribution
   2. Régime contractuel

B. Réalisation du projet
   1. Surveillance de la réalisation du projet
   2. Réception et approbation finale

Notes

A. Entrepreneurs de la société chargée du projet

46. Vu la complexité des projets d'infrastructure, il est probable que la société chargée du projet voudra obtenir les services d'un ou de plusieurs entrepreneurs pour exécuter les travaux prévus par l'accord de projet. Il est proposé de traiter dans une section du chapitre VIII des modalités de sélection de ces entrepreneurs et des dispositions législatives régissant les contrats avec la société chargée du projet.

47. La question de la sélection des entrepreneurs de la société chargée du projet a été abordée selon deux grandes approches. Dans certains pays, la loi exige de la société qu'elle indique dans son offre ou sa proposition les entrepreneurs dont elle s'assurera les services, en donnant des renseignements sur leurs capacités techniques et leur situation financière; dans d'autres, il est seulement demandé aux promoteurs potentiels d'indiquer le pourcentage, le cas échéant, de la valeur totale des travaux qu'ils entendent confier à des tiers. Il existe aussi des lois qui font obligation à la société de respecter, pour sélectionner ses entrepreneurs, essentiellement les mêmes règles que celles qui ont été appliquées à sa propre sélection et qui peuvent aussi valoir pour les sous-traitants des entrepreneurs.

48. Le groupe de promoteurs comprend souvent des sociétés d'ingénierie et de construction qui participent au processus de sélection dans l'espoir de se voir attribuer les principaux contrats relatifs à la construction et aux autres travaux. Ces sociétés peuvent hésiter à se joindre à d'autres promoteurs si elles n'ont pas l'assurance d'obtenir ces contrats. Comme solution, il est possible de suivre une règle analogue aux règles d'achat de certaines institutions financières internationales, qui disposent que, lorsque la société chargée du projet est sélectionnée à l'issue d'un appel à la concurrence acceptable par elles, la société chargée du projet est libre de procéder comme elle l'entend pour se procurer les biens, travaux et services nécessaires pour l'installation. Néanmoins, si la société chargée du projet n'est pas elle-même choisie à l'issue d'un appel à la concurrence acceptable par ces institutions, les biens, ouvrages et services nécessaires pour l'installation doivent être obtenus à l'issue d'un appel à la concurrence.

49. Il est courant que la société chargée du projet et ses entrepreneurs choisissent un droit qui leur est familier et qui, selon eux, régit de manière adéquate les questions qui font l'objet de leurs contrats. Les promoteurs potentiels, normalement, n'auront guère envie de conclure leurs contrats dans un système de droit qu'ils ne connaissent pas et peuvent donc hésiter à participer à un projet si la législation du pays d'implantation soumet tous leurs contrats au droit de celui-ci ou subordonne l'application d'un droit étranger à l'approbation du gouvernement. Le plus souvent, néanmoins, les gouvernements ne jugent pas indispensable de définir le droit qui doit s'appliquer aux contrats entre la société chargée du projet et ses entrepreneurs et préfèrent que cette question soit réglée par une clause définissant le droit applicable ou les règles concernant les conflits de droit. Dans certains cas, des dispositions ont été ajoutées à la législation pour préciser, le cas échéant, que les contrats conclus entre la société chargée du projet et ses entrepreneurs étaient exclusivement régis par le droit privé, que les entrepreneurs n'étaient pas des agents de l'État et que, donc, celui-ci n'était pas responsable des actes des entrepreneurs dont il n'avait nullement l'obligation d'indemniser le personnel en cas de maladie, d'accident ou de décès lié au travail.

B. Réalisation du projet

50. Dans la section B du chapitre VIII, il est proposé d'examiner les questions juridiques concernant la réalisation du projet, y compris les modalités de surveillance de l'avancement des travaux de construction et de réception finale de l'installation d'infrastructure.

51. Dans beaucoup de pays, la législation contient des dispositions concernant la réalisation du projet et les modalités qui garantissent que la société chargée du projet se conforme aux études et spécifications techniques. Il peut être prévu que l'État doit examiner le projet de construction initial pour s'assurer qu'il est conforme aux spécifications et aux exigences techniques de sa réalisation. Pour ne pas retarder le début de la construction, la loi peut fixer une date limite pour l'approbation du projet de construction par les autorités de l'État et disposer que cette approbation est considérée comme accordée si elles ne formulent pas d'objections dans un délai défini. Au cas où elles trouveraient que le projet de construction s'écarte des spécifications, la loi dispose parfois expressément qu'elles ont le droit de demander des modifications et précise qu'elles ne sont pas responsables des retards dus éventuellement à ces changements. Dans certains cas, en plus de fixer une date limite pour l'examen du projet de construction par les autorités publiques, la loi peut limiter expressément les motifs pour lesquels celles-ci peuvent soulever des objections au projet et définir des règles pour la solution des désaccords.

52. Après approbation du projet de construction, la loi prévoit souvent une surveillance continue des pouvoirs publics pendant toute la phase de construction. Elle peut traiter de l'exécution du projet en diverses étapes, conformément au calendrier fourni dans l'accord de projet, et nécessiter l'approbation des pouvoirs publics pour l'achèvement officiel de chacune d'elles. Afin de faciliter les rapports entre les autorités et la société chargée du projet, elle exige parfois qu'elles désignent un responsable de toutes les fonctions de surveillance prévues par la loi ou indique quel organe gouvernemental est chargé de le faire. Dans certains projets, on a jugé utile d'exiger de la société qui en est chargée qu'elle nomme un directeur de projet indépendant par lequel transitent toutes les communications avec l'entité gouvernementale compétente.

53. Lorsque les travaux exécutés par la société chargée du projet sont jugés non satisfaisants ou non conformes aux spécifications, la loi dispose parfois que la société est passible de pénalités ou doit verser des dommages-intérêts spécifiés dans l'accord de projet. Il est proposé d'examiner cette question au chapitre X, "Questions liées à l'exécution".

54. À l'achèvement de la construction, il y a des pays où la loi prévoit que la société chargée du projet ne peut être autorisée à exploiter l'installation qu'après inspection et réception finale des travaux par les autorités publiques. La loi peut aussi autoriser l'exploitation provisoire de l'installation, en attendant la réception finale. L'inspection finale de l'installation inclut parfois les essais,

selon les besoins, de tout le matériel installé par la société chargée du projet, ce qui permet aux autorités de s'assurer qu'il est en bon état de fonctionnement et à la société de corriger les défauts qui pourraient être découverts à ce stade. Au sujet des installations destinées au public, les dispositions de cet ordre peuvent être très importantes pour l'État, particulièrement dans les pays où il est directement ou résiduellement responsable envers le public des dommages ou blessures imputables à des défauts de construction de l'installation. Dans le cas d'autres installations fermées au public et auxquelles ont seulement accès normalement la société chargée du projet et son personnel, l'intérêt public peut être moins massif et les autorités se contenter d'exiger de la société chargée du projet qu'elle procède à ces essais, sous réserve de l'exercice par elle de droits de surveillance générale.

IX. PHASE D'EXPLOITATION

A. Considérations générales concernant la réglementation
B. Conditions d'exploitation
1. Étendue et qualité des services
2. Prix et relèvement de prix
3. Relations avec les usagers
C. Inspections et surveillance
1. Inspection générale
2. Pouvoirs de surveillance spéciaux

Notes

A. Considérations générales concernant la réglementation

55. Il est proposé de traiter d'abord dans le chapitre IX des questions générales relatives à la réglementation qui concernent l'exploitation de l'installation de l'infrastructure par la société chargée du projet. Les pouvoirs publics qui recherchent la participation du secteur privé dans le domaine de l'infrastructure en attendent généralement des gains d'efficacité et une grande qualité de service que parfois les monopoles d'État obéissant à leurs propres règles ne peuvent assurer. Là où plusieurs concessions sont accordées pour le même secteur, le gouvernement peut espérer que la concurrence entre les concessionnaires aura un certain effet réglementaire et favorisera l'efficacité et la qualité. Néanmoins, il peut juger aussi impossible de toujours se fier au marché pour résoudre les questions posées par l'exploitation d'une installation d'infrastructure conforme aux intérêts publics, de sorte qu'une certaine forme de régulation extérieure peut demeurer nécessaire. Une telle régulation peut être encore plus importante dans le cas de concessions exclusives où un monopole naturel remplace un monopole d'État.

56. Dans certains cas, les autorités essaieront peut-être de régler toutes les questions réglementaires (par exemple, qualité des services, barèmes) dans l'accord de projet ou par une législation pertinente, ce qui risque de ne pas toujours être adapté au caractère à long terme des projets d'infrastructure à financement privé. Dans d'autres, la société chargée du projet peut se voir accorder une grande latitude pour définir ses propres principes commerciaux et sa politique des prix, solution que certains gouvernements hésiteront peut-être à adopter. Ceux qui souhaitent se réserver la possibilité de réglementer l'exploitation de l'installation d'infrastructure, parfois, confient le soin de le faire aux autorités qui ont attribué la concession. D'autres, cependant, peuvent préférer créer un autre organe chargé de ce travail et lui laisser une certaine liberté dans l'exercice de ses fonctions. Quel que soit le mécanisme retenu, les pouvoirs publics trouveront peut-être utile de donner par des textes de loi un certain degré d'orientation pour l'exercice de telles fonctions réglementaires.

B. Conditions d'exploitation

57. Une fois examinés ces éléments généraux de la réglementation, il est proposé de traiter dans une section distincte les trois questions fondamentales que posent les conditions d'exploitation de l'installation d'infrastructure : l'ampleur et la qualité des services fournis par la société chargée du projet, la définition et l'ajustement des prix demandés par la société et les relations de celle-ci avec les acheteurs de biens ou de services ou les usagers de l'installation.

58. Il peut être parfois question en termes généraux de l'étendue des services que doit fournir la société chargée du projet, particulièrement dans la législation applicable à un secteur ou service particulier. Parfois, l'étendue des services et leur mode de fourniture peuvent faire l'objet de règles définies par l'organe réglementaire compétent ou par la société avec l'approbation de cet organe. En plus de règles générales concernant l'étendue des services, il existe des lois qui définissent les critères d'évaluation de la qualité des services à fournir par la société, de même que des définitions générales des normes de qualité applicables. Une autre solution consiste à laisser l'accord de projet régler cette question.

59. Tout en reconnaissant que les conditions de la concession sont soumises à l'accord des parties, dans certains systèmes de droit, l'administration publique a le droit de modifier l'ampleur et les caractéristiques des services que la société chargée du projet doit fournir pour des raisons d'intérêt public, étant entendu que la société est indemnisée en cas de pertes financières ou de coûts supplémentaires résultant de telles modifications décidées unilatéralement.

60. Au sujet des prix pratiqués par la société, deux approches fondamentales ont été observées : dans certains cas, la société est libre de déterminer sa politique des prix et sa politique commerciale et, dans d'autres, la loi fait dépendre le prix initial demandé par la société de mécanismes de contrôle (par exemple, approbation par l'organe réglementaire compétent, obligation de définir les prix dans l'accord de projet). L'organe réglementaire compétent peut être chargé d'approuver les critères et les paramètres qui serviront à déterminer des prix raisonnables permettant à la société de récupérer son investissement et d'obtenir un rendement justifié. Dans certains cas, la loi elle-même peut prescrire la méthode de détermination des prix que la société fera payer.

61. En plus de contenir des dispositions au sujet de la détermination des prix initiaux, la loi peut énoncer les règles applicables aux ajustements de ces prix pendant la durée de l'accord. Le niveau proposé des barèmes est souvent un facteur important, sinon décisif, dans la sélection des promoteurs. Donc, les autorités du pays d'implantation peuvent avoir intérêt à fixer des limites raisonnables aux hausses des barèmes afin de dissuader les promoteurs éventuels de soumettre des propositions trop basses pour être réalistes dans l'espoir de pouvoir relever ultérieurement leurs barèmes. Les critères et paramètres d'ajustement de prix sont quelquefois indiqués par la loi, par exemple lorsqu'il existe des indices de prix officiels. En plus des ajustements qui résultent des variations de ces indices, la loi de certains pays dispose que l'organe réglementaire compétent en autorise lorsque les coûts encourus par la société chargée du projet augmentent à la suite de mesures officielles, entre autres de modifications de la fiscalité postérieures à l'accord de projet. Pour concevoir des mécanismes appropriés d'ajustement des prix, il est souhaitable que le gouvernement tienne compte de ce que les autres parties intéressées attendent. Par exemple, les bailleurs de fonds peuvent avoir besoin d'une formule définie par avance concernant les ajustements de prix pour estimer ce que le projet leur rapportera. Ils voudront donc peut être qu'une telle formule apparaisse dans l'accord de projet ou dans un autre document d'application générale plutôt que de la laisser à la seule discrétion d'un organe réglementaire. Donc, lors-

que c'est à un tel organe qu'il revient d'approuver les paramètres ou les conditions de hausses de prix, les bailleurs de fonds sont peut-être rassurés si la loi prévoit des lignes directrices pour cela. Une autre question apparentée est la mesure dans laquelle, dans l'intérêt du projet, la loi peut dispenser la société qui en est chargée d'avoir à appliquer certaines de ses dispositions concernant les contrôles des prix et des barèmes ou réservant un traitement plus favorable à certaines catégories d'usagers.

62. Là où la société fournit un service directement au public, la loi de certains pays règle leurs relations ou définit les droits et obligations des usagers. Elle exige souvent de la société qu'elle fournisse le service sans faire de distinction entre les groupes d'usagers, sauf pour des motifs objectifs, par exemple en raison des caractéristiques techniques et des coûts spécifiques de fourniture du service à différentes catégories. Dans certains cas, il peut être demandé à la société de conclure des contrats avec les usagers du service ou les consommateurs des biens qu'elle fournit (par exemple, gaz, eau ou électricité). Selon la nature de ces biens ou de ces services, la loi peut prévoir une succession d'arrangements juridiques, définis chacun par un contrat différent, par exemple dans le domaine de l'énergie, entre le producteur et le transporteur, entre le transporteur et le distributeur, et entre le distributeur et le consommateur.

63. Dans certains cas, il est fait obligation à la société de définir des modalités de règlement des revendications et des plaintes des usagers du service. Dans d'autres cas, la loi charge l'organe réglementaire ou un autre organisme gouvernemental compétent de protéger les intérêts des usagers du service et de garantir leur droit à formuler des revendications contre un tel organisme.

C. Inspections et surveillance

64. Parce que les projets d'infrastructure sont importants pour le pays d'implantation et que ce sont eux qui sont en définitive responsables de la qualité des services fournis au public, il est probable que les autorités voudront conserver le droit de surveiller l'exploitation de l'installation. Diverses approches sont possibles : certaines lois chargent des représentants de l'État d'effectuer des inspections, définissent les pouvoirs qui leur sont impartis et décrivent en détail les modalités de ces inspections d'autres, au contraire, ne traitent de ces pouvoirs d'inspection et de surveillance qu'en termes généraux et prévoient que les modalités correspondantes doivent être définies dans l'accord de projet. En outre, la société chargée du projet peut avoir pour obligation de faire régulièrement rapport à l'organe réglementaire compétent au sujet de l'exploitation de l'installation ou de soumettre des rapports spéciaux sur demande. Si elle ne respecte pas ses obligations contractuelles ou légales, elle peut s'exposer à des amendes ou à d'autres sanctions financières, selon la loi, question qu'il est proposé d'examiner au chapitre X, "Questions liées à l'exécution". En général, cependant, l'exercice de telles fonctions de surveillance par les pouvoirs publics ne dégage pas la société de ses responsabilités en cas de dommages subis par eux, des usagers ou des tiers parce qu'elle ne s'est pas acquittée de ses obligations.

65. Il est souhaitable généralement que les inspections et les contrôles aient lieu de telle sorte qu'ils gênent le moins possible l'exploitation de l'installation ou évitent des interventions excessives pendant celle-ci. Au sujet du coût des inspections et des mesures apparentées, la loi de certains pays les fait supporter par la société chargée du projet conformément à ce que décide le gouvernement, alors que, dans d'autres, elle laisse le soin à l'accord de projet de régler ces détails.

66. Dans certains pays, en plus de pouvoirs généraux d'inspection, la loi donne aux autorités la possibilité de prendre la direction et d'administrer temporairement l'installation pour des raisons d'intérêt public. Parfois, elle définit les pouvoirs du représentant de l'État chargé de l'administration temporaire et, généralement, ne lui permet pas de disposer des actifs ou de demander qu'il soit mis fin à la concession. Pour donner aux promoteurs et aux bailleurs de fonds potentiels l'assurance que ces pouvoirs ne seront pas exercés arbitrairement ou à tort, la loi peut définir les circonstances exceptionnelles qui autorisent le gouvernement à désigner un administrateur temporaire (voir aussi par. 37 ci-dessus).

X. QUESTIONS LIÉES À L'EXÉCUTION

A. Retards, défectuosités et autres défauts d'exécution
   1. Définition du défaut d'exécution
   2. Défaut pendant la phase de construction et la phase d'exploitation

B. Suspension
   1. Définition des événements justifiant une suspension
   2. Conséquence pour les parties

C. Changement de circonstances
   1. Actes du gouvernement
   2. Clauses d'adaptation

Notes

A. Retards, défectuosités et autres défauts d'exécution

67. Il est proposé de consacrer une section aux défauts d'exécution par la société chargée du projet, question que les diverses législations abordent différemment. Dans certains pays, elles ne contiennent pas de dispositions spécifiques à ce sujet et laissent à l'accord de projet le soin de les régler. Dans d'autres, cependant, des dispositions libellées en termes généraux définissent les manquements de la société à ses obligations et prévoient des recours, qui constituent un cadre général pour des dispositions plus détaillées énoncées dans l'accord de projet ou dans des règlements spécifiques. Pour définir des dispositions à ce sujet, il peut être bon de distinguer, comme le font certains droits, les défauts au cours de la phase de construction et les défauts dans l'exploitation de l'installation par la société chargée du projet.

68. Un certain nombre de mesures peuvent être attendues de la société avant l'exécution (par exemple, elle peut devoir s'assurer les moyens financiers nécessaires, établir la documentation technique, signer l'accord de projet dans un délai défini à partir de l'attribution de la concession, constituer la société chargée du projet, obtenir les autorisations ou permis). Les pouvoirs publics disposent de divers recours si la société ne remplit pas ces conditions, et peuvent même, dans les situations graves, dénoncer l'accord de projet. Dans ces cas, il peut être souhaitable de prévoir que le gouvernement doit notifier par écrit à la société qu'elle doit remplir les conditions non encore satisfaites avant de dénoncer l'accord de projet. En particulier, si la dénonciation est due à ce que la société n'a pas obtenu de licences, il peut être bon en outre de spécifier qu'aucune dénonciation ne peut avoir lieu si le défaut n'est pas imputable à la société chargée du projet. Une telle disposition peut donner aux bailleurs de fonds et aux promoteurs l'assurance qu'ils ne seront pas pénalisés, par exemple par l'inaction ou des erreurs de l'État ou de ses agents.

69. Au cours de la phase de construction, les défauts peuvent se classer en deux grandes catégories : retard dans la construction ou construction défectueuse. À ce stade, les recours peuvent alors consister en paiement au titre des garanties fournies par la société,

ou paiement de dommages-intérêts spécifiés, de pénalités ou d'amendes. Généralement, il peut suffire que la loi requière que l'accord de projet contienne des dispositions sans définir un système de recours applicable à tous les types de projets. Dans la plupart des situations, il peut être conseillé de faire de la dénonciation de l'accord de projet et du retrait de la concession des mesures de dernier recours applicables seulement en cas de défauts particulièrement graves ou répétés, ou lorsqu'il n'est plus possible d'escompter raisonnablement que la société chargée du projet sera capable ou désireuse d'achever les travaux ou de corriger les défauts. Certains pays appliquent des règles spéciales pour établir le défaut avant d'user de recours contractuels. Aussi bien l'État que les bailleurs de fonds ont intérêt à faire en sorte que la construction de l'installation soit achevée. Donc, dans certains cas, plutôt que dénoncer l'accord et prendre en charge la tâche et le coût d'achèvement de l'installation, les autorités publiques voudront peut-être donner aux bailleurs de fonds la possibilité de désigner une société de remplacement, qu'ils puissent agréer, et qui soit chargée d'achever l'installation d'infrastructure et de la mettre en service (voir par. 37 ci-dessus).

70. Pendant l'exploitation de l'installation, il peut être souhaitable aussi que la loi donne aux parties la possibilité de définir une hiérarchie de recours à la disposition des autorités publiques, en fonction de la gravité et des répercussions des défaillances de la société chargée du projet, et de l'accompagner de dispositions prescrivant les modalités selon lesquelles on constatera le défaut et on fera usage des recours disponibles. Dans certains systèmes de droit, les pouvoirs publics ont le droit de se charger temporairement d'exploiter l'installation, normalement en cas de défauts d'exécution graves. Il est possible que la loi dispose que certains faits justifient le retrait de la concession. Dans ce cas aussi, il peut être souhaitable de limiter le retrait de la concession pendant son exploitation à des conditions particulièrement graves.

B. Suspension

71. Le législateur a intérêt à tenir compte des faits qui peuvent empêcher la société chargée du projet, temporairement ou de façon permanente, de s'acquitter de ses obligations contractuelles et qui sont appelés cas de force majeure ou désignés par d'autres termes analogues. Ces empêchements peuvent être la conséquence de phénomènes naturels, tels que incendie, tempête ou inondation, ou être provoqués par l'homme, par exemple dans les situations de guerre, de troubles ou de révolte. De tels faits peuvent parfois justifier que l'on suspende l'exécution du projet ou l'exploitation de la concession tant qu'ils durent, jusqu'à concurrence d'une période maximale. La question de savoir si la société chargée du projet peut demander des indemnisations à l'État ou si celui-ci partagera certains des coûts résultant de la suspension du projet trouve en droit des réponses différentes selon les pays. Parfois, la loi définit les modalités selon lesquelles on détermine dans tel ou tel cas si un événement constitue ou non un cas de force majeure.

C. Changement de circonstances

72. La législation de certains pays traite des droits de la société chargée du projet au cas où un acte du gouvernement empêche l'exécution du projet. Dans certains cas, elle prévoit que l'État doit s'engager en général à ne pas faire obstacle à l'exécution du projet, si ce n'est dans des conditions particulières. Dans d'autres systèmes de droit, cependant, l'État a habituellement le droit de modifier les conditions de la concession lorsque l'intérêt public l'exige, sous réserve d'indemniser le concessionnaire. Si l'exécution du projet est interrompue à la suite d'un acte du gouvernement, la société chargée du projet peut avoir droit à une prolongation de la période de concession de même qu'à une indemnité pour le dommage subi. Si, dans certains cas, on peut entendre implicitement que c'est à l'État de verser une telle indemnisation, il peut être opportun de prévoir une disposition spécifique à cet effet pour donner à la société l'assurance qu'elle n'aura pas à supporter des coûts supplémentaires à la suite d'actes du gouvernement qui ne seraient pas dus à un défaut de sa part.

73. Une autre question apparentée a trait à la transformation de facteurs qui, sans empêcher la société de s'acquitter de ses obligations contractuelles, rendent l'exécution considérablement plus onéreuse pour elle qu'il n'avait été prévu au moment où elle avait contracté ces obligations. Certains systèmes de droit comportent des règles particulières dans ce cas qui permettent de revoir les conditions de l'accord de projet pour en rétablir l'équilibre économique d'origine. Dans certains cas, la possibilité d'une révision des conditions de l'accord est généralement implicite dans tous les contrats passés avec l'État ou reconnue expressément par la législation. Certaines dispositions législatives concernant les projets d'infrastructure à financement privé reconnaissent généralement la possibilité de tels changements de circonstances mais laissent aux accords de projet le soin de leur trouver des solutions concrètes.

XI. EXPIRATION, PROROGATION ET DÉNONCIATION ANTICIPÉE DE L'ACCORD DE PROJET

A. Expiration de l'accord de projet
   1. Conditions de l'accord de projet
   2. Transfert de l'installation et mesures apparentées

B. Prorogation de l'accord de projet

C. Dénonciation anticipée de l'accord de projet
   1. Motifs d'une dénonciation anticipée
   2. Conséquences pour les parties

Notes

A. Expiration de l'accord de projet

74. Il est suggéré de traiter de l'expiration, de la prorogation et de la dénonciation anticipée de l'accord de projet en commençant par les conséquences de l'expiration de l'accord et du transfert du projet au gouvernement à la fin de la période du projet.

75. Dans beaucoup de pays, la loi limite la durée de la concession à un certain nombre d'années, qui, parfois, englobent expressément la période de construction, de même que toute prorogation accordée pour des raisons de force majeure. Elle inclut la période de construction dans la période de concession totale pour inciter la société chargée du projet à achever les travaux avant la date fixée, de façon à bénéficier ainsi d'une période de concession plus longue. Dans certains cas, toutefois, les autorités préfèrent un système mixte par lequel l'accord de projet prend fin une fois que la société chargée du projet a totalement remboursé ses dettes et qu'un certain niveau de recettes, de production ou d'utilisation a été atteint, au cours d'un nombre d'années plafonné.

76. Dans les projets du type CET, l'installation d'infrastructure est normalement transférée à l'État à la fin de la période de concession. Dans certains pays, la loi dispose expressément que les actifs transférables sont non seulement ceux qui ont été initialement fournis à la société chargée du projet, mais aussi les actifs, biens et avoirs ultérieurement acquis par celle-ci aux fins de l'exploitation de l'installation, tandis que, dans d'autres, il est prévu que c'est l'appel d'offres ou l'accord de projet qui doit élucider la question. Certaines lois disposent expressément qu'à la fin de la concession l'État accorde à la société chargée du projet une indemnisation au titre des améliorations qu'elle a apportées aux

biens d'origine afin de garantir la continuité du service et dont elle n'est pas encore remboursée à cette date. Dans ces cas, il a le droit de recevoir les actifs et biens liés à la concession dans un état satisfaisant et exploitable. Pour cela, il peut être demandé à la société de fournir une garantie financière quelconque. Parfois, l'installation est spécialement inspectée avant la fin de la concession et, à la suite de cette inspection, le gouvernement peut demander que la société prenne des mesures d'entretien supplémentaires de sorte que l'installation soit en bon état à la date du transfert. La loi prévoit alors que les garanties fournies par la société doivent être maintenues jusqu'à ce que le gouvernement du pays d'implantation prenne réception de l'installation dans des conditions qui le satisfassent et qu'il peut utiliser les garanties pour payer les réparations des actifs ou biens endommagés.

B. Prorogation de l'accord de projet

77. Il est proposé d'examiner dans la deuxième partie du chapitre XI la possibilité de proroger l'accord de projet, question à laquelle les pays apportent différentes solutions juridiques. Dans certains, la loi autorise que la période de concession soit prorogée une ou plusieurs fois d'une durée égale ou plus courte, tandis que, dans d'autres, elle interdit en général les prorogations, sauf dans des cas exceptionnels, par exemple pour permettre à la société chargée du projet de récupérer le coût de travaux exceptionnels nécessaires dans l'installation.

78. Parfois, la prorogation de la période de concession est limitée pour protéger l'État contre les exigences de la société chargée du projet. Dans certains pays, pour favoriser la concurrence dans le secteur considéré, la loi exige des pouvoirs publics qu'à expiration de la concession ils soumettent son renouvellement à un appel d'offres, auquel cas la société chargée du projet peut bénéficier d'une légère préférence sur d'autres candidats également qualifiés.

C. Dénonciation anticipée

79. Il est suggéré d'examiner dans une section distincte les faits ou les circonstances qui provoquent ou justifient la dénonciation anticipée de l'accord de projet et les conséquences qui en découlent pour les parties.

80. Parmi les principaux motifs courants de dénonciation anticipée, on peut citer l'ouverture de certains types de procédures pour insolvabilité à l'encontre de la société chargée du projet, l'expropriation de celle-ci, la dénonciation pour des motifs d'intérêt public, l'incapacité de la société à s'acquitter entièrement ou partiellement de ses obligations, ou le non-respect de leurs obligations par les pouvoirs publics.

81. En général, l'expropriation ou la reprise de la concession par l'État pour des raisons d'intérêt public fait l'objet d'une procédure spéciale et donne lieu à une indemnisation appropriée. Dans quelques pays, la loi donne expressément à la société chargée du projet le droit de dénoncer l'accord si le gouvernement ne s'acquitte pas ou ne peut pas s'acquitter de ses obligations.

82. Si la société chargée du projet est insolvable, ou ne continue pas ou est incapable de continuer à assurer le service, l'État peut avoir intérêt à prévoir des dispositions pour éviter l'interruption de celui-ci. La loi peut lui donner alors la faculté de désigner un administrateur temporaire chargé de veiller à ce que le service considéré continue d'être fourni, ou permettre aux bailleurs de fonds de se substituer à la société chargée du projet ou de désigner un remplaçant. Dans certains pays, la législation prévoit la poursuite de cette administration temporaire jusqu'à ce que les créanciers admis à faire valoir leurs droits dans la liquidation judiciaire décident, sur recommandation de l'administrateur de la liquidation, si l'activité sera poursuivie ou si le droit d'exploiter la concession sera mis aux enchères. Dans certains cas, la loi exclut les actifs et biens liés à la concession de la procédure de liquidation, ou exige que l'État approuve au préalable tout acte par lequel un liquidateur ou un administrateur disposerait des biens et actifs (voir aussi par. 66 ci-dessus).

83. À la différence d'une dénonciation anticipée qui sanctionne l'inexécution de ses obligations par la société chargée du projet, une dénonciation anticipée pour des motifs d'intérêt public n'est normalement pas imputable à des actes commis par la société, distinction dont la loi peut tenir compte pour déterminer l'indemnisation à payer à la société dans chaque cas.

XII. DROIT APPLICABLE

Notes

84. Il est proposé de traiter dans ce chapitre du droit applicable aux projets d'infrastructure à financement privé et des incidences que peuvent avoir différentes législations concernant différents aspects du projet.

85. Dans certains pays, la législation relative aux projets d'infrastructure à financement privé contient des dispositions au sujet du droit applicable à l'accord de projet entre l'État et la société chargée du projet, et impose souvent le droit de cet État. Selon que le régime juridique de la concession est considéré comme un contrat ou comme un acte du gouvernement (question qui relève du chapitre III, "Considérations générales sur la législation", et du chapitre VI, "Accord de projet"), la loi peut donner la préférence au droit privé ou au droit administratif. Dans le deuxième cas, une approche différente est suivie par les lois qui prévoient l'application à titre subsidiaire du droit administratif exclusivement ou qui définissent une hiérarchie des dispositions juridiques applicables au projet. En général, il peut être bon que le droit précise si et dans quelle mesure l'accord de projet peut s'écarter des dispositions d'une telle législation ou les compléter.

86. Il existe des pays où le droit applicable aux projets d'infrastructure à financement privé ne contient pas de disposition spécifique qui définisse la mesure dans laquelle l'accord de projet peut être subordonné à un droit autre que celui du pays d'implantation du projet. Une autre approche a consisté aussi à énumérer les domaines dans lesquels s'applique ce droit du pays d'implantation (par exemple, transfert de technologie, comptabilité, relations professionnelles, contrôle des devises) et à disposer qu'au sujet des questions non régies par ce droit l'accord de projet peut être soumis à un droit étranger.

87. Le droit applicable aux contrats conclus par la société chargée du projet avec des entités autres que l'État varie. Les accords de prêt sont souvent régis par un droit étranger choisi par les parties. Les accords entre les promoteurs du projet peuvent aussi être régis par un tel droit. À leur tour, les contrats entre la société chargée du projet et ses clients locaux, les usagers de l'installation ou son personnel local, ses fournisseurs ou d'autres partenaires commerciaux sont souvent régis par le droit du pays d'implantation. Il importe que les parties étudient soigneusement la valeur en droit, dans ce pays, des droits créés ou des obligations contractées selon la législation d'autres pays. Dans le même temps, il peut être opportun que le gouvernement du pays d'implantation reconsidère les dispositions pertinentes de sa législation à la lumière des engagements que la société chargée du projet est obligée de contracter pour obtenir les moyens financiers ou autres nécessaires à l'exécution du projet.

XIII. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

Notes

88. Il est proposé de traiter dans cette section du cadre législatif du règlement des différends qui pourraient surgir au sujet de projets d'infrastructure à financement privé.

89. Les différends entre la société chargée du projet et les entrepreneurs étrangers, ou entre les autorités du pays d'implantation et la société, sont fréquemment d'ordre commercial, et il est souvent convenu de les soumettre à arbitrage. Les conditions juridiques du règlement de ces différends peuvent être créées par une législation spéciale reposant sur des normes internationalement admises, concernant l'arbitrage commercial international et répondant aux besoins particuliers de l'arbitrage international. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international constitue un modèle particulièrement adapté.

90. Il faut cependant noter que la possibilité d'arbitrage dans le cas des différends entre la société chargée du projet et les pouvoirs publics peut être limitée dans certains systèmes de droit, par exemple dans les pays où les différends auxquels le gouvernement est partie relèvent obligatoirement des tribunaux nationaux.

91. Compte tenu de la variété et de la complexité que peuvent revêtir les différends liés à des projets d'infrastructure à financement privé, il peut être bon que le droit permette aux parties de concevoir des mécanismes pour régler leurs désaccords au fur et à mesure qu'ils apparaissent et éviter qu'ils ne débouchent sur un litige déclaré. Dans certains cas, les parties ont jugé utile de constituer des groupes d'experts, composés selon des modes variables en fonction de la nature des questions en jeu et chargés de faire des recommandations aux parties en vue du règlement de leurs différends. La mise en œuvre du projet risque d'être difficile si des désaccords ou des différends même mineurs, surgissant au sujet de questions techniques, nécessitent des procédures prolongées parce que la loi n'autorise pas expressément la constitution d'un mécanisme qui permettrait de les régler précocement.

92. Les différends entre la société chargée du projet et ses clients constituent une autre catégorie de différends dont le pays d'implantation peut vouloir se soucier. La société peut être autorisée à constituer des mécanismes de règlement des différends ou, dans certains cas, être obligée de le faire. La mesure dans laquelle ces mécanismes peuvent se substituer aux tribunaux nationaux dépend de la législation de chaque pays.

[A/CN.9/438/Add.1]

CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION, BUT ET TERMINOLOGIE DU GUIDE

A. Transactions traitées dans le Guide

1. Les projets d'infrastructure à financement privé sont des transactions aux termes desquelles les gouvernements nationaux, provinciaux ou locaux chargent une entité privée de développer, d'entretenir et de faire fonctionner une installation contre le droit d'en faire payer l'utilisation ainsi que celle des services ou des biens qu'elle produit, soit au public soit au gouvernement.

2. Les transactions traitées dans le Guide peuvent être utilisées pour le financement privé de divers types d'installations, par exemple pour des centrales, des installations pour le traitement des eaux usées ou l'approvisionnement en eau potable, des routes à péage, des chemins de fer, des aéroports, des réseaux de télécommunications. En général, les transactions traitées dans le Guide concernent des installations qui sont destinées à être utilisées par le public ou qui créent une forme de produit ou de service pour le public. Ne sont pas traitées dans le Guide les transactions en vue de la "privatisation" de propriété ou de fonctions de l'État par le biais de la vente au secteur privé de biens de l'État ou d'actions d'entités qui sont propriété de l'État. Le Guide ne concerne pas non plus les transactions en vue de l'exploitation des ressources naturelles telles que les "concessions" ou "licences" en vue de l'exploitation du pétrole ou autre exploitation minière.

B. Objectif du Guide

3. L'objectif du présent Guide est d'aider les gouvernements et les organes législatifs à examiner la pertinence de lois, réglementations, décrets et autres textes législatifs similaires relatifs aux transactions en vue du financement, de la construction et de l'exploitation d'installations d'infrastructure publique par des entités privées.

4. Le Guide énumère un certain nombre de questions souvent mentionnées dans les législations et réglementations nationales et concernant les projets d'infrastructure à financement privé et qui ont été prises en considération lors de l'élaboration du Guide. Celui-ci examine l'opportunité de traiter de ces questions dans la législation et présente des exemples de solutions législatives possibles pour certaines. Le Guide vise essentiellement à donner des conseils en vue d'établir un équilibre approprié entre la nécessité d'attirer des investissements privés pour des projets d'infrastructure et la nécessité de protéger les intérêts du gouvernement hôte ou des utilisateurs de l'installation. Le Guide ne fournit pas seulement un ensemble de solutions modèles pour chaque question considérée, mais aide le lecteur à évaluer plusieurs démarches disponibles et à choisir celle qui convient le mieux dans le contexte national.

C. Terminologie utilisée dans le Guide

5. On trouvera dans les paragraphes ci-après des explications sur la signification et l'utilisation de certaines expressions qui apparaissent fréquemment dans le Guide ou qui sont souvent utilisées dans le droit international ou dans les documents relatifs aux projets d'infrastructure à financement privé. Pour les termes non mentionnés ci-dessous, comme les termes utilisés dans les documents financiers et les documents sur la gestion, il est conseillé au lecteur de consulter d'autres sources d'information sur ce sujet, notamment les *Principes directeurs sur le développement des infrastructures au moyen de projets construction-exploitation-transfert (CET)*, publiées par l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI)[1].

[1]Publication de l'ONUDI, numéro de vente : UNIDO.95.6.F (ci-après dénommée "Principes directeurs de l'ONUDI sur les projets CET").

1. *Construction-exploitation-transfert (CET) et expressions apparentées*

6. Un projet d'infrastructure publique prend le nom de projet CET (construction-exploitation-transfert) lorsque le gouvernement hôte charge une entité privée de financer et de construire une installation d'infrastructure et lui donne le droit d'en assurer l'exploitation commerciale pendant une certaine période, à la fin de laquelle l'installation est transférée au gouvernement. En général, le gouvernement hôte garde le droit de propriété pour l'installation et le terrain sur lequel elle est construite. Les parties peuvent cependant convenir que l'entité privée possédera l'installation jusqu'à son transfert au gouvernement hôte, auquel cas le projet devient un projet "construction-possession-exploitation-transfert".

7. Les projets "construction-location-exploitation-transfert" ou "construction-bail-exploitation-transfert" sont des variantes des projets CET où, en plus des obligations et autres conditions habituelles pour les projets CET, l'entité privée loue l'infrastructure matérielle sur laquelle l'installation est située pendant la durée du contrat. Dans certains projets, par exemple dans le projets du genre "construction-transfert-exploitation", il est expressément prévu que l'installation devient la propriété du gouvernement hôte dès la fin des travaux, la société chargée du projet obtenant le droit de l'exploiter pendant une certaine période.

8. Les projets "construction-possession-exploitation" sont, comme les projets "construction-possession-exploitation-transfert", des projets pour lesquels une entité privée est chargée du financement, de la construction, de l'exploitation et de la maintenance d'une installation d'infrastructure donnée en échange du droit de percevoir des redevances de la part des utilisateurs. Dans ce cas, cependant, l'entité privée possède en permanence l'installation et ses immobilisations et n'est pas dans l'obligation de les rendre au gouvernement hôte.

9. La variante "conception-construction-financement-exploitation" constitue un arrangement analogue dans lequel le secteur privé possède l'installation d'infrastructure et assume en outre la responsabilité de sa conception.

10. Il existe aussi des arrangements aux termes desquels des installations d'infrastructure existantes sont transférées à des entités privées pour qu'elles les modernisent ou les remettent en état, en assurent le fonctionnement et la maintenance, d'une manière permanente ou pour une durée déterminée. Selon que le secteur privé possède ou non l'installation d'infrastructure, ces arrangements sont appelés "remise en état-exploitation-transfert" ou "modernisation-exploitation-transfert" dans le premier cas et "remise en état-possession-exploitation" ou "modernisation-possession-exploitation" dans le second cas.

11. Il arrive que toutes les transactions mentionnées ci-dessus et d'autres formes possibles de projets d'infrastructure à financement privé soient désignées par l'acronyme "CET". Dans le Guide, cependant, l'acronyme "CET" n'est utilisé que pour le type particulier de projets d'infrastructure à financement privé décrits au paragraphe 6.

2. *"Accord de projet" et mots apparentés*

12. Au sens du Guide, les mots "accord de projet" signifient un accord entre le gouvernement hôte et une ou plusieurs entités privées choisies par ce gouvernement pour exécuter le projet. Cet accord définit les termes et conditions de la construction ou modernisation, de l'exploitation et de la maintenance d'une installation d'infrastructure publique.

13. On entend par "promoteurs du projet" le groupe de sociétés qui présentent une proposition ou une soumission commune pour le développement d'un projet d'infrastructure et qui conviennent de le réaliser ensemble si le gouvernement hôte les choisit.

14. Dans le Guide, les mots "consortium du projet" sont utilisés dans un sens plus étroit pour désigner une coentreprise non constituée en société, créée par les promoteurs du projet dans le seul but de réaliser celui-ci, si la législation du pays hôte n'exige pas la création d'une personne morale indépendante à cet effet (voir chap. V, "Mesures préparatoires", par. 29 à 37). Par "société du projet", on entend une personne morale indépendante créée par les promoteurs du projet en vue de réaliser les travaux de construction et d'exploiter l'installation d'infrastructure.

3. *"Concession" et mots apparentés*

15. Lorsque des documents ou des textes législatifs parlent de projets d'infrastructure à financement privé, ils peuvent utiliser les termes "concession", "franchise", "licence" ou "autorisation". Dans certaines législations, en particulier celles qui se réfèrent au droit romain, certaines formes de projets d'infrastructure à financement privé relèvent de notions juridiques bien définies telles que "concession de travaux publics" ou "concession de service public". Ces notions sont régies par des dispositions complexes qui font partie d'un ensemble de lois précis souvent appelé "droit administratif". Dans d'autres législations, par contre, les projets d'infrastructure à financement privé ne relèvent pas d'un ensemble de lois particulier et obéissent aux règles régissant l'activité dont relève le projet.

16. Au sens du Guide, le mot "concession" signifie généralement le droit accordé à la société ou au consortium du projet de construire et d'exploiter l'installation d'infrastructure publique et de faire payer pour l'utilisation de cette installation ou des services ou biens qu'elle produit. Dans le Guide, le mot "concession" ne doit pas être pris dans un sens technique qu'il peut avoir dans un système juridique ou une législation nationale déterminée.

17. Par "accord de concession" et "contrat de concession", on entend dans certains systèmes juridiques l'accord qui est passé entre le gouvernement hôte et la société ou le consortium du projet et qui définit les conditions de la réalisation de celui-ci. Dans le Guide, les mots "accord de projet" sont utilisés dans ce sens.

18. Un autre terme apparenté est le mot "concessionnaire", qui est souvent utilisé pour désigner l'entité privée à qui le gouvernement adjuge la concession. Dans le Guide,

ce mot est synonyme de "société du projet" ou de "consortium du projet".

4. *Gouvernement hôte et expressions apparentées*

19. L'expression "gouvernement hôte" est généralement utilisée dans le Guide pour désigner l'autorité nationale, provinciale ou locale qui assume la responsabilité générale du projet et au nom de qui le projet est adjugé.

20. Par "entité adjudicatrice", on entend dans le Guide l'organe, l'agence ou le fonctionnaire du gouvernement hôte qui est chargé de choisir les promoteurs d'un projet et d'adjuger le projet. Selon le système du pays hôte, le processus de choix et les procédures menant à l'adjudication du projet peuvent être confiés à plusieurs organes, agences ou fonctionnaires.

21. Par "autorité chargée de la réglementation", on entend dans le Guide l'organe ou l'entité du gouvernement, ou l'organisme créé par statut qui est habilité à préciser les règlements et règles concernant l'exploitation de l'installation d'infrastructure. Dans certains pays, cette responsabilité incombe à l'entité adjudicatrice elle-même.

5. *Prêteurs et institutions financières internationales*

22. Par "prêteur", on entend dans le Guide des entités financières publiques ou privées qui accordent des prêts pour la réalisation du projet.

23. Dans le Guide, les mots "institutions financières internationales" désignent des organisations intergouvernementales qui peuvent fournir des fonds ou des garanties financières pour la réalisation de projets de développement, notamment la Banque mondiale, la Société financière internationale, l'Agence multilatérale de garantie des investissements, ainsi que des banques de développement régionales, comme la Banque africaine de développement, la Banque asiatique de développement, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, ou la Banque interaméricaine de développement. Lorsque aucune précision n'est donnée dans le Guide, le mot "prêteurs" inclut les institutions financières internationales qui fournissent des prêts pour le projet.

6. *Contrat clefs en main*

24. Par les mots "contrat clefs en main", on entend un contrat de construction dans lequel un seul contractant est engagé pour s'acquitter de toutes les obligations nécessaires à la réalisation de l'ensemble des travaux, c'est-à-dire le transfert de la technologie, la conception du projet, la fourniture de l'équipement et des matières premières, l'installation du matériel et l'exécution d'autres travaux concernant la construction (construction et génie civil)[2]. Dans un contrat clefs en main, le contractant est normalement obligé de réaliser tous les travaux nécessaires de façon que l'acheteur reçoive une installation prête à être mise en exploitation.

[2]La notion de contrat clefs en main est examinée dans le *Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles*, New York, 1988, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.10 (ci-après dénommée "Guide juridique de la CNUDCI pour la construction"), p. 16.

[A/CN.9/438/Add.2]

CHAPITRE II. PARTIES AUX PROJETS ET PHASES D'EXÉCUTION

A. Généralités

1. Les parties ci-après traitent de questions de base telles que la participation du secteur privé aux projets d'infrastructures publiques et le financement sur projet. Y sont également présentées les diverses parties concernées par le financement de ces projets à l'aide de capitaux privés, avec indication de leurs intérêts respectifs. Enfin, l'on y expose brièvement les différentes phases d'exécution. Il s'agit là d'un aperçu général des questions qui seront étudiées sous l'angle juridique dans les chapitres suivants du Guide.

B. Secteur privé et infrastructures publiques

2. C'est habituellement l'État, ou un organisme jouissant d'un statut spécial en droit national, qui se charge de construire et d'exploiter des infrastructures qui sont utilisées par le public ou qui fournissent à celui-ci certains produits. Les organismes qui exploitent des infrastructures publiques sont souvent considérés comme étant fournisseurs de "services publics" ou d'"équipements collectifs"; il est à noter toutefois que ces termes ne recouvrent pas la même réalité d'un pays à l'autre et que leur définition a évolué dans le temps. Alors que, dans certains pays, la plupart des infrastructures relèvent essentiellement du secteur public, dans d'autres, des organismes privés sont autorisés à investir dans des infrastructures ayant rapport avec certains services publics ou équipements collectifs. Dans ce dernier cas, l'investissement privé est parfois sujet à l'accord de l'État, sous forme de licence, de franchise ou de concession.

3. Dans nombre de pays, le secteur privé a, au XIXe siècle, considérablement investi dans les infrastructures et les services publics, aux termes de diverses concessions. C'est ainsi qu'une bonne partie des chemins de fer et des réseaux de distribution d'électricité et de télécommunications ont été à l'origine mis en place par le privé. Dans certains pays, les concessionnaires jouissaient du droit exclusif de construire et d'exploiter des infrastructures et de décider des modalités de leur utilisation par le public; dans d'autres, l'État conservait un certain pouvoir réglementaire.

4. Au XXe siècle, en revanche, l'investissement privé dans ce type d'infrastructure a accusé un net recul, l'exécution de grands projets étant entreprise par des organismes publics et financée par la dette publique, sous forme d'emprunts auprès de banques nationales ou étrangères ou encore d'institutions financières. Dans certains pays, la notion de

service public ou d'équipement collectif s'est parallèlement étendue à des activités qui relevaient jusque-là du secteur privé. Des organismes publics jouissant d'un statut spécial ont été créés, auxquels ont été accordées des concessions d'exclusivité dans certains territoires.

5. Cette situation s'est inversée au cours des dernières années. En effet, en raison des difficultés d'ordre budgétaire et financier auxquelles l'État doit faire face, tant dans les pays développés que dans les pays en développement, il a parfois été nécessaire d'envisager d'autres moyens de financer des projets d'infrastructure, pour lesquels la demande est de plus en plus forte. C'est ainsi que l'on fait aujourd'hui toujours davantage appel au secteur privé pour financer la mise en place d'infrastructures publiques et que, dans certains pays, ce type de financement fait partie intégrante des programmes de modernisation ou d'extension des infrastructures. Diverses modalités ont été mises au point à cet effet, qui couvrent des situations très diverses, allant de la construction d'infrastructures par une société privée à laquelle un droit d'exploitation est concédé pour une période donnée à la propriété pleine et entière de l'infrastructure par ladite société.

6. Du fait de leur envergure, des modalités complexes de leur financement et du nombre élevé des parties intéressées, les projets d'infrastructure modernes sont autrement complexes que ceux ordinairement financés par le secteur privé. Le financement privé de ces grands projets prend en général la forme d'un "financement sur projet", modalité dont les grandes lignes sont exposées ci-dessous.

C. Financement sur projet

7. Aux termes du financement sur projet, le remboursement des emprunts contractés est essentiellement assuré par les recettes dégagées par le projet même, et non par des garanties données ou obtenues par les promoteurs. À cette fin, l'actif et les recettes du projet, ainsi que les droits et obligations se rapportant à ce dernier, sont estimés en propre et maintenus rigoureusement distincts des actifs des promoteurs. Dans la mesure où ceux-ci ne fournissent guère de garantie ou de nantissement, le financement sur projet est un financement "sans recours" ou "à droit de recours limité".

8. Les capitaux d'emprunt constituent généralement la principale source de financement des projets au titre de cette modalité. Ils sont obtenus sur le marché financier, essentiellement sous forme d'emprunts consentis aux promoteurs ou à la société chargée du projet par des banques commerciales. Ces dernières ont pour cela recours à des fonds déposés auprès d'elles à court ou moyen terme, fonds qu'elles rémunèrent à des taux d'intérêt variables. Il en résulte que les prêts qu'elles consentent sont eux aussi à taux variables et viennent à échéance avant que le projet soit achevé. Le risque est donc pour elles plus élevé que s'il s'agissait de prêts garantis selon les procédures usuelles, et encore plus lorsque la valeur du bien matériel en question (une route, un pont, un tunnel) ne suffit pas à couvrir la totalité du coût financier du projet, faute de "marché" où il pourrait être réalisé. Les banques commerciales sont donc peu enclines à engager les fortes sommes requises pour ces projets avec pour seule garantie le flux de trésorerie escompté ou l'actif propre du projet. De fait, ces projets sont souvent financés selon des modalités qui, tout en reposant essentiellement sur ces deux éléments, avec droit de recours auprès de la société chargée du projet, permettent de limiter les risques grâce à des garanties auxiliaires et à d'autres moyens de protection fournis par les autorités du pays d'implantation, les promoteurs du projet, les acquéreurs ou des tiers intéressés.

9. Outre des fonds d'emprunt, les projets d'infrastructure peuvent être financés par participation au capital, en premier lieu par les promoteurs ou par des investisseurs désireux d'acquérir des parts de la société chargée du projet. Il est à noter toutefois que ces capitaux ne couvrent qu'une partie des coûts du projet. Pour obtenir des prêts aux conditions du marché, ou pour accéder à d'autres sources de financement leur permettant de couvrir les besoins de capitaux, les promoteurs et autres investisseurs sont tenus d'assurer prioritairement le remboursement des sommes qui leur ont été prêtées et donc d'accepter de ne rentrer dans leurs frais qu'une fois ces remboursements effectués. Ce sont donc eux qui assument les plus hauts risques financiers. En contrepartie, ce sont eux qui engrangeront les plus grands bénéfices une fois leur investissement initial amorti.

10. Des moyens financiers peuvent être aussi obtenus en associant à la prise de participation au capital des fonds d'investissement et autres "investisseurs institutionnels", tels que des compagnies d'assurances, des fonds communs de placement ou des fonds de pension. Ces institutions disposent normalement de fortes sommes qu'elles peuvent placer sur le long terme et constituent ainsi une source non négligeable de capitaux complémentaires. Ces derniers pourront être fournis sous forme de prêts ou de prise de participation par le biais de fonds d'investissement. D'une manière générale, les investisseurs institutionnels ne sont pas intéressés par les autres aspects de la mise en place des infrastructures, ni par leur exploitation. Ils n'acceptent le risque encouru qu'en raison de la rémunération escomptée et de l'intérêt, pour eux, de diversifier leurs investissements.

D. Parties au projet

1. *Gouvernement du pays d'implantation*

11. Un certain nombre de facteurs font que le gouvernement du pays d'implantation a un rôle crucial à jouer dans l'exécution des projets d'infrastructure financés à l'aide de capitaux privés. C'est lui qui définit normalement le projet en fonction de ses orientations en matière de développement des infrastructures, en formule les prescriptions techniques et engage la procédure qui aboutit à la sélection des promoteurs. De plus, et tant que dure le projet, il peut être amené, notamment sur les plans législatif, administratif, réglementaire, voire financier, à fournir un appui destiné à assurer la réussite du projet, tant au niveau des travaux que de l'exploitation. Enfin, lorsqu'il s'agit d'un projet de type "construction-exploitation-transfert", c'est l'État qui devient en dernier ressort propriétaire de l'infrastructure.

12. Il est donc normal que les pouvoirs publics veillent à la bonne exécution du projet et s'assurent que les travaux

se déroulent conformément aux prescriptions techniques. Il arrive souvent, en conséquence, que la législation définisse d'assez près les attributions de l'État en matière de contrôle de l'exécution du projet et de l'exploitation des infrastructures. Dans la mesure où ce contrôle associe des responsables de divers ministères et administrations, ce qui exige une certaine coordination, certains pays estiment utile de désigner un organisme, un comité ou un responsable chargé de coordonner toutes les procédures de contrôle en rapport avec le projet.

13. L'État a également intérêt à ce que les infrastructures qui lui seront livrées soient de qualité et contribuent — dans la mesure où elles fournissent des produits (électricité, gaz) et des services (traitement des eaux, élimination des déchets) ou facilitent les transports et les échanges (ports, routes, tunnels) — à la prospérité du pays. En outre, le Gouvernement peut être intéressé par la création d'emplois destinés à la main-d'œuvre locale ou encore par l'obtention de technologies de pointe. Ces objectifs sous-tendent souvent les dispositions législatives se rapportant au transfert de technologie ou à la préférence à accorder aux entreprises s'engageant à faire appel à de la main-d'œuvre locale.

14. Le Gouvernement souhaitera peut-être aussi obtenir que les infrastructures publiques soient gérées de façon plus efficace, les sociétés privées étant censées assurer une meilleure rentabilité des infrastructures que les entreprises publiques. Toutefois, dans la mesure où il est en dernier recours responsable du projet devant la nation, il voudra veiller à ce que l'infrastructure soit exploitée de manière conforme aux orientations décidées pour le secteur visé. Il attachera un intérêt particulier aux questions qui touchent directement le public, telles que la qualité des services et les prix. Il peut donc souhaiter conserver le droit d'exercer un certain contrôle sur l'exploitation des infrastructures et désignera parfois un organisme de tutelle à cet effet.

2. *Promoteurs et société chargée du projet*

15. Le gros des investissements — en ce qui concerne les fonds, le matériel et la main-d'œuvre — porte sur les travaux de construction, d'extension ou de rénovation de l'infrastructure. Parmi les promoteurs figurent donc généralement des entreprises de construction ou des bureaux d'études, ainsi que des fournisseurs d'équipements lourds, qui souhaitent devenir maîtres d'œuvre ou fournisseurs en titre du projet. Ces sociétés participent très activement à la mise au point du projet dès la phase initiale, et leur aptitude à coopérer entre elles et à s'assurer des partenaires solides est capitale au regard de la bonne exécution du projet dans les délais prescrits. Toutefois, en raison même de la nature de leurs activités, elles hésitent parfois à s'engager dans une prise de participation à long terme. Elles cherchent donc souvent à faire intervenir également une société spécialisée dans l'exploitation et la maintenance d'infrastructures du type de celle envisagée. L'État peut avoir intérêt à favoriser la présence d'une société de ce genre, dans la mesure où elle garantit que les critères de faisabilité technique et de viabilité financière du projet sont pris en compte au-delà de la phase de travaux.

16. Du point de vue des promoteurs, il importe que le rendement des capitaux investis soit à la hauteur des risques encourus. Outre les aspects commerciaux — tels que le montant des recettes qu'ils escomptent dégager de l'exploitation —, les promoteurs fondent en grande partie leur décision sur le degré de protection que la loi accorde aux investissements. Ils voudront en particulier s'assurer qu'ils ne courent pas le risque de se voir spoliés ou dépossédés, qu'ils pourront transférer en devises les recettes obtenues en monnaie locale et qu'ils pourront rapatrier ou transférer à l'étranger leurs bénéfices et leur investissement résiduel à l'expiration du projet. Ils souhaiteront donc peut-être recevoir de l'État des assurances dans ce sens.

17. Le souci de limiter leur responsabilité à hauteur de leur participation au capital conduit normalement les promoteurs à créer une société à responsabilité limitée (par exemple, une société anonyme) ayant une personnalité juridique, un actif et une gestion propres, dont l'objet est l'exécution du projet. Il arrive que parmi les actionnaires de cette société figurent des investisseurs indépendants ayant pris une participation au capital mais n'étant pas intéressés par d'autres aspects du projet : il s'agit en général d'investisseurs institutionnels, de banques d'investissement, d'institutions de financement bilatéral ou multilatéral, voire de l'État même ou d'une entreprise publique. La législation exige parfois la participation d'investisseurs privés du pays d'implantation.

18. La société chargée du projet est globalement responsable de ce dernier et décide d'un certain nombre d'arrangements contractuels avec les entreprises de construction, les fournisseurs de matériel, la société d'exploitation et de maintenance et toute autre entreprise concernée, en fonction des besoins d'exécution du projet. C'est elle qui, normalement, se charge de réunir les fonds qui devront compléter ceux mobilisés par la prise de participation des promoteurs au capital.

3. *Bailleurs de fonds et institutions financières internationales*

19. Étant donné l'importance des sommes requises pour financer ce type de projet, les prêts prennent souvent la forme de prêts consortiaux, une ou plusieurs banques jouant le rôle de chef de file et négociant les contrats de crédit au nom des autres institutions financières, essentiellement des banques commerciales. Ces dernières, fortes de leur grande expérience en matière de financement sur projet, mettent normalement au point, en collaboration avec les promoteurs, des instruments adaptés aux besoins du projet en question. Elles sont sensibles à la nécessité de préserver la capacité de paiement de la société chargée du projet et font souvent preuve de flexibilité lorsqu'il s'agit de proroger les échéances ou de renégocier les termes du contrat. En revanche, elles veillent à limiter le plus possible leurs risques au cas où il serait mis un terme au projet ou s'il surgissait des complications d'ordre commercial, politique ou autre.

20. Avant de décider de financer un projet, les bailleurs de fonds en examinent généralement minutieusement les hypothèses économiques et financières afin de s'assurer de sa faisabilité et de sa viabilité commerciale. Ils prendront donc des dispositions pour limiter autant que possible le

risque de défaut de paiement. Ils jugent en particulier que la dette contractée auprès des banques commerciales doit être remboursée prioritairement et avant tout autre type de financement, c'est-à-dire avant que des sommes ne soient reversées à d'autres créanciers et avant que des dividendes ne soient distribués aux actionnaires ou aux promoteurs du projet. Elles exigent aussi des garanties sous forme d'hypothèques, des garanties fixes ou fluctuantes sur l'ensemble des biens du projet, la mobilisation de créances découlant de l'exploitation de l'infrastructure, le dépôt automatique d'une partie de ces produits sur un compte bloqué (souvent ailleurs que dans le pays d'implantation), des garanties de l'État, ou encore la possibilité de nommer un substitut si la société chargée du projet venait à manquer, volontairement ou non, à ses obligations. Plus la législation du pays d'implantation protège les investissements, plus il y a de chances que le projet soit financé à des conditions favorables. On trouvera exposé au chapitre VI, relatif à l'accord de projet, le rôle que celle-ci peut jouer à cet égard.

21. Les institutions financières internationales et les organismes de crédit à l'exportation ont aussi un rôle important à jouer dans le financement privé de projets d'infrastructure. C'est ainsi que la Banque mondiale, la Société financière internationale ou encore des banques régionales de développement ont participé au financement de ce type de projets. Une telle participation rend plus aisée la mobilisation de fonds par les promoteurs sur les marchés financiers, dans la mesure où elle protège les banques commerciales d'une série de risques d'ordre politique, notamment au cas où l'État cesserait d'effectuer les paiements convenus, de mettre à leur disposition les devises requises ou d'accorder les autorisations réglementaires. Les institutions financières internationales jouent aussi un rôle décisif dans la formation des consortiums qui consentiront les prêts nécessaires. Certaines d'entre elles disposent de programmes de prêts au titre desquels elles deviennent le seul prêteur officiel du projet, agissant pour leur propre compte aussi bien que pour celui des banques participantes et se chargeant d'acheminer les décaissements effectués par les participants ainsi que de percevoir et répartir les remboursements effectués par l'emprunteur.

4. *Autres sources de capitaux*

22. Outre les banques commerciales et les institutions financières internationales, les "investisseurs institutionnels" — compagnies d'assurances, fonds communs de placement, fonds de pension ou encore fonds d'investissement — peuvent aussi amener des capitaux pour les projets d'infrastructure. Ces investissements se font généralement à la condition que le remboursement du principal et des intérêts ou le versement de dividendes s'effectuent de manière prioritaire, c'est-à-dire avant que des dividendes ne soient distribués aux promoteurs et aux autres actionnaires de la société chargée du projet. Il est fréquent que les investisseurs institutionnels demandent à être périodiquement informés au moyen de rapports et états financiers. Ceux qui détiennent des actions ou obligations privilégiées jouissent des autres droits que leur accorde la législation du pays où la société chargée du projet a son siège social ou de celui où ces actions et obligations ont été émises. Parmi ces droits figurent le droit de se faire collectivement représenter par un mandataire, le droit d'être consulté et de se prononcer en cas de modification des statuts de la société chargée du projet et un droit de privilège sur les sommes distribuables au moment de la liquidation.

23. Les institutions financières islamiques constituent aussi une source potentielle de capitaux. Ces organismes sont gérés selon les principes du droit islamique, en vertu duquel, notamment, ils s'abstiennent de percevoir des intérêts. La rémunération des prêts prend donc d'autres formes, telles qu'une participation aux bénéfices ou une participation directe au résultat des transactions du client. De ce fait, les institutions financières islamiques sont, plus que les banques commerciales, disposées à envisager une prise de participation directe ou indirecte à un projet. En revanche, elles accordent une grande importance à la possibilité d'examiner les hypothèses économiques et financières du projet et suivent de près toutes les phases d'exécution.

5. *Entreprises de construction et fournisseurs*

24. Il arrive souvent qu'une au moins des entreprises ayant passé marché avec la société chargée du projet en vue de la construction de l'infrastructure ou la fourniture de matériel soit également promoteur du projet.

25. Les entreprises de construction se chargent généralement des études techniques et de la construction à proprement parler de l'infrastructure jusqu'à la fin des travaux. Elles tiennent essentiellement à ce que les délais soient respectés et que les coûts estimatifs ne soient pas dépassés. Elles souhaiteront donc s'assurer qu'elles disposeront de tout ce dont elles auront besoin (ciment, carburants, acier, électricité, eau, etc.) et qu'elles seront autorisées à importer tous les équipements et matériels qu'elles ne pourraient se procurer sur place. Elles voudront également avoir la possibilité de recruter, localement comme sur le plan international, le personnel de leur choix. Tout comme la société chargée du projet, les entreprises de construction compteront pouvoir convertir en devises et transférer à l'étranger les recettes obtenues en monnaie locale.

6. *Sociétés d'exploitation et de maintenance*

26. De toutes les entreprises avec lesquelles la société chargée du projet passe marché, les compagnies chargées de l'exploitation et de la maintenance sont celles dont la participation au projet est la plus longue. La société d'exploitation se trouve dans une situation exceptionnelle en ce sens qu'elle est en relation directe avec le public et que ses opérations l'exposent au regard critique de ce dernier. Elle porte donc sur la viabilité économique et financière du projet et sur sa rentabilité un regard qui diffère de celui des autres promoteurs. Il peut en conséquence être utile de la consulter dès la phase initiale du projet.

27. Les modes de rémunération de ces sociétés sont divers et peuvent aller du versement d'une somme forfaitaire à un montant calculé sur la base du prix coûtant majoré soit d'un montant forfaitaire, soit d'un pourcentage sur les coûts, soit d'une participation aux recettes. Il est courant d'associer plusieurs de ces modalités. La société chargée du

projet se réserve généralement un certain droit de regard sur l'exploitation de l'infrastructure (notamment par le biais d'audits et d'examen des coûts) afin de s'assurer que les frais d'exploitation ne s'éloignent guère des prévisions initiales. Lorsque le remboursement des frais est soumis à un plafond, la société d'exploitation a elle aussi intérêt à les maintenir au plus bas.

28. Les sociétés d'exploitation et de maintenance sont normalement censées respecter des normes de qualité conformes à divers principes énoncés notamment dans les textes réglementaires, l'accord de projet, le contrat d'exploitation et de maintenance, les directives établies par l'organisme de tutelle, ou encore la législation du travail ou les textes régissant la protection de l'environnement. Elles sont donc habituellement tenues de fournir des garanties de bon fonctionnement ou un cautionnement et de souscrire à une police d'assurance adéquate, qui couvre en particulier les dommages, les accidents du travail, les dégâts causés à l'environnement et la responsabilité civile.

29. Les sociétés d'exploitation et de maintenance devront disposer de directives et règles de fonctionnement précises et chercheront à obtenir de la société chargée du projet les assurances qu'elles pourront s'acquitter de leurs tâches sans ingérence extérieure indue. Des litiges entre elles et les pouvoirs publics risquent de surgir lorsque de nouvelles lois ou réglementations viennent à être adoptées qui imposent des normes d'exploitation plus strictes ou encore lorsque les pouvoirs publics exercent leur droit de regard.

7. *Assureurs*

30. Les projets d'infrastructure à financement privé comportent une série de risques liés à la construction et à l'exploitation qui dépassent parfois les capacités de couverture de la société chargée du projet, de l'État, des bailleurs de fonds ou des entreprises liées au projet. Il est donc indispensable, au regard de la viabilité d'un tel projet, de souscrire à des polices d'assurances adéquates. D'une manière générale, ces polices devront couvrir les accidents en rapport avec les installations et équipements, la responsabilité civile et les accidents du travail. L'on peut aussi prévoir une assurance couvrant la rupture d'activité, l'interruption des encaissements et le dépassement des coûts. Ces polices peuvent généralement être obtenues auprès de compagnies d'assurances privées, mais il faut savoir que certains cas de force majeure (état de guerre, émeutes, vandalisme, tremblements de terre, cyclones, etc.) en sont parfois exclus, et que, dans de tels cas, il appartient à une ou plusieurs des parties de prendre les risques à leur charge. Certaines catégories de risques, notamment ceux d'ordre politique, peuvent exiger une garantie d'institutions financières internationales, telles que la Banque mondiale ou la Société financière internationale, ou d'organismes de crédit à l'exportation.

E. Phases d'exécution

31. Les projets d'infrastructure à financement privé comportent un certain nombre de phases, qui vont de la définition initiale du projet et la sélection des promoteurs au transfert éventuel des installations à l'État, en passant par la conclusion de l'accord de projet et des instruments connexes, la construction ou la modernisation de l'infrastructure et l'exploitation de cette dernière[1].

1. *Définition du projet*

32. Si l'on excepte ceux résultant de propositions non sollicitées présentées par le secteur privé, il appartient normalement aux autorités du pays d'implantation de définir les projets qui répondent aux besoins nationaux en matière d'infrastructure. Du point de vue juridique, deux questions devront normalement être soulevées à ce stade; il s'agit en effet, d'une part, de décider du mode de participation du secteur privé au projet en question, et, de l'autre, de désigner les entités habilitées à agir pour le compte de l'État.

33. En un tout premier temps, les pouvoirs publics doivent entreprendre une étude préliminaire de faisabilité, notamment sur les plans économique et financier, afin de déterminer, par exemple, les avantages économiques escomptés, les coûts estimatifs et les recettes pouvant être tirées de l'exploitation de l'infrastructure. Il importe aussi, à ce stade, d'évaluer la faisabilité technique du projet ainsi que ses incidences sur l'environnement. Les conclusions préliminaires de ces études seront décisives lorsqu'il s'agira de définir les modalités de la participation du secteur privé et de décider si l'État doit devenir en dernier ressort propriétaire de l'infrastructure initialement exploitée par l'organisme privé, ou si cet organisme en conserve non seulement le droit d'exploitation mais aussi la propriété. Les choix qui seront faits à ce stade détermineront un certain nombre d'aspects relevant de la législation, tels que l'acquisition des terrains (voir chap. V, "Préparation", par. 1 à 15) et la propriété des installations et autres équipements connexes (voir chap. VI, "Accord de projet", à rédiger).

34. Une fois le projet défini, il appartient au Gouvernement d'en déterminer la priorité relative et d'affecter des ressources humaines et autres à son exécution. À ce stade, il importe que les autorités compétentes passent en revue tous les textes réglementaires pertinents afin de recenser les organismes publics appelés à accorder les approbations, licences et autres formes d'autorisations requises, ou qui seront, d'une manière ou d'une autre, concernés par l'exécution du projet. Le Gouvernement pourra aussi, en fonction de l'importance accordée au projet et du niveau de délégation des pouvoirs qu'il aura décidé, désigner l'organisme qui sera chargé de coordonner les apports de toutes les administrations concernées et de veiller à l'octroi des licences et autorisations (pour plus de détails, se reporter au chapitre V, "Préparation", par. 38 à 44).

[1]Le présent sous-chapitre traite d'un certain nombre de questions en rapport avec les différentes phases d'exécution des projets d'infrastructure financés à l'aide de capitaux privés. Pour une étude plus approfondie, notamment des aspects économiques, financiers et de gestion, on se reportera aux ouvrages généraux sur la question, et en particulier aux directives de l'ONUDI concernant les projets de construction-exploitation-transfert.

2. *Sélection des promoteurs*

35. Une fois que le Gouvernement a défini le projet, en a évalué la faisabilité et la viabilité et a établi la nécessité ou l'opportunité de solliciter un financement privé, il lui faut, en ayant pour cela recours aux modalités prévues par la loi, sélectionner les promoteurs qui se chargeront de l'exécuter. Il est fréquent que la sélection se fasse par appel d'offres ou sollicitation de propositions auprès de concurrents présélectionnés en fonction des qualifications requises (pour ce qui est des aspects juridiques du choix des modalités et procédures de sélection, se reporter au chapitre IV "Sélection des promoteurs" à rédiger).

36. L'opinion que les promoteurs prospectifs se font des règles régissant la sélection détermine souvent celle qu'ils auront de la viabilité du projet et de l'opportunité pour eux de consacrer du temps et de l'argent à la soumission d'offres. Ils hésiteront à participer à une sélection dont les modalités leur semblent mal définies ou par trop astreignantes. En conséquence, si l'État souhaite attirer des capitaux privés, il peut être souhaitable pour lui de veiller à ce que les procédures aboutissent à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés, garantissent un traitement juste et équitable de tous les concurrents et assurent la transparence de la sélection[2].

37. Quelle que soit la procédure retenue, la sélection est un processus fréquemment complexe, qui exige du temps et suppose une dépense considérable pour les promoteurs prospectifs, dépense qui viendra s'ajouter aux coûts du projet. Il importe, pour éviter d'avoir à fournir des éclaircissements ultérieurs et prévenir tout litige, que la documentation fournie aux concurrents soit claire et comporte tous les éléments leur permettant de préparer leurs offres ou leurs propositions. Dans de nombreux pays, les autorités jugent bon de joindre au dossier un modèle de l'accord de projet qui sera conclu avec les promoteurs sélectionnés, ce qui permet aux concurrents de prendre connaissance des obligations que contracte normalement un concessionnaire en vertu de la législation du pays d'implantation. Cette dernière comporte des directives à l'intention des entités adjudicatrices, qu'il est indispensable de prendre en compte dans le cadre de la sélection des promoteurs.

3. *Phase de préparation de l'exécution*

38. Une fois les promoteurs sélectionnés, il faut prendre une série de mesures en vue de l'exécution du projet. Il est fréquent que les promoteurs créent une société juridiquement indépendante qui sera chargée de mener le projet à bien et avec laquelle les autorités du pays d'implantation concluent l'accord de projet, définissant les obligations des parties en matière d'exécution. Pour des projets aussi complexes, il est courant que les négociations préalables à la conclusion de l'accord s'étalent sur plusieurs mois. L'on sait que ces lenteurs sont imputables à un certain nombre de facteurs, notamment le manque d'expérience des parties, le manque de coordination entre les administrations compétentes, le fait que le Gouvernement ne se prononce pas clairement sur l'importance qu'il accorde au projet, ou encore la difficulté à mettre en place des garanties acceptables par les bailleurs de fonds[3]. L'État peut grandement faciliter ce processus en veillant à la coordination entre les administrations et organismes publics concernés, ou encore en déterminant à l'avance les types de garanties et de facilités qu'il serait prêt à octroyer en vue de l'exécution du projet (voir chap. VII, "Appui de l'État", à rédiger). Plus les parties seront au fait des questions visées dans l'accord, plus les négociations auront de chance d'être fructueuses. À l'inverse, si des aspects majeurs demeurent en suspens une fois la sélection achevée et si les négociateurs ne reçoivent pas d'indications suffisamment claires quant aux questions de fond faisant l'objet de l'accord, les négociations risquent de traîner en longueur et de se révéler très onéreuses. Il est à noter que les négociations sont moins longues lorsque les textes législatifs définissent les questions qui doivent faire l'objet de l'accord de projet (pour une étude de la question, voir chap. VI, "Accord de projet").

39. Outre l'accord de projet et les instruments connexes, la société chargée du projet souscrit des accords avec les prêteurs en vue de l'octroi de prêts destinés à l'exécution du projet, et passe marché avec des entreprises de construction et des fournisseurs. D'autres dispositions sont en général prises dès l'adjudication afin de préparer la phase de construction. Des inspections préliminaires du site sont menées avant le début des travaux. La société chargée du projet peut devoir, à ce stade, importer les équipements et matériels dont elle aura besoin et faire venir le personnel requis pour l'exécution du projet. L'action des pouvoirs publics sera décisive pour éviter que des lenteurs ne viennent entraver l'octroi éventuel de licences (voir le chapitre V, "Préparation").

4. *Phase de construction*

40. Une fois prises les dispositions préliminaires susmentionnées, les fonds nécessaires à l'exécution du projet peuvent être décaissés et les travaux de construction ou de modernisation lancés. Le gros des investissements est consenti au cours de la phase de construction, alors que l'infrastructure ne dégage pas encore de recettes. La viabilité globale du projet repose donc sur l'aboutissement des travaux. Les parties concernées cherchent en priorité à éviter tout retard dans la construction et tout dépassement des coûts. Pour les prêteurs, ces risques devront être assumés par la société chargée du projet, ainsi que par les entreprises avec lesquelles cette dernière aura passé marché, dont ils veulent être assurés qu'elles sont compétentes et solides.

41. Du point de vue du Gouvernement, les retards dans la construction et le dépassement des coûts ont des incidences politiques fâcheuses et risquent d'entamer la crédibilité de ses orientations en matière de mise en place d'infrastructures à l'aide de capitaux privés. Les pouvoirs publics exigent fréquemment que la société chargée du projet assume l'en-

[2]Ce sont là certains des objectifs énoncés dans le préambule à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, adoptée par la CNUDCI à sa vingt-septième session, en 1994, et dont le texte, accompagné d'un guide pour l'incorporation dans le droit interne, a été publié (New York, 1995).

[3]Pour une étude des facteurs ayant des incidences sur le bouclage du montage financier, voir *Financing Private Infrastructure*, Société financière internationale, Washington, 1996, p. 37.

tière responsabilité des délais de construction. L'accord de projet comportera donc un certain nombre de dispositions, parfois prescrites par la réglementation en vigueur, concernant les incidences éventuelles de telles situations et prévoyant, par exemple, une garantie de bonne exécution ou un cautionnement, la souscription à des polices d'assurance ou encore des pénalités et des dommages-intérêts d'un montant fixé au préalable. On trouvera au chapitre X, "Questions liées à l'exécution", un examen des moyens juridiques de régler ces questions. Par ailleurs, l'État tout comme les bailleurs de fonds voudront s'assurer que les techniques qui seront employées pour exécuter le projet ont fait leurs preuves et sont connues pour être fiables et sûres. Ils envisageront avec réticence toute utilisation de technologie nouvelle ou non éprouvée. En tout état de cause, ils peuvent exiger que des essais soient effectués avant la réception des installations.

42. La société chargée du projet exige généralement que les entreprises de construction assument les risques liés à l'exécution et au dépassement des coûts. Les marchés seront donc à forfait, avec des délais fixes, et porteront sur des contrats clefs en main, avec garantie de bonne exécution. L'entreprise peut en outre être tenue de garantir que l'infrastructure pourra être exploitée selon des normes de qualité préétablies. Pareillement, les fournisseurs peuvent être tenus de fournir des garanties concernant l'adéquation de leurs équipements.

5. *Phase d'exploitation*

43. Une fois les travaux de construction achevés, et sur autorisation des pouvoirs publics, commence la phase la plus longue du projet, celle de l'exploitation de l'infrastructure. Au cours de la phase opérationnelle, la société chargée du projet assume la responsabilité de l'exploitation et de la maintenance des installations et s'occupe de collecter les redevances auprès des utilisateurs. Il est fréquent que les textes réglementaires prescrivent les conditions d'exploitation et de maintenance des installations ainsi que les normes de qualité et de sécurité à respecter, qui sont énoncées plus en détail dans l'accord de projet. Par ailleurs, un organisme réglementaire peut être nommé, qui supervise les conditions d'exploitation de l'infrastructure, comme indiqué plus en détail au chapitre IX "Phase d'exploitation".

44. Les recettes dégagées de l'exploitation constituent, pour la société chargée du projet, la seule source de revenus permettant de rembourser les prêts, de récupérer les sommes investies et de réaliser des bénéfices. Au cours de cette phase, elle s'attache donc à éviter toute interruption de fonctionnement et à se protéger des incidences d'une telle situation, ses intérêts coïncidant normalement, sur ce plan, avec ceux des bailleurs de fonds. Il lui importe donc de veiller à ce que le matériel et l'énergie requis pour le fonctionnement de l'infrastructure ne fassent jamais défaut. Elle tient, de plus, à s'assurer que la tutelle ou le contrôle exercé par les autorités n'entraînera ni perturbations ni interruptions et ne se soldera pas par des frais supplémentaires.

45. D'une manière générale, l'État a lui aussi intérêt à ce que la fourniture de biens ou services au public et aux utilisateurs ne soit pas interrompue. Il est cependant normal qu'il veille à ce que les conditions d'exploitation et de maintenance soient conformes aux normes de qualité et de sécurité prescrites ainsi qu'à la réglementation en vigueur. Cela est tout particulièrement vrai pour des infrastructures utilisées par le public (ponts, tunnels, etc.) ou qui peuvent poser un risque (centrales, réseaux de distribution de gaz, etc.). La position du Gouvernement, qui est responsable devant la population de l'infrastructure en question, risque de donner lieu à des différends avec la société chargée du projet. Il importe donc que les règles concernant l'exploitation de l'infrastructure soient clairement précisées, tout comme les voies de règlement des différends qui pourraient surgir lors de la phase opérationnelle.

6. *Expiration de l'accord de projet*

46. Sauf lorsque la société chargée du projet en demeure propriétaire à part entière, les projets d'infrastructure financés à l'aide de capitaux privés sont de durée limitée. Dans certains cas, cette société peut obtenir la prolongation de sa concession. Dans d'autres, la loi exige qu'il soit procédé à la sélection d'un nouveau concessionnaire par appel à la concurrence (pour un examen plus détaillé de la question, se reporter au chapitre XI, "Expiration, prorogation et dénonciation de l'accord de projet").

47. Dans d'autres cas encore, notamment pour les projets de type "construction-exploitation-transfert", les installations et tous les biens et équipements s'y rapportant sont transférés à l'État à l'expiration de l'accord de projet. L'État tient alors à s'assurer que les technologies modernes ont bien été transférées, que la maintenance de l'infrastructure s'est faite correctement et que du personnel local a été formé aux fins de l'exploitation.

[A/CN.9/438/Add.3]

CHAPITRE V. MESURES PRÉPARATOIRES

A. Le site du projet

1. *Acquisition de terrains pour la construction de l'installation*

1. L'une des principales mesures préparatoires à prendre avant d'exécuter un projet d'infrastructure consiste à acquérir les terrains et autres biens requis pour la construction de l'installation. Souvent, ces terrains sont fournis par l'État hôte, mais, parfois, ils sont achetés par les promoteurs du projet. Dans ces deux cas, la législation du pays hôte peut jouer un rôle important en facilitant l'acquisition des terrains requis, ce qui permet de diligenter l'exécution du projet.

2. Lorsqu'une nouvelle infrastructure doit être construite sur des terrains appartenant à l'État hôte, ou qu'une infrastructure existante doit être modernisée ou rénovée (par exemple dans le cas des projets "modernisation-exploita-

tion-transfert" ou "rénovation-exploitation-transfert"), c'est normalement à l'État hôte, en tant que propriétaire, de mettre ces terrains ou installations à la disposition de la société du projet. L'État hôte peut soit transférer à la société le titre de propriété des terrains ou installations, soit conserver ce titre de propriété, tout en donnant à la société un droit d'utilisation et de construction. Cette question est examinée au chapitre VI ci-après, "L'accord de projet" [non encore rédigé].

3. Certains pays ont adopté des dispositions détaillées sur la préservation et la protection des biens de l'État, prévoyant des procédures et autorisations particulières pour le transfert de propriété à des entités privées ou l'octroi à des entités privées du droit d'utiliser des biens de l'État. Quel que soit le choix fait par l'État hôte en ce qui concerne la propriété de l'infrastructure à construire, à moderniser ou à rénover, il sera sans doute souhaitable que la loi autorise l'État à transférer ou à fournir à la société du projet tout terrain ou toute infrastructure existante requis pour l'exécution du projet.

4. Que l'installation d'infrastructure doive être transférée à l'État hôte, ou qu'elle doive rester la propriété de la société du projet, les parties souhaiteront sans doute déterminer la valeur et l'état des terrains et installations au moment de leur remise à la société du projet. C'est pourquoi, outre les questions qui seront normalement traitées dans l'accord de projet (par exemple les procédures de remise des terrains ou installations, la documentation requise, les droits de timbre), il sera sans doute utile que la loi dispose que ces terrains et installations devront être inspectés, mesurés et délimités, avant d'être transférés ou fournis à la société du projet. La disposition à cet effet, combinée à l'autorisation donnée aux pouvoirs publics de transférer les terrains à la société du projet, pourrait être rédigée comme suit :

> 1. Le Gouvernement est autorisé à fournir au concessionnaire les terrains, bâtiments ou autres biens requis pour l'exécution du projet pendant la durée de la période de concession.
>
> 2. L'accord de projet énonce les procédures d'inspection, de délimitation et d'évaluation des terrains, bâtiments et autres biens et les procédures de détermination de l'état dans lequel ils se trouvent avant d'être mis à la disposition du concessionnaire.

5. La situation peut être plus complexe lorsqu'une nouvelle infrastructure doit être construite sur un terrain qui n'appartient pas encore à l'État hôte et qui doit être acheté à ses propriétaires. Les lois nationales prévoient souvent que l'État hôte doit acquérir les terrains et les mettre à disposition aux fins du projet, encore que, parfois, les terrains requis soient achetés par les promoteurs du projet.

6. L'acquisition des terrains par la société du projet peut être la solution retenue pour les projets tirant leur origine d'une proposition non sollicitée, émanant du secteur privé. Notamment dans le cas d'installations d'infrastructure au potentiel commercial relativement élevé, qui ne sont pas considérées comme une priorité nationale, l'État hôte peut ne pas se sentir obligé de s'engager à acquérir les terrains et à les fournir à la société du projet. Toutefois, il peut jouer un rôle important en aidant la société à obtenir les autorisations et licences requises pour acquérir ces terrains, ou en levant les restrictions ou interdictions, peut-être de caractère législatif, qui pourraient faire obstacle à l'acquisition des terrains par la société du projet.

7. Dans la plupart des cas, toutefois, la société du projet répugnera à prendre en charge l'acquisition des terrains requis. Elle pourra craindre les retards et les dépenses qu'entraîneront des négociations avec, peut-être, un grand nombre de propriétaires différents et craindre, comme c'est le cas dans certaines régions du monde, de devoir entreprendre des recherches complexes sur les titres de propriété et examiner des transferts successifs de propriété, afin de pouvoir établir la régularité des titres de chaque propriétaire. En outre, la publicité faite à l'infrastructure envisagée risque de relever les prix des terrains, de sorte que la somme payée en définitive par la société du projet dépassera sans doute les estimations initiales. Dans le cas des projets identifiés par le pays hôte, celui-ci peut avoir intérêt à éviter tout retard superflu ou toute augmentation du coût du projet imputable à l'acquisition des terrains requis.

8. Afin d'éliminer les obstacles susmentionnés, l'État hôte voudra peut-être se charger de fournir les terrains requis pour l'exécution du projet, soit en les achetant auprès de leurs propriétaires, soit en les acquérant par expropriation. Certains pays disposent de lois particulières régissant les procédures d'expropriation, qui peuvent être applicables aux expropriations requises pour des projets d'infrastructure à financement privé. Dans certains pays, les procédures d'expropriation varient selon leur objectif. Bien que les conditions et procédures d'expropriation divergent fortement selon les systèmes juridiques, elles comportent souvent au moins deux phases distinctes.

9. La nécessité d'exproprier peut être déterminée lors d'une phase initiale, durant laquelle l'intention du Gouvernement de procéder à des expropriations est portée à la connaissance des propriétaires ou propriétaires supposés. Dans certains pays, les pouvoirs publics peuvent être tenus de tenter d'acquérir les terrains ou biens requis auprès de leurs propriétaires, avant de recourir à des mesures de contrainte. Dans d'autres, il peut ne pas y avoir de telles restrictions. Dans certains pays, les pouvoirs publics sont tenus, avant de procéder à l'expropriation, d'aviser le propriétaire ou le public de leur intention d'exproprier, au moyen d'un acte spécial. Cet acte de notification prend différents noms selon les systèmes juridiques, par exemple "déclaration d'utilité publique" ou "*condemnation decree*". Pour plus de facilité, cet acte est ci-après désigné sous le nom de "décret d'expropriation".

10. L'émission d'un tel acte est souvent suivie d'une deuxième phase, durant laquelle le dédommagement dû au propriétaire est évalué et payé. Dans certains pays, toute la procédure d'expropriation relève de l'administration, alors que dans d'autres, la deuxième phase de la procédure prend la forme d'une action en justice. Souvent, les pouvoirs publics ne peuvent être propriétaires des biens et être autorisés à en prendre possession que si un dédommagement approprié est versé aux propriétaires, et pas avant. Toutefois, dans certaines circonstances, par exemple dans des cas

d'urgence ou en cas de nécessité liée à l'intérêt public, certaines lois habilitent le tribunal ou toute autre autorité présidant à la procédure d'expropriation à autoriser les pouvoirs publics à prendre possession des biens immédiatement après l'ouverture de la procédure, souvent sous réserve du dépôt d'une somme calculée en fonction de la valeur du bien.

11. Le droit d'exproprier des biens privés est en général réservé aux pouvoirs publics, mais les lois d'un certain nombre de pays donnent également ce droit à d'autres entités. Certaines lois autorisent des entités non publiques exécutant certaines activités, comme des entreprises ou concessionnaires de services publics (par exemple des sociétés de chemins de fer, compagnies d'électricité, compagnies de téléphone), à prendre certaines mesures d'expropriation de biens privés requis pour fournir ou développer les services offerts au public. Toutefois, la participation des pouvoirs publics est toujours requise, dans une certaine mesure. Par exemple, la loi peut disposer que les pouvoirs publics doivent émettre le décret d'expropriation, le concessionnaire étant responsable de toutes les mesures ultérieures d'expropriation, y compris le dédommagement des propriétaires.

12. Les procédures d'expropriation sont en général longues et complexes. Elles font souvent intervenir des fonctionnaires de différents ministères, à différents niveaux de la structure de l'État. La procédure peut être particulièrement longue dans certains pays où l'expropriation prend la forme d'une procédure judiciaire. Le pays hôte voudra peut-être examiner les dispositions actuelles relatives à l'expropriation dans l'intérêt public, afin de déterminer si elles sont adaptées aux besoins des grands projets d'infrastructure et si elles permettent des procédures rapides et peu onéreuses, compte dûment tenu des droits des propriétaires.

13. Dans des pays où la loi prévoit plus d'un type de procédures d'expropriation, il a été jugé souhaitable de disposer que toutes les expropriations requises pour des projets d'infrastructure à financement privé seraient effectuées selon la procédure la plus rapide, par exemple la procédure spéciale appliquée dans certains pays en cas d'urgence ou de nécessité liée à l'intérêt public. Dans certains pays, il a également été jugé utile de recourir à la possibilité donnée par la loi de déléguer au concessionnaire le droit de procéder à l'expropriation, les pouvoirs publics restant responsables de l'accomplissement des actes qui, en vertu de la législation pertinente, constituent les conditions légales de l'ouverture d'une procédure d'expropriation (voir le paragraphe 9 ci-dessus). Il peut être avantageux, tant pour les pouvoirs publics que pour la société du projet, de recourir à cette possibilité, notamment dans les pays où le dédommagement des propriétaires expropriés fait l'objet d'une procédure judiciaire, lorsque les parties comptent que le concessionnaire fera sans doute preuve de plus de diligence que les pouvoirs publics. Les parties peuvent convenir que le coût total de l'expropriation sera supporté par la société du projet, ou que le pays hôte supportera une partie de ces coûts.

14. De telles mesures permettront sans doute de commencer d'entreprendre les travaux peu après l'octroi du projet à la société, sans qu'il soit nécessaire d'attendre le règlement définitif de la question du dédommagement à payer aux propriétaires. À cette fin, dans les pays où ces mesures sont autorisées par la législation pertinente, les lois traitant expressément des projets d'infrastructure à financement privé pourraient ne comporter que des dispositions essentielles et faire référence à d'autres lois, comme dans l'exemple ci-après :

1. Sauf disposition contraire de la présente loi, l'expropriation de propriétaires privés requise pour la construction d'une installation d'infrastructure en application de la présente loi se fait conformément aux procédures énoncées dans [*indiquer les lois régissant les procédures d'expropriation*].

2. Le Gouvernement est tenu d'émettre [le décret d'expropriation] [et d'exécuter les autres actes requis en vertu de la loi applicable à l'expropriation].

3. Le Gouvernement peut autoriser le concessionnaire à procéder à l'expropriation, auquel cas [*option 1* : le concessionnaire supporte tous les coûts liés à la procédure d'expropriation] [*option 2* : l'accord de projet énonce les obligations respectives du Gouvernement et du concessionnaire en ce qui concerne les coûts liés à la procédure d'expropriation], y compris le paiement d'un dédommagement du fait de l'expropriation, les frais d'avocat et les frais de justice.

4. Le tribunal ou toute autre autorité compétente peuvent autoriser le concessionnaire à prendre possession des biens dès l'ouverture de la procédure d'expropriation [et le versement d'un montant correspondant à la valeur des biens].

15. Dès l'expropriation, le titre de propriété des terrains est souvent conféré aux pouvoirs publics, bien que, dans certains cas, la loi puisse autoriser les pouvoirs publics et la société du projet de convenir d'un arrangement différent, compte tenu de la répartition entre eux du coût de l'expropriation (voir chap. VI, " L'accord de projet" [non encore rédigé]).

2. *Droit de passage et autres servitudes*

16. Outre l'acquisition des terrains requis pour la construction de l'installation, il peut être nécessaire d'assurer l'accès de la société du projet à ces terrains, dans les cas où l'emplacement du projet est tel que son accès exige un passage sur le terrain de tiers. Ce droit est souvent désigné dans les lois nationales par des expressions telles que "droit de passage". La nature du projet peut être telle qu'elle exige que la société du projet ait accès à des terrains appartenant à des tiers (par exemple pour placer des installations fixes ou des câbles, ou pour fournir des services directement à ses clients, notamment dans le cas de la distribution de gaz, d'eau ou d'électricité). Ces droits d'utiliser la propriété d'une autre personne ou d'y faire des travaux sont souvent désignés sous le nom de "servitudes", ou autres termes similaires. Les droits de passage, servitudes et droits similaires sont ci-après désignés collectivement sous le nom de "servitudes".

17. Les servitudes exigent en général le consentement du propriétaire du terrain qu'elles grèvent, à moins qu'elles ne

soient prévues par la loi. En général, il y a trois moyens pour la société du projet d'obtenir de telles servitudes. Elle peut les acquérir directement auprès des propriétaires des terrains en question; les pouvoirs publics peuvent les acquérir et les transférer à la société du projet; ou la loi peut les octroyer directement à la société du projet.

18. Dans certains cas, les pouvoirs publics peuvent préférer laisser la société du projet négocier ces servitudes avec les propriétaires des terrains. Il ne sera alors peut-être pas nécessaire d'énoncer une disposition législative à ce propos et les parties pourront prévoir dans l'accord de projet que la société du projet sera seule responsable de l'acquisition de ces droits. Les parties jugeront sans doute qu'une telle procédure est possible pour les projets où les servitudes ne concernent qu'un nombre donné de terrains auparavant identifiés, adjacents au site du projet. Toutefois, dans d'autres cas, elle ne constituera pas une solution rapide ou rentable, notamment lorsque la société doit obtenir des servitudes auprès de nombreux propriétaires. Les pouvoirs publics pourront alors préférer se faire attribuer les servitudes requises et les transférer à la société du projet.

19. Dans les cas où le site du projet est acquis par les pouvoirs publics ou la société du projet par expropriation, la question des servitudes peut être traitée dans le cadre de cette procédure. L'expropriation peut ainsi être définie comme englobant, outre le site du projet, les servitudes grevant d'autres terrains, dans la mesure requise pour l'exécution du projet.

20. Le type des servitudes requises par la société du projet dépendra souvent de la nature du projet. Il peut s'agir du droit de placer des panneaux sur des terrains adjacents, dans le cas de routes ou de chemins de fer; du droit d'installer des poteaux ou des lignes électriques sur la propriété de tiers, dans le cas de la distribution d'électricité; du droit d'installer et d'entretenir des transformateurs ou commutateurs; du droit de tailler sur les terrains contigus les arbres gênant les lignes téléphoniques. Vu la diversité des servitudes requises, les pouvoirs publics jugeront peut-être préférable de ne pas les définir de manière plus précise, étant entendu qu'elles seront déterminées séparément pour chaque projet.

21. Une disposition du type de celle qui est présentée ci-après pourrait énoncer une autorisation générale d'octroi des servitudes requises pour le projet par voie d'expropriation, sans limitation quant à leur portée :

> Outre les terrains requis pour la construction de l'installation, le Gouvernement [le concessionnaire] peut établir sur d'autres terrains les servitudes nécessaires pour assurer l'accès du concessionnaire à l'installation, la construction ou la mise en place, sur ces autres terrains ou au-dessus de ces autres terrains, ainsi que l'entretien des équipements nécessaires au fonctionnement de l'installation et à la fourniture des services correspondants.

22. Une autre solution, quelque peu différente, est possible : la loi elle-même peut prévoir le type de servitudes accordées à la société du projet, sans nécessairement exiger l'expropriation des terrains grevés desdites servitudes : une telle solution peut être retenue dans des secteurs particuliers pour lesquels l'État hôte juge possible de déterminer par avance les servitudes qui pourront être requises par la société du projet. Par exemple, une loi particulière au secteur de la production d'électricité pourrait accorder les servitudes suivantes :

> Le concessionnaire a le droit d'installer des câbles, afin de mettre en place et d'exploiter des réseaux de base et des réseaux de distribution, sur des terrains appartenant à des tiers, qui autoriseront le concessionnaire à prendre les mesures suivantes :
>
> *a)* Installer ou placer des câbles souterrains et aériens et mettre en place les supports de ces câbles et les transformateurs et commutateurs nécessaires;
>
> *b)* Entretenir, réparer et retirer l'un ou l'autre de ces équipements;
>
> *c)* Établir une zone de sécurité le long du parcours des câbles souterrains ou aériens;
>
> *d)* Retirer les obstacles situés le long des câbles, ou empiétant sur la zone de sécurité.

23. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, la société du projet sera tenue de dédommager le propriétaire, comme s'il y avait eu expropriation, lorsque la nature de la servitude est telle que la jouissance de son bien par le propriétaire est sérieusement entravée.

B. Constitution du concessionnaire

1. *Le concessionnaire en tant que consortium*

24. Les lois nationales sur les projets d'infrastructure à financement privé comportent souvent des dispositions relatives au statut juridique du concessionnaire et traitent de la question de savoir si le concessionnaire doit être constitué en tant que personne morale indépendante ou si le projet peut être octroyé collectivement aux différents promoteurs du projet réunis dans un consortium. Dans certains pays, la loi exige que la société du projet soit constituée en tant que personne morale indépendante (voir la sous-section 2 ci-après), alors que, dans d'autres, la loi autorise l'octroi d'un projet à un consortium rassemblant les promoteurs du projet.

25. Selon la pratique commerciale, un consortium est un arrangement contractuel aux termes duquel un groupe d'entreprises s'engage à coopérer pour l'exécution d'un projet sans se fondre en une personne morale indépendante. Les consortiums sont très courants dans l'industrie de la construction, pour l'exécution de grands projets à forte intensité de capital, exigeant des compétences techniques dans des domaines différents. Ils sont en général considérés comme des arrangements purement contractuels, n'ayant pas de personnalité juridique propre. Toutefois, il n'y a pas de régime juridique uniforme régissant les consortiums, qui peuvent entrer dans des catégories contractuelles différentes selon les lois nationales. De ce fait, le statut juridique du consortium et les droits et obligations de ses membres varient selon les systèmes juridiques.

26. Dans le cas des petits projets, ou projets de courte durée, faisant intervenir peu de promoteurs, la constitution d'un consortium peut présenter des avantages : par

exemple, les relations entre les promoteurs du projet, de même que leurs rapports avec leurs partenaires commerciaux, sont plus souples que dans le cas d'une coentreprise constituée. Ce peut être aussi pour éviter une double imposition que l'on choisit de ne pas constituer une entité juridique indépendante dans l'État hôte, lorsqu'il n'y a pas d'accord bilatéral sur la double imposition entre l'État hôte et le pays ou les pays où les investisseurs étrangers ont leur siège. Toutefois, pour les projets importants, à long terme, financés au moyen de prêts "sans recours", un consortium ne constitue normalement pas une solution viable. Ce n'est alors pas un mécanisme adapté pour emprunter des fonds car, dans de nombreuses juridictions, les membres du consortium auront une responsabilité résiduelle et illimitée pour ce qui est des obligations du consortium. En outre, un consortium n'aura peut-être pas accès aux marchés financiers, dans les cas où seules les sociétés sont autorisées par la loi à émettre des effets de commerce et titres tels qu'actions, obligations, etc.

27. Du point de vue de l'État hôte également, il sera normalement préférable que les promoteurs du projet se constituent en personne morale indépendante dans le pays (voir ci-après, sous-section 2). Toutefois, dans certains cas, l'État hôte souhaitera peut-être conserver la possibilité d'engager un consortium pour l'exécution d'un projet d'infrastructure, compte tenu de l'ampleur et de la nature du projet, ou afin que tous les promoteurs du projet soient solidairement responsables de la totalité du projet. Dans ces pays, une décision sur la forme souhaitable de l'arrangement à conclure devra sans doute être prise, compte tenu des caractéristiques de chaque projet ou type d'infrastructure. À cette fin, la loi pourra donner à l'entité adjudicatrice le choix d'octroyer le projet à un consortium, ou d'exiger qu'une personne morale distincte soit constituée par le groupe de promoteurs, en fonction des besoins du projet. Si l'entité adjudicatrice estime qu'il n'est pas nécessaire d'exiger la constitution de la société du projet en personne morale indépendante, la loi pourra traiter des problèmes de coordination qui risqueront de se poser en ce qui concerne les relations avec le consortium et préciser les responsabilités de ses membres. Elle pourra, par exemple, exiger qu'un membre du consortium soit désigné comme responsable du projet vis-à-vis de l'État hôte tout en disposant que les autres membres du consortium resteront conjointement et solidairement responsables envers l'État hôte de l'exécution du projet. On trouvera ci-après un exemple de dispositions à cet effet :

1. Lorsque les consortiums sont autorisés à soumettre des offres (propositions), l'appel d'offres [la sollicitation de propositions] peut spécifier que l'entité adjudicatrice a la possibilité d'exiger que, s'il est sélectionné, le consortium devra se constituer en personne morale indépendante avant la signature de l'accord de projet.

2. Si l'entité adjudicatrice n'exige pas la constitution d'une personne morale indépendante, elle exige ce qui suit :

a) Soumission d'une preuve écrite de l'accord portant création du consortium signé par tous ses membres; et

b) Nomination d'un de ses membres comme dirigeant du consortium, responsable envers le Gouvernement de l'exécution du projet.

3. La nomination d'un dirigeant du consortium n'a pas d'incidences sur la responsabilité conjointe et solidaire des autres membres du consortium envers le Gouvernement pour l'exécution et l'exploitation du projet. L'accord de projet est signé par tous les membres du consortium.

28. Une telle disposition permettra sans doute de remédier à certains des inconvénients les plus évidents du choix d'un consortium pour l'exécution d'un projet. Toutefois, certaines questions devront, quoi qu'il en soit, être traitées dans l'accord de projet, et des négociations approfondies et des dispositions détaillées seront sans doute nécessaires, afin d'assurer la coordination entre les membres du consortium et les relations avec l'État hôte et afin de préciser l'ampleur des responsabilités et obligations de chacun des membres du consortium dans le cadre de l'exécution du projet[1].

2. *Le concessionnaire en tant que personne morale indépendante*

29. Dans la plupart des cas, la loi exige que le concessionnaire soit une personne morale indépendante ayant été constituée avant ou immédiatement après l'octroi du projet. Parfois, la loi comporte des dispositions plus détaillées régissant des questions telles que le capital social minimum, la forme de la société et son objet.

30. Pour diverses raisons, la structure normalement retenue pour les projets d'infrastructure est une société constituée en personne morale indépendante dans l'État hôte. Il est relativement simple de conférer tous les droits, actifs et obligations liés aux projets à une personne morale indépendante unique. Dans ce cas, la participation directe d'autres parties telles que les promoteurs du projet, peut être limitée et la société du projet conclut l'accord de projet et d'autres instruments en son nom propre et dispose de son propre personnel et de sa propre direction. La constitution d'une personne morale indépendante permet également de protéger les intérêts du projet, qui ne coïncident pas nécessairement avec les intérêts individuels des différents promoteurs du projet. Cet aspect revêt une importance particulière pour les projets dans le cadre desquels une grande partie des services ou fournitures requis doivent provenir des promoteurs du projet. Comme une bonne part des responsabilités et obligations de la société du projet, notamment ses

[1]Les questions liées à l'attribution d'un contrat de construction à un groupe d'entreprises non intégré sont traitées brièvement dans le Guide juridique pour l'établissement de contrats de construction (chap. II, "Choix de la formule contractuelle", par. 9 à 16). Certaines des remarques qui y figurent sont sans doute également applicables, *mutatis mutandis*, aux négociations concernant les projets d'infrastructure à financement privé, notamment les questions suivantes : comment surmonter les difficultés qu'il y aurait à intenter une action contre des promoteurs du projet provenant de pays différents au cas où un litige surviendrait ? Comment formuler la clause de règlement des litiges, afin que tout litige entre l'État hôte et une partie ou la totalité des membres du consortium puisse être réglé dans le cadre d'une procédure arbitrale ou judiciaire unique ? Quelle forme donner aux garanties qui doivent être fournies par des tiers pour cautionner l'exécution et aux garanties de qualité qui doivent être données par les membres du consortium ? Quels accords secondaires devront éventuellement être conclus par l'État hôte ? Un contrat avec une coentreprise non constituée est-il régi par des dispositions impératives de la loi applicable ?

obligations et responsabilités à long terme (accord de projet, accords de prêt et de garantie, contrats de construction), sont en général convenues très tôt, il sera sans doute bon pour le projet que celui-ci soit représenté de manière indépendante au moment où ces instruments sont négociés. En outre, la constitution de la société du projet en personne morale indépendante permet d'établir une distinction claire entre les actifs, produits et responsabilités du projet et ceux des promoteurs du projet, ce qui facilite les procédures de comptabilité et de vérification.

31. Une question est souvent traitée dans la législation des projets d'infrastructure à financement privé : le capital requis pour la constitution de la société du projet. L'État hôte souhaitera légitimement que le capital requis soit à un niveau tel qu'il assure une assise financière solide à la société du projet et garantisse son aptitude à faire face à ses obligations. À cette fin, il pourra exiger que la société du projet soit constituée avec un capital social minimum. Dans certains pays, cette question est traitée par la loi elle-même, qui prescrit un montant déterminé ou fixe à un pourcentage du coût total du projet le capital social minimum de la société. Dans d'autres pays, ces questions ne sont pas traitées dans la loi et sont laissées à l'appréciation de l'entité adjudicatrice, parfois après négociations avec les promoteurs du projet.

32. L'investissement total requis, ainsi que la proportion idéale dette/capital social varient d'un projet à l'autre, de sorte qu'il est difficile de fixer un montant ou un pourcentage qui seront appropriés dans tous les cas. De ce fait, une disposition législative imposant un montant déterminé, en tant que capital social minimum pour toutes les sociétés exécutant des projets d'infrastructure dans l'État hôte, serait excessivement rigide. Une solution plus souple consiste à énoncer des conditions différentes selon les projets, compte tenu de leurs particularités ou du type d'infrastructure. Lorsque le coût total escompté du projet ne peut être estimé à l'avance par l'entité adjudicatrice, le capital social minimum requis pour la constitution de la société du projet peut être indiqué dans l'appel d'offres ou la sollicitation de propositions. Si cette estimation n'est pas possible, ou lorsque l'État hôte préfère négocier le montant ou le ratio des capitaux propres offerts par les promoteurs du projet, l'entité adjudicatrice souhaitera peut-être disposer d'une certaine latitude, afin de déterminer un capital social minimum approprié durant le processus de sélection. Dans les pays où le projet est octroyé par un acte officiel du Gouvernement (par exemple un décret, ou un avis d'attribution du marché [voir chap. IV, "Sélection des promoteurs du projet", non encore rédigé]), le capital social minimum requis de la société du projet peut être indiqué dans cet acte.

33. Outre la question du capital social minimum, les lois nationales peuvent comporter des dispositions régissant la forme sous laquelle la société du projet doit être constituée. Certaines lois exigent expressément que la société du projet soit constituée sous une forme particulière, alors que d'autres ne comportent pas de disposition à ce propos. Dans les cas où il est jugé important de spécifier la forme que prendra la société du projet, il est bon de garder à l'esprit que les promoteurs du projet souhaiteront faire en sorte que leur responsabilité soit limitée au montant de leur investissement. Afin d'éviter toute responsabilité subsidiaire quant au paiement des dettes de la société du projet, les promoteurs préféreront normalement constituer la société du projet sous forme de société à responsabilité limitée, par exemple une société par actions. Les promoteurs répugneront à exécuter un projet qui leur imposerait une responsabilité illimitée sur les dettes de la société du projet.

34. Les questions examinées ci-dessus pourront être traitées dans une disposition telle que la suivante :

> 1. Le soumissionnaire retenu [l'auteur de la proposition retenue] constitue, dans un délai de [...] jours à compter de l'octroi de la concession, la société avec laquelle l'accord du projet sera conclu.
>
> 2. Le capital social minimum de la société du projet, sa forme et sa durée sont déterminés dans l'appel d'offres [la sollicitation de propositions] [l'avis d'octroi de la concession].

35. Certaines lois comportent des dispositions régissant la portée des activités de la société du projet et exigent par exemple que les activités de cette société soient limitées à l'exécution et à l'exploitation d'un projet particulier. De telles restrictions peuvent avoir pour objet d'assurer la transparence des comptes du projet et de préserver l'intégrité des actifs du projet, en séparant les actifs de chaque projet, en distinguant les produits et les éléments de passif des éléments d'actif et en séparant les produits et éléments de passif d'autres projets ou d'autres activités non liées au projet. En outre, de telles exigences peuvent faciliter l'évaluation des résultats de chaque projet, car les déficits ou bénéfices ne pourront faire l'objet d'une compensation avec les dettes ou produits d'autres projets ou activités. En même temps, toutefois, l'État hôte souhaitera peut-être se réserver la possibilité d'intégrer plusieurs projets sous une gestion commune, lorsque la même société s'est vu octroyer un projet complémentaire, dans le cadre d'un processus de sélection distinct. On pourrait rédiger comme suit une disposition énonçant une telle condition, mais autorisant des exceptions :

> La raison d'être de la société du projet se limite à l'exécution et à l'exploitation du projet pour lequel la concession a été octroyée. Sauf disposition contraire de l'appel d'offres [de la sollicitation de propositions], une société distincte est établie pour exécuter chaque projet.

36. L'État hôte peut également souhaiter veiller à ce que les statuts et règlements de la société du projet énoncent correctement les obligations assumées par la société au titre de l'accord de projet, ou à ce que ces statuts et règlements n'entravent pas l'exécution du projet. De ce fait, la loi peut disposer que toute modification des statuts et règlements de la société du projet doit être autorisée au préalable par l'État hôte. Lorsque l'on énonce une telle condition, il est bon de mettre en regard, d'une part, l'intérêt public, représenté par l'État, et, d'autre part, la nécessité de laisser à la société du projet la souplesse nécessaire pour mener à bien ses activités. La gestion au jour le jour du projet pourra être entravée si même des questions mineures concernant les affaires internes de la société sont systématiquement soumises à l'approbation des pouvoirs publics. L'une des

solutions possibles consiste à limiter la possibilité qu'a l'État hôte de s'opposer à un amendement proposé aux seuls cas portant sur des dispositions jugées d'une importance essentielle (par exemple, le montant du capital social, les catégories d'actions, les privilèges qui s'y rattachent, les procédures de liquidation), qui peuvent être recensées dans l'accord de projet. On trouvera ci-après un exemple de disposition à cet effet :

> Les statuts et règlements de la société du projet et tout amendement desdits statuts et règlements doivent être approuvés au préalable par le Gouvernement, approbation qui est réputée donnée, à moins que le Gouvernement ne refuse cette approbation dans un délai de [...] jours. Le Gouvernement peut refuser d'approuver les amendements portant sur des dispositions essentielles des statuts et règlements [conformément aux termes de l'accord de projet], lorsque de tels amendements ne sont pas réputés favorables à l'intérêt public.

37. L'État hôte peut légitimement souhaiter veiller à ce que les promoteurs initiaux du projet restent engagés dans le projet pendant toute sa durée et ne soient pas remplacés par des entités inconnues de l'État hôte. Ainsi, la loi peut disposer, outre les questions mentionnées ci-dessus, que le transfert d'actions avec droit de vote exigera l'approbation préalable du pays hôte.

C. Autorisations et licences

38. Dans certains pays, l'entrée en vigueur de l'accord de projet est parfois soumisse à l'approbation du Gouvernement ou suppose un acte du parlement, voire l'adoption d'une loi spéciale. Pour certains projets, les autorisations devront émaner de plusieurs niveaux de la hiérarchie des pouvoirs publics. Les délais requis pour obtenir ces autorisations varient beaucoup d'un pays à l'autre et, dans certains cas, sont considérables, notamment lorsque les organes ou hauts fonctionnaires devant donner leur approbation n'ont pas participé à la conception du projet ou à la négociation de ses conditions.

39. Les retards dans la mise en service d'un projet d'infrastructure peuvent compromettre sa viabilité financière ou causer un préjudice considérable à ses promoteurs. Lorsque le coût financier additionnel ne peut être récupéré au moyen d'une augmentation des tarifs ou des prix demandés, la société du projet pourra se tourner vers les pouvoirs publics de l'État hôte pour demander un dédommagement ou une assistance. Dans les deux cas, les conséquences seront sans doute une augmentation du coût du projet et donc de son coût pour le public. La non-délivrance d'une autorisation finale, ou d'une licence sans laquelle le projet ne peut être exécuté, aura des conséquences encore plus lourdes pour les promoteurs du projet. Au moment où l'accord de projet aura été signé, les promoteurs du projet auront normalement investi un temps considérable et des sommes importantes dans le projet (par exemple, préparation d'études de faisabilité; plans et autres documents techniques; préparation de l'offre et participation à la procédure d'appel d'offres; préparation et négociation des documents contractuels et des accords de prêt; recrutement de consultants et de conseillers).

40. Afin de diligenter les procédures et d'éviter les conséquences néfastes qu'auraient des retards sur le calendrier du projet, le pouvoir de lier l'État est, dans certains pays, délégué par la loi à des hauts fonctionnaires désignés, de sorte que l'entrée en vigueur de l'accord de projet a lieu lors de la signature ou après certaines formalités telles que la publication au Journal officiel. Dans les pays où une telle procédure n'est pas possible, ou dans lesquels les autorisations finales doivent être données par une autre entité, il sera souhaitable d'étudier comment éviter que de telles conditions ne dissuadent les promoteurs éventuels du projet d'accepter d'entreprendre un projet dans le pays. Il importe de garder présent à l'esprit que le risque de voir le projet bloqué faute d'une autorisation sera peut-être trop élevé pour les promoteurs du projet et que les pouvoirs publics se verront sans doute priés de donner à ce propos des garanties suffisantes aux promoteurs du projet et aux prêteurs. Dans certains pays où de telles conditions sont énoncées, les pouvoirs publics conviennent parfois dans l'accord de projet de dédommager les promoteurs du projet pour toute dépense encourue et de rembourser tout emprunt en cours, au cas où l'autorisation finale ne serait pas délivrée.

41. Outre les autorisations requises pour l'entrée en vigueur de l'accord de projet, l'exécution et l'exploitation des projets d'infrastructure supposent en général l'octroi d'un certain nombre de licences ou autorisations, en vertu de la loi de l'État hôte, pour certaines activités (par exemple, licences au titre de la réglementation des changes; licences pour l'enregistrement de la société du projet; autorisation d'emploi d'étrangers; droits d'enregistrement et de timbre pour l'utilisation ou la propriété des terrains; licences d'importation pour les équipements et les fournitures; licences de construction; licences pour l'installation de câbles ou de conduites; licences pour la mise en fonctionnement de l'installation). Ces licences et autres autorisations relèvent parfois de la compétence de divers organes, à différents niveaux de l'administration nationale, et les délais requis pour les obtenir peuvent être importants.

42. Certains pays ont jugé utile de coordonner la délivrance des licences dès le début de l'exécution du projet, en recensant les licences qui seront requises pour l'exécution d'un projet dans un secteur donné et en disposant que l'entité adjudicatrice et les organismes délivrant des licences dans ce secteur doivent convenir des conditions à remplir pour obtenir ces licences avant que l'appel d'offres ne soit lancé, comme il ressort de l'exemple ci-après :

> 1. Avant d'émettre l'appel d'offres [la sollicitation de propositions], l'entité adjudicatrice, en consultation avec les autres organes et institutions intéressés, recense toutes les principales licences, ainsi que les organismes auprès desquels ces licences doivent être obtenues pour la mise en place du projet.
>
> 2. La liste à jour des principales licences requises et des institutions auprès desquelles elles doivent être obtenues figure dans l'appel d'offres [la sollicitation de propositions].

43. Une disposition de cette ordre pourrait être complétée par une disposition confiant à un organe le pouvoir de

contrôler la délivrance des licences, comme c'est le cas dans l'exemple ci-après :

1. L'[*organe de tutelle du secteur intéressé*] est chargé de recevoir les demandes de licences, de les transmettre aux organismes compétents et de contrôler la délivrance des licences énumérées dans l'appel d'offres, ainsi que de toute autre licence qui pourrait être introduite ultérieurement.

2. Une licence est réputée délivrée, à moins que la demande ne soit rejetée par écrit dans un délai de [...] jours à compter de sa réception.

44. Toutefois, dans certains cas, l'État hôte, pour des raisons d'ordre constitutionnel ou touchant à son organisation interne, ne sera pas à même d'assumer la responsabilité de la délivrance de toutes les licences, ou de confier cette fonction de coordination à un organisme unique. L'État hôte voudra peut-être alors envisager de garantir dans une certaine mesure qu'il fera néanmoins tout son possible pour aider la société du projet à obtenir les licences requises en vertu de la loi nationale, par exemple en désignant un haut fonctionnaire ou un organisme chargé de fournir des renseignements et une assistance aux promoteurs du projet en ce qui concerne les licences à obtenir, ainsi que les procédures à suivre et les conditions à remplir en la matière.

V. GARANTIES INDÉPENDANTES ET LETTRES DE CRÉDIT STAND-BY

Note explicative du Secrétariat de la CNUDCI relative à la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by[1]

(A/CN.9/431 et Corr.1) [Original : anglais]

INTRODUCTION

1. La Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies et ouverte à la signature des États le 11 décembre 1995. Elle a été établie par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)[2].

2. La CNUDCI est un organe technique intergouvernemental de l'Assemblée générale des Nations Unies chargé d'élaborer des instruments de droit commercial international conçus pour aider la communauté internationale à moderniser et à harmoniser les lois relatives au commerce international. On citera, parmi les autres instruments juridiques de la CNUDCI, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationaux de marchandises, la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978, la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, l'Aide-Mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales, le Règlement de conciliation de la CNUDCI, la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux, la Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens, de travaux et de services et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.

3. La Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by est conçue pour faciliter l'utilisation des garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, notamment dans les contextes où un seul de ces instruments est traditionnellement utilisé. La Convention a également pour objet de renforcer les principes et caractéristiques de base communs aux garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by. Pour qu'il soit bien clair que les règles s'appliquent à la fois aux garanties indépendantes et aux lettres de crédit stand-by et afin d'aplanir les divergences en matière de terminologie, la Convention utilise le terme neutre d'"engagement" pour désigner ces deux types d'instruments.

4. Les engagements indépendants régis par la Convention sont des outils essentiels du commerce international. Ils sont utilisés dans divers cas, par exemple pour garantir l'exécution d'obligations contractuelles telles que des obligations de construction, de fourniture et de paiement; garantir le remboursement d'une avance dans le cas où un tel remboursement serait requis; garantir l'obligation qu'a le soumissionnaire retenu de conclure le marché; assurer le remboursement d'un montant dû en vertu d'un autre engagement; appuyer l'émission de lettres de crédit commerciales et d'assurances; et renforcer la solvabilité d'emprunteurs publics ou privés. Toutefois, on n'est pas partout familier à la fois de l'un et de l'autre des instruments régis par la Convention, il y a peu de dispositions législatives qui en traitent, la pratique concernant ces instruments diverge à certains égards et des questions importantes auxquelles se heurtent les usagers, les praticiens et les tribunaux du fait de ces instruments ne peuvent être réglées contractuellement par les parties.

5. En établissant un ensemble harmonisé de règles applicables aux deux types d'instruments, la Convention renforcera la certitude juridique en ce qui concerne leur utilisation dans les opérations commerciales au jour le jour et permettra de promouvoir l'offre de crédits aux emprunteurs publics. Elle facilitera également l'émission de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by en combinaison : par exemple, l'émission d'une lettre de crédit stand-by pour appuyer l'émission d'une garantie, ou vice versa, chaque engagement étant alors soumis au même régime juridique. La Convention facilitera également les "consortiums", qui pourront plus aisément combiner ces deux types d'instruments. Cette technique permet aux prêteurs d'étaler les risques de crédit entre les participants au consortium, ce qui leur donne la possibilité d'offrir des crédits plus importants.

---

[1]La présente note a été établie par le Secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à des fins d'information; il ne s'agit pas d'un commentaire officiel de la Convention.

[2]Le projet de Convention a été établi par le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux de la CNUDCI à ses treizième à vingt-troisième sessions (on trouvera les rapports de ces sessions dans les documents suivants de l'Organisation des Nations Unies : A/CN.9/330, A/CN.9/342, A/CN.9/345, A/CN.9/358, A/CN.9/361, A/CN.9/372, A/CN.9/374, A/CN.9/388, A/CN.9/391, A/CN.9/405 et A/CN.9/408, reproduits dans l'Annuaire de la CNUDCI, vol. XXI : 1990, à XXVI : 1995). Les délibérations de la Commission sur le projet de Convention sont résumées aux paragraphes 11 à 201 du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt-huitième session (1995), *Documents officiels de l'Assemblée générale, Cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), qui comporte, dans son annexe I, le texte du projet de Convention soumis par la Commission à l'Assemblée générale. L'Assemblée a adopté la Convention par sa résolution 50/48.

6. La Convention donne une assise législative à l'autonomie des parties en ce qui concerne l'application de règles convenues telles que les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU), élaborées par la Chambre de commerce internationale (CCI), ou d'autres règles qui pourront être conçues expressément pour traiter des lettres de crédit stand-by, ainsi que les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD), également élaborées par la CCI. Outre qu'elle est, pour l'essentiel, conforme aux solutions énoncées dans ces règles, la Convention en complète l'application en traitant de deux questions qui n'entrent pas dans leur champ, en particulier la question des demandes de paiement frauduleuses ou abusives et les recours judiciaires dans de tels cas. En outre, le fait que la Convention reconnaisse les conditions particulières énoncées dans les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, y compris tous usages et règles qui y sont incorporés, permet d'appliquer conjointement la Convention et des règles et usages tels que les RUU et les RUGD.

7. On notera que, à strictement parler, une garantie indépendante ou une lettre de crédit stand-by est un engagement pris en faveur d'un bénéficiaire. De ce fait, la Convention est axée sur la relation entre le garant (dans le cas d'une garantie indépendante) ou l'émetteur (dans le cas d'une lettre de crédit stand-by) [ci-après dénommé le "garant/émetteur"] et le bénéficiaire. La relation entre le garant/émetteur et son client (ci-après dénommé le "donneur d'ordre") n'entre pas, pour l'essentiel, dans le champ d'application de la Convention. Il en va de même de la relation entre le garant/émetteur et la partie ordonnatrice (celle-ci étant, par exemple, une banque demandant au garant/émetteur, pour le compte de son client, d'émettre une garantie indépendante).

8. On trouvera ci-après un résumé des principales caractéristiques et dispositions de la Convention.

I. CHAMP D'APPLICATION

A. Types d'instruments traités

9. Le champ d'application de la Convention se limite aux instruments du type désigné dans la pratique sous le nom de garanties indépendantes (que l'on appelle, par exemple, "garanties sur demande", à "première demande", "sur simple demande" ou "bancaire") ou de lettres de crédit stand-by (art. 2-1). Ces instruments peuvent entrer tous deux dans le champ d'application de la Convention car ils ont de nombreux points communs. Ils sont payables sur présentation de documents spécifiés et sont utilisés pour se protéger contre la survenance éventuelle d'un fait (par exemple, une contravention à un contrat). On notera que la lettre de crédit stand-by est également souvent utilisée pour assurer le paiement d'une dette arrivée à échéance (lettre de crédit stand-by "financière" ou "à paiement direct").

10. Dans les engagements régis par la Convention, le garant/émetteur promet de payer le bénéficiaire sur demande. La demande peut, selon les conditions de l'engagement, être soit une demande "simple", soit une demande accompagnée des autres documents demandés dans la garantie ou la lettre de crédit stand-by. L'obligation de payer du garant/émetteur est déclenchée par la présentation d'une demande de paiement sous la forme requise et avec les documents requis par la garantie indépendante ou la lettre de crédit stand-by. Le garant/émetteur n'a pas à examiner l'opération sous-jacente, mais doit simplement déterminer si la demande documentaire de paiement est conforme en apparence aux stipulations de la garantie ou de la lettre de crédit stand-by. Du fait de cette caractéristique, les instruments régis par la Convention sont souvent décrits comme des instruments "indépendants" et "documentaires".

11. Compte tenu de la pratique, divers types de scénarios sont envisagés pour ce qui est de la prise d'un tel engagement, soit à la demande du client ("donneur d'ordre"), ou sur ordre d'une autre entité ou personne ("partie ordonnatrice") agissant sur la demande de son client, ou pour le compte du garant/émetteur lui-même (art. 2-2).

12. Les parties sont entièrement libres d'exclure complètement l'application de la Convention (article premier); ainsi, une autre loi devient applicable. Comme la Convention, lorsqu'elle est applicable, est pour l'essentiel composée de règles supplétives plutôt qu'impératives, les parties ont, dans une large mesure, la possibilité d'exclure ou de modifier les règles de la Convention dans un cas donné.

B. Traitement des contre-garanties et confirmations

13. La Convention est conçue pour englober les "contre-garanties". La contre-garantie est définie dans la Convention (art. 6.*c*) dans les mêmes termes, pour l'essentiel, que la notion fondamentale d'"engagement", à savoir un engagement pris envers le garant/émetteur d'un autre engagement par sa partie ordonnatrice et prévoyant le paiement sur simple demande ou sur demande accompagnée d'autres documents, conformément aux termes et à toutes conditions documentaires de l'engagement (contre-garantie).

14. Outre qu'elle considère en général les contre-garanties comme des "engagements", la Convention comporte une disposition particulière sur les contre-garanties dans le contexte des demandes frauduleuses ou abusives de paiement; dans ce contexte, les contre-garanties peuvent poser des problèmes distincts de ceux que posent les autres engagements régis par la Convention (voir par. 48 ci-dessous).

15. La Convention englobe également les confirmations d'engagements, c'est-à-dire les engagements qui s'ajoutent à ceux du garant/émetteur et qui sont autorisés par lui. Une confirmation donne au bénéficiaire la possibilité de demander le paiement au confirmateur, au lieu du garant/émetteur. En exigeant l'autorisation du garant/émetteur, la Convention ne reconnaît pas comme confirmations les confirmations "silencieuses", c'est-à-dire les confirmations ajoutées sans le consentement du garant/émetteur.

C. Instruments n'entrant pas dans le champ d'application de la Convention

16. La Convention ne s'applique pas aux garanties "accessoires" ou "conditionnelles", c'est-à-dire les garanties dans lesquelles l'obligation de paiement du garant suppose

davantage que le simple examen d'une demande documentaire de paiement. Ainsi, la Convention n'annule ni ne modifie en aucune manière ces instruments, ni n'en réglemente l'utilisation, ni ne dissuade d'y recourir. Pour déterminer s'il serait préférable d'utiliser dans un cas donné un engagement indépendant du type prévu par la Convention, ou tout autre type d'instrument, il faudra se fonder sur les circonstances commerciales en jeu et sur les intérêts particuliers des parties.

17. Les lettres de crédit autres que les lettres de crédit stand-by ne sont pas régies par la Convention. Toutefois, celle-ci reconnaît aux parties à des lettres de crédit internationales autres que les lettres de crédit stand-by le droit d'opter pour la Convention (art. 1-2). Cette disposition a été incluse notamment parce que la Convention énonce un ensemble de règles dont les parties à une lettre de crédit commerciale voudront peut-être tirer parti, vu les nombreux points communs entre les lettres de crédit commerciales et les lettres de crédit stand-by et étant donné qu'il est parfois difficile de distinguer ces deux types d'instruments.

D. Définition de l'"indépendance"

18. S'il est dans l'ensemble reconnu que les engagements du type régi par la Convention sont "indépendants", il n'y a pas unanimité au plan international sur la manière d'interpréter et de reconnaître cette caractéristique essentielle. La Convention favorisera l'uniformité en la matière puisqu'elle comporte une définition de l'"indépendance" (art. 3). Selon cette définition, l'engagement ne doit pas dépendre de l'existence ou de la validité d'une opération sous-jacente ni de tout autre engagement. Cette dernière référence à un autre engagement précise l'indépendance de la contre-garantie par rapport à la garantie sur laquelle elle porte, ainsi que de la confirmation par rapport à la lettre de crédit stand-by ou à la garantie indépendante qu'elle confirme.

19. En outre, pour entrer dans le champ d'application de la Convention, un engagement ne doit être soumis à aucun terme ou condition ne figurant pas dans l'engagement. Il est spécifié qu'un engagement ne doit pas être fonction d'un acte ou fait futur et incertain, à l'exception de la présentation d'une demande et d'autres documents par le bénéficiaire ou de tout autre acte ou fait entrant dans le domaine d'activité du garant/émetteur. Cela est conforme à la notion selon laquelle le garant/émetteur, dans le cas d'un engagement indépendant, a pour rôle de payer et non d'enquêter.

E. Caractère "documentaire" des engagements

20. Outre qu'il est "indépendant" de l'opération sous-jacente, l'engagement régi par la Convention a un caractère "documentaire". Cela signifie que les obligations du garant/émetteur, lorsqu'on lui présente une demande de paiement, se limitent à l'examen de la demande de paiement et de tous documents joints, afin de vérifier qu'ils sont conformes en apparence aux termes et conditions de la garantie indépendante ou de la lettre de crédit stand-by. En raison de cette règle, les engagements comportant des "conditions non documentaires" n'entrent pas dans le champ de la Convention. Les seules conditions qui n'ont pas à être documentaires par nature concernent des actes ou faits entrant dans le domaine d'activité du garant/émetteur : par exemple, le garant/émetteur pourra déterminer si un montant requis a été déposé à un compte désigné géré par lui.

F. Définition de l'internationalité

21. La Convention ne s'applique qu'aux engagements qui sont internationaux. L'engagement est international si les établissements, tels qu'ils sont spécifiés dans l'engagement, de deux des personnes suivantes sont situés dans des États différents : garant/émetteur, bénéficiaire, donneur d'ordre, partie ordonnatrice, confirmateur (art. 4-1). Des règles particulières sont énoncées pour le cas où un engagement énumérerait plus d'un établissement pour une partie, ainsi que pour le cas où une partie n'aurait pas d'établissement en tant que tel, mais uniquement une résidence habituelle (art. 4-2).

G. Facteurs de rattachement pour l'application de la Convention

22. La Convention est applicable de deux manières aux engagements internationaux. La première tient au fait que le garant/émetteur est situé dans un État partie à la Convention ("État contractant") (art. 1-1 *a*). La seconde est la suivante : la Convention s'applique si les règles du droit international privé aboutissent à l'application de la législation d'un État contractant (art. 1-1 *b*).

23. La Convention comporte un autre mécanisme d'harmonisation du droit dans ce domaine, car son chapitre VI (Conflit de lois, art. 21 et 22) énonce les règles que doivent appliquer les tribunaux d'un État contractant pour déterminer dans un cas donné la loi applicable à une garantie indépendante ou à une lettre de crédit stand-by. Ces règles sont applicables qu'il apparaisse ou non, dans un cas donné, que la Convention est le droit matériel applicable à la garantie indépendante ou à la lettre de crédit stand-by en question (voir par. 53 et 54 ci-dessous).

II. INTERPRÉTATION

24. La Convention comporte une règle générale selon laquelle, pour son interprétation, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application (art. 5). En outre, elle doit être interprétée dans le souci d'assurer le respect de la bonne foi dans la pratique internationale. Des résumés de décisions judiciaires ou sentences arbitrales appliquant et interprétant une disposition de la Convention seront inclus dans le Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI.

III. FORME ET TENEUR DE L'ENGAGEMENT

25. La Convention énonce des règles sur plusieurs aspects de la forme et de la teneur des engagements, comme il est indiqué ci-après.

A. Émission

26. Pour ce qui est du moment et du lieu de l'émission (c'est-à-dire quand et où naissent les obligations du garant/émetteur envers le bénéficiaire), la Convention favorise la certitude dans un domaine traditionnellement incertain en raison de la coexistence de notions différentes. La Convention dispose que l'émission se produit au moment et au lieu où l'engagement cesse d'être sous le contrôle du garant/émetteur (par exemple, lorsqu'il est envoyé au bénéficiaire) (art. 7-1). En outre, la Convention définit l'émission en fonction de ses effets pratiques. Une fois émis, l'engagement peut faire l'objet d'un paiement conformément à ses termes et il est irrévocable.

27. Comme il est habituel dans les textes juridiques de la CNUDCI, la Convention énonce, pour ce qui est de l'émission, des conditions de forme souples et tournées vers l'avenir. En exigeant une forme qui préserve un enregistrement complet du texte de l'engagement, plutôt qu'en faisant référence à la forme "écrite", la Convention permet l'émission sur un support autre que le papier (par exemple, par l'échange de données informatisées). Pour ce faire, elle fait référence à une émission sous toute forme préservant un enregistrement complet du texte de l'engagement et prévoit une méthode d'authentification généralement acceptable ou expressément convenue (art. 7-2).

28. La Convention ne traite pas de la question de la capacité d'émettre un engagement (c'est-à-dire qui est autorisé à être garant/émetteur). Cette question, qui a des incidences réglementaires ou légales différentes selon les pays, doit être régie par la loi nationale.

B. Modification

29. La Convention donne une assise législative à la pratique selon laquelle la modification d'un engagement exige l'acceptation du bénéficiaire, afin de produire ses effets, sauf stipulation contraire (art. 8-3). La Convention tient compte du fait qu'une modification peut être autorisée par avance par le bénéficiaire, auquel cas elle prend effet dès son émission (art. 8-2).

30. Dans l'une des rares dispositions de la Convention qui traite directement de la relation entre le donneur d'ordre et le garant/émetteur, il est indiqué clairement qu'une modification n'a d'effet sur les droits et obligations du donneur d'ordre, ou d'une partie ordonnatrice ou d'un confirmateur, que s'ils acceptent ladite modification (art. 8-4).

C. Transfert et cession

31. La Convention tient compte de la distinction faite dans la pratique entre, d'une part, le transfert à une autre personne du droit qu'a le bénéficiaire initial de demander paiement et, d'autre part, la cession du produit de l'engagement, si le paiement a été effectué. Dans le cas de la cession du produit, à la différence du transfert, c'est toujours le bénéficiaire initial qui a le droit de demander le paiement, le cessionnaire ne se voyant donner que le droit de recevoir le produit du paiement, si un tel paiement est effectué.

32. Pour ce qui est du transfert, la Convention reprend l'exigence double, énoncée dans les RUU, selon laquelle l'engagement lui-même doit être désigné comme transférable et, en outre, tout transfert effectif doit être autorisé par le garant/émetteur (art. 9). La raison en est que le remplacement de la personne qui doit présenter la demande de paiement et tous documents joints peut augmenter le risque supporté par le garant/émetteur (par exemple, si le garant/émetteur estime que le cessionnaire proposé serait moins fiable ou moins connu que le bénéficiaire initialement désigné). Pour cette raison, le garant/émetteur se voit accorder la possibilité d'approuver un transfert donné.

33. Pour ce qui est de la cession du produit, le bénéficiaire de l'engagement, peut, sauf disposition contraire de l'engagement, ou sauf convention contraire, céder le produit (art. 10-1). S'il le fait, et si le garant/émetteur ou toute autre personne tenue d'effectuer le paiement a reçu une notification émanant du bénéficiaire, le paiement au cessionnaire libère le débiteur de son obligation en vertu de l'engagement, dans la mesure du paiement qu'il effectue (art. 10-2).

D. Extinction du droit de demander paiement

34. La Convention traduit sur le plan législatif les notions relatives à l'extinction du droit de demander paiement, qui sont bien connues dans la pratique, mais pas toujours reconnues dans les lois nationales ou la jurisprudence. En vertu de la Convention (art. 11), les faits qui déclenchent l'extinction sont les suivants : une déclaration du bénéficiaire libérant le garant/émetteur de son obligation; la résiliation de l'engagement convenu par le garant/émetteur; le paiement intégral du montant énoncé dans l'engagement, à moins que l'engagement ne prévoie un renouvellement ou une augmentation automatiques du montant disponible; l'expiration de la période de validité de l'engagement. En affirmant que la présentation de la demande de paiement doit se produire avant l'expiration de l'engagement, la Convention contribuera à supprimer les incertitudes qui subsistent à ce propos.

35. Il subsiste également des incertitudes dans certaines juridictions quant à l'effet de la conservation de l'instrument contenant l'engagement sur l'extinction définitive du droit de demander paiement. La Convention, conformément à ce qui est en général considéré comme la meilleure pratique, dispose qu'en aucun cas la conservation de l'instrument ne prolonge le droit de demander paiement si le montant disponible a déjà été payé ou si l'engagement a expiré (art. 11-2). Outre ces deux cas, les parties restent libres de disposer que l'engagement doit être renvoyé pour qu'il soit mis fin au droit de demander paiement.

E. Expiration

36. La Convention dispose (art. 12) que la période de validité d'un engagement expire de la manière suivante : à la date d'expiration, qui peut être une date spécifiée ou le dernier jour d'un délai déterminé dans l'engagement; si l'expiration est fonction de la survenance d'un acte ou d'un fait, lors de la présentation du document spécifié dans

l'engagement afin d'indiquer la survenance de cet acte ou de ce fait, ou, si aucun document n'est spécifié, lors de la présentation par le bénéficiaire d'une attestation à cette fin; ou lorsque six ans se sont écoulés à compter de la date d'émission, si aucune date d'expiration n'a été stipulée ou si l'acte ou le fait dont l'expiration dépend n'est pas survenu.

IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS

A. Détermination des droits et obligations

37. Les droits et obligations du garant/émetteur et du bénéficiaire sont déterminés par les termes et conditions énoncés dans l'engagement (art. 13-1). Référence expresse est faite dans la Convention aux règles, aux conditions générales ou aux usages (par exemple les RUU, les RUGD) auxquels l'engagement est expressément soumis. Cela est conforme à l'objectif essentiel de la Convention, qui est de donner une assise législative au droit qu'ont les parties commerciales d'incorporer de tels règles, conditions ou usages. Grâce à cette approche, la Convention restera un instrument vivant, adaptable à l'évolution de la pratique, y compris aux révisions futures de règles telles que les RUU, les RUGD, ainsi qu'aux autres règles internationales qui pourront être élaborées.

38. Ce lien souple entre la Convention et les besoins et les nouveaux usages et normes de la pratique commerciale est également mentionné ailleurs dans la Convention. Par exemple, pour l'interprétation des termes et conditions d'un engagement et pour le règlement de questions non traitées par la Convention, il doit être tenu compte des règles et usages internationaux généralement acceptés de la pratique en matière de garanties indépendantes ou de lettres de crédit stand-by (art. 13-2).

39. De même, la norme de conduite du garant/émetteur, fondée sur la bonne foi et l'exercice d'un soin raisonnable, doit être définie par référence aux normes généralement acceptées de la pratique internationale en matière de garanties indépendantes ou de lettres de crédit stand-by (art. 14-1). La Convention n'empêche certes pas d'énoncer une norme un peu inférieure à la norme de soin généralement applicable, mais elle interdit clairement toute exonération de responsabilité du garant lorsqu'il n'agit pas de bonne foi ou lorsqu'il commet une faute lourde.

B. Demande présentée par le bénéficiaire

40. Pour ce qui est du bénéficiaire, la demande et l'obtention du paiement supposent la présentation d'une demande de paiement et de tout document requis conformément aux conditions de l'engagement. Vu le caractère documentaire de la demande, les conditions de forme énoncées dans la Convention à propos de l'engagement lui-même (voir par. 27 ci-dessus) s'appliquent également à la demande (art. 15-1). Le lieu de présentation est le guichet du garant/émetteur au lieu de l'émission, à moins qu'un autre lieu ou qu'une autre personne n'aient été spécifiés pour le paiement (art. 15-2).

41. En outre, la Convention dispose (art. 15-3) qu'en présentant la demande le bénéficiaire certifie implicitement que sa demande n'est pas de mauvaise foi et qu'il n'existe aucune des circonstances qui justifieraient le non-paiement conformément aux dispositions de la Convention relatives aux demandes de paiement frauduleuses ou abusives (voir par. 47 et 48 ci-dessous).

C. Examen de la demande et paiement

42. Le garant/émetteur a pour obligation d'examiner la demande et tous les documents joints afin de déterminer s'ils sont conformes en apparence aux termes et conditions de l'engagement et sont cohérents entre eux (art. 16-1). Cette détermination doit se faire compte dûment tenu des normes applicables de la pratique internationale; cette formulation garantit que la Convention peut être adaptée à l'évolution de la pratique en ce qui concerne la notion de conformité apparente.

43. Dans une disposition expressément susceptible de modification par les termes de l'engagement, le garant/émetteur se voit accorder un "délai raisonnable", d'un maximum de sept jours, pour examiner la demande et décider de payer ou non (art. 16-2). Ainsi, ce "délai raisonnable" peut être inférieur à sept jours, mais en aucun cas supérieur à sept jours, à moins qu'un délai différent ne soit spécifié. La Convention tient ainsi compte du fait que le temps requis pour examiner la demande est fonction de la nature de chaque cas (par exemple, du volume et de la complexité des documents à examiner).

44. S'il décide de ne pas payer, le garant/émetteur est tenu d'en aviser promptement le bénéficiaire, en indiquant les motifs de sa décision (art. 16-2). S'il est déterminé que la demande est conforme, le paiement est effectué promptement, à moins que l'engagement ne prévoie un paiement à une date ultérieure.

45. La Convention reconnaît que le garant/émetteur peut, sauf disposition contraire de l'engagement, s'acquitter de son obligation de paiement en exerçant un droit à compensation dont il peut se prévaloir en vertu de la loi applicable (art. 18). Toutefois, elle ne reconnaît pas ce droit à compensation pour ce qui est des créances cédées par le donneur d'ordre ou la partie ordonnatrice, car une telle éventualité pourrait aller à l'encontre de l'objet de l'engagement.

D. Demandes frauduleuses ou abusives de paiement

46. L'un des principaux objectifs de la Convention est de mieux uniformiser internationalement la manière dont le garant/émetteur et les tribunaux doivent réagir aux allégations de fraude ou d'abus dans le cadre d'une demande de paiement fondée sur une garantie indépendante ou une lettre de crédit stand-by. Il s'agit là d'une question particulièrement délicate dans la pratique, car les allégations de fraude ont tendance à apparaître lorsqu'il y a litige sur l'exécution d'une obligation contractuelle sous-jacente. Cette difficulté et les incertitudes qui en résultent sont encore aggravées par le fait qu'il existe des notions divergentes à ce propos

et que les garants/émetteurs et les tribunaux auxquels sont demandées des mesures provisoires de suspension des paiements réagissent différemment à de telles allégations.

47. La Convention contribue à atténuer ce problème en énonçant une définition générale, convenue sur le plan international, des types de cas dans lesquels il serait justifié d'énoncer une exception à l'obligation de payer en cas de demande apparemment conforme (art. 19-1). Cette définition englobe des faits se rattachant, dans les différents systèmes juridiques, aux notions de "fraude" ou d'"abus de droit". La définition se réfère aux cas suivants : il est clair et patent qu'un document n'est pas authentique ou a été falsifié, qu'aucun paiement n'est dû sur la base des motifs invoqués dans la demande ou que la demande n'a pas de justification concevable.

48. Pour plus de précision, la Convention présente une liste illustrative de cas où une demande serait réputée n'avoir pas de justification concevable (art. 19-2) : par exemple, l'obligation sous-jacente a indubitablement été acquittée à la satisfaction du bénéficiaire; l'exécution de l'obligation sous-jacente a clairement été empêchée par une faute intentionnelle du bénéficiaire; dans le cas d'une demande de paiement d'une contre-garantie, le bénéficiaire de la contre-garantie a payé de mauvaise foi en tant que garant/émetteur de l'engagement auquel se rapporte la contre-garantie.

49. La Convention, en autorisant le garant/émetteur — sans l'y obliger — à refuser le paiement au bénéficiaire en cas de fraude ou d'abus (art. 19-1), établit un équilibre entre les différents intérêts et considérations en jeu. En donnant un pouvoir discrétionnaire au garant/émetteur agissant de bonne foi, la Convention tient compte des préoccupations des garants/émetteurs qui souhaitent préserver la fiabilité commerciale des engagements en tant que promesses indépendantes des opérations sous-jacentes.

50. Dans le même temps, la Convention affirme que le donneur d'ordre, dans les cas susmentionnés, a vocation à obtenir des mesures judiciaires provisoires pour suspendre le paiement (art. 19-3). Cette disposition reconnaît qu'il incombe aux tribunaux, et non aux garants/émetteurs, d'examiner les faits concernant l'opération sous-jacente. En outre, la Convention n'annule aucun droit que pourrait avoir le donneur d'ordre dans le cadre de sa relation contractuelle avec le garant/émetteur de ne pas rembourser un paiement effectué en contravention des termes de cette relation contractuelle.

V. MESURES JUDICIAIRES PROVISOIRES

51. Outre qu'elle habilite le donneur d'ordre ou la partie ordonnatrice à obtenir des mesures judiciaires provisoires suspendant le paiement ou gelant le produit d'un engagement dans les cas mentionnés ci-dessus, la Convention établit une norme de preuve à satisfaire pour que puissent être prononcées de telles mesures provisoires (art. 20-1). Selon cette norme, des mesures provisoires peuvent être ordonnées sur la base d'éléments de preuve sérieux immédiatement disponibles indiquant que, selon une forte probabilité, il existe des circonstances faisant apparaître le caractère frauduleux ou abusif de la demande. Référence est également faite au point de savoir si le donneur d'ordre risquera de subir un préjudice grave si des mesures provisoires ne sont pas prononcées, ainsi qu'à la possibilité pour le tribunal de demander que soit fournie une garantie.

52. Tout en autorisant les mesures judiciaires provisoires dans les cas susmentionnés, la Convention réduit au minimum le recours à de telles procédures judiciaires pour faire obstacle aux engagements en limitant l'octroi de ces mesures aux cas susmentionnés, plus un cas additionnel. Les mesures judiciaires provisoires suspendant le paiement ou gelant le produit sont également autorisées lorsque l'engagement est utilisé à des fins délictueuses (art. 20-3).

VI. CONFLIT DE LOIS

53. Comme il est indiqué ci-dessus (par. 23), la Convention énonce au chapitre VI des règles de conflit applicables par les tribunaux des États contractants, afin de déterminer la loi applicable aux engagements internationaux définis à l'article 2, qu'il s'avère ou non, dans tel ou tel cas, que la Convention elle-même sera la loi applicable. Ces règles de conflit reconnaissent le choix de la loi stipulé dans l'engagement ou démontré par les termes et conditions de l'engagement ou convenu par ailleurs par le garant/émetteur et le bénéficiaire (art. 21).

54. À défaut du choix d'une loi conformément à l'article 21, la Convention dispose que l'engagement est régi par la loi de l'État dans lequel le garant/émetteur a l'établissement où l'engagement a été émis (art. 22).

VII. CLAUSES FINALES

55. Les clauses finales (art. 23 à 29) englobent les dispositions habituelles relatives au rôle du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en tant que dépositaire et disposant que la Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les États qui l'auront signée avant le 11 décembre 1997, qu'elle est ouverte à l'adhésion de tous les États non signataires et que les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe sont également authentiques.

56. Vu le caractère essentiellement supplétif de la Convention, ainsi que le droit qu'ont les parties de l'exclure dans son intégralité, aucune réserve n'est autorisée. La Convention doit entrer en vigueur dans un délai d'un an à compter de la date de dépôt du cinquième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

VI. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI

1. Le secrétariat de la CNUDCI continue de publier des décisions de tribunaux et des sentences arbitrales en rapport avec l'interprétation ou l'application d'un texte résultant des travaux de la CNUDCI. Pour une description du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, voir le Guide de l'utilisateur (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1) publié en 1993.

2. Jusqu'à présent, 17 compilations de sommaires de jurisprudence ont été publiées (A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1 à 17). Elles peuvent être obtenues auprès du secrétariat de la CNUDCI à l'adresse suivante :

Secrétariat de la CNUDCI
B.P. 500
Centre international de Vienne
A-1400 Vienne
Autriche

Téléphone : (43-1) 26060-4060 ou 4061
Télex : 135612 uno a
Télécopieur : (43-1) 26060-5813

3. Ces compilations sont également disponibles sur l'adresse Internet de la CNUDCI :

(http://www.un.or.at/uncitral)

4. Le texte intégral des décisions des tribunaux et des sentences arbitrales mentionnées dans le Recueil de jurisprudence peut être obtenu dans la langue originale auprès du secrétariat de la CNUDCI contre paiement d'une somme destinée à couvrir les frais de photocopie et d'expédition.

VII. ÉTAT DES TEXTES DE LA CNUDCI

État des conventions : note du Secrétariat (A/CN.9/440) [Original : anglais]

[Non reproduit. L'état à jour peut être obtenu auprès du secrétariat de la CNUDCI ou sur le site Internet à l'adresse suivante :

http://www.un.or.at/uncitral]

VIII. FORMATION ET ASSISTANCE

Formation et assistance technique : note du Secrétariat (A/CN.9/439) [Original : anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-2
I.	TENDANCES EN MATIÈRE DE FORMATION ET D'ASSISTANCE TECHNIQUE	3-4
II.	ASSISTANCE TECHNIQUE AUX ÉTATS POUR L'ÉLABORATION ET L'APPLICATION DE LÉGISLATIONS	5-8
III.	SÉMINAIRES ET MISSIONS D'INFORMATION DE LA CNUDCI	9-12
IV.	AUTRES SÉMINAIRES, CONFÉRENCES, COURS ET ATELIERS	13-14
V.	PROGRAMME DE STAGES	15-16
VI.	ACTIVITÉS FUTURES	17-18
VII.	MISE EN ŒUVRE DU PROGRAMME DE FINANCEMENT	19-24

INTRODUCTION

1. Conformément à la décision prise par la Commission à sa vingtième session (1987), la formation et les activités d'assistance figurent parmi les grandes priorités de la CNUDCI[1]. Le programme de formation et d'assistance technique exécuté par le secrétariat dans le cadre du mandat qui lui a été donné par la Commission, en particulier dans les pays en développement et les pays dont les systèmes économiques sont en transition, comprend deux grands volets : *a)* les activités d'information visant à faire connaître les conventions sur le droit commercial international, les lois types et d'autres textes juridiques; et *b)* une assistance aux États Membres pour appuyer leurs efforts de réforme du droit commercial et les aider à adopter des textes de la CNUDCI.

2. La présente note expose les activités que le secrétariat a entreprises depuis la vingt-neuvième session de la Commission (28 mai-14 juin 1995) et examine les activités futures possibles en matière de formation et d'assistance technique, compte tenu des tendances de la demande de ces services.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), par. 335.

I. TENDANCES EN MATIÈRE DE FORMATION ET D'ASSISTANCE TECHNIQUE

3. On constate une augmentation continue et sensible de l'importance qu'accordent les gouvernements, les milieux d'affaires nationaux et internationaux et les organismes d'aide multilatéraux et bilatéraux à l'amélioration du cadre juridique du commerce et de l'investissement internationaux. La CNUDCI a un rôle important à jouer dans ce processus, puisqu'elle a élaboré des instruments juridiques, dont elle encourage l'utilisation, dans un certain nombre de domaines clefs du droit commercial. Ces instruments qui représentent des normes et des solutions internationalement convenues et acceptables pour différents systèmes juridiques, sont notamment les suivants :

a) Dans le domaine des ventes, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises;

b) Dans le domaine du règlement des litiges, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (convention des Nations Unies adoptée avant la création de la Commission, mais énergiquement promue par cette dernière), le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le Règlement de

conciliation de la CNUDCI, la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures d'arbitrage;

c) Dans le domaine de la passation des marchés, la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services;

d) Dans le domaine bancaire et des paiements, la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux et la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux;

e) Dans le domaine des transports, la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg) et la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international.

4. La vague de mesures de réforme du droit commercial est pour la CNUDCI une occasion cruciale de promouvoir vigoureusement l'objectif tendant à coordonner et accélérer sensiblement le processus d'harmonisation et d'unification du droit commercial international, envisagé par l'Assemblée générale dans sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966.

II. ASSISTANCE TECHNIQUE AUX ÉTATS POUR L'ÉLABORATION ET L'APPLICATION DE LÉGISLATIONS

5. Une assistance technique est fournie aux États qui préparent une législation fondée sur des textes juridiques de la CNUDCI. Cette assistance prend diverses formes, notamment l'examen des projets préparatoires de lois du point de vue des textes juridiques de la CNUDCI, des services consultatifs techniques et une aide pour l'établissement d'une législation fondée sur des textes juridiques de la CNUDCI, l'élaboration de réglementations pour l'application de cette législation, des commentaires sur les rapports des commissions de réforme du droit et des séances d'information à l'intention des législateurs, des juges, des arbitres, des responsables des achats et d'autres utilisateurs des textes juridiques de la CNUDCI incorporés au droit interne. Dans le cadre de l'assistance technique, le secrétariat fournit aussi des conseils sur la mise en place d'arrangements institutionnels pour l'arbitrage commercial international, notamment par le biais de séminaires de formation à l'intention des arbitres, des juges et des praticiens dans ce domaine.

6. Pour que les pays bénéficiaires tirent le meilleur parti possible de l'assistance technique de la CNUDCI, le secrétariat a pris des mesures visant à accroître la coopération et la coordination avec des organismes d'aide au développement. Une coopération et une coordination entre les entités qui fournissent une assistance technique dans le domaine juridique présentent un grand avantage : elles permettent que, lorsque des entités du système des Nations Unies ou des entités qui y sont extérieures fournissent ce type d'assistance, les textes juridiques établis par la Commission et dont l'Assemblée générale recommande l'adoption soient effectivement pris en considération et utilisés. Le secrétariat poursuit ses efforts dans ce sens.

7. Du point de vue des États bénéficiaires, la valeur de l'aide technique de la CNUDCI tient à l'expérience accumulée par le secrétariat dans l'élaboration de textes juridiques. Le secrétariat aide à établir des systèmes juridiques qui non seulement sont intérieurement cohérents mais qui utilisent aussi des conventions sur le droit commercial, des lois types et d'autres textes juridiques mis au point au niveau international. L'harmonisation juridique qui en résulte permet de renforcer au maximum la capacité des milieux commerciaux des différents États à planifier et conduire avec succès des opérations commerciales.

8. Les États qui, actuellement, révisent ou réforment leur législation commerciale voudront peut-être se mettre en rapport avec le secrétariat de la CNUDCI pour obtenir une assistance technique et des conseils.

III. SÉMINAIRES ET MISSIONS D'INFORMATION DE LA CNUDCI

9. Les activités d'information de la CNUDCI prennent traditionnellement la forme de séminaires et de missions d'information destinés à des fonctionnaires de ministères intéressés (commerce, affaires étrangères, justice et transports par exemple), des juges, des arbitres, des praticiens du droit, les milieux commerciaux, des universitaires et d'autres personnes intéressées. Ces séminaires et missions d'information ont pour but d'expliquer les principales caractéristiques et l'intérêt des instruments de droit commercial international mis au point par la CNUDCI. Des informations sont aussi fournies sur certains textes juridiques importants d'autres organisations (par exemple, les règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires et les INCOTERMS (Chambre de commerce internationale); la Convention sur l'affacturage (Institut international pour l'unification du droit privé UNIDROIT). En général, toutes les missions d'information ainsi que les séminaires d'une journée sont confiés à un seul membre du secrétariat.

10. Depuis la dernière session, le secrétariat a organisé des séminaires dans un certain nombre d'États. Les exposés y sont en général faits par un ou deux membres du secrétariat, par des experts des pays hôtes et, parfois, par des consultants extérieurs. Après les séminaires, le secrétariat de la CNUDCI reste en contact avec les participants afin de fournir aux pays hôtes le plus grand appui possible pendant le processus d'adoption et d'utilisation des textes juridiques de la Commission.

11. Les séminaires et missions d'information énumérés ci-après ont été financés par des ressources du Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI :

a) *Bridgetown, Barbade (23-26 avril 1996)*, séminaire régional tenu en coopération avec le Secrétariat de la Communauté des Caraïbes (CARICOM); a réuni quelque 55 participants (en outre, les frais de voyage de 23 participants d'États membres du CARICOM ont été financés par le Fonds d'affectation spéciale);

b) *Hanoi, Viet Nam (31 août 1996)*, réunion d'information pour 25 fonctionnaires du Ministère de la justice;