



Nations Unies

Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

**Quarante-deuxième session
(29 juin-17 juillet 2009)**

Assemblée générale

Documents officiels

Soixante-quatrième session

Supplément n° 17

Assemblée générale
Documents officiels
Soixante-quatrième session
Supplément n° 17

Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

**Quarante-deuxième session
(29 juin-17 juillet 2009)**



Nations Unies • New York, 2009

Note

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

ISSN 0251-9151

Table des matières

| <i>Chapitre</i> | <i>Page</i> |
|---|-------------|
| I. Introduction | 1 |
| II. Organisation de la session | 1 |
| A. Ouverture de la session | 1 |
| B. Composition et participation | 1 |
| C. Élection du Bureau | 2 |
| D. Ordre du jour | 3 |
| E. Constitution du Comité plénier | 4 |
| F. Adoption du rapport | 4 |
| III. Finalisation et adoption de l'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale | 4 |
| IV. Projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics | 7 |
| A. Introduction | 7 |
| B. Rapport sur les progrès accomplis par le Groupe de travail I (Passation de marchés) dans l'exécution de son mandat | 9 |
| C. Rapport du Comité plénier sur l'examen du projet de loi type révisée | 14 |
| Article premier. Champ d'application | 14 |
| Article 2. Définitions | 14 |
| Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)] | 18 |
| Articles 4 et 5 | 19 |
| Article 6. Informations sur les projets de marchés prévus | 19 |
| Article 7. Règles concernant les méthodes, techniques et procédures de passation et le type de sollicitation | 21 |
| Article 8. Communications dans la passation de marchés | 26 |
| Article 11. Règles concernant la description de l'objet du marché, et les conditions du marché ou des accords-cadres | 30 |
| Article 12. Règles concernant les critères d'évaluation [l'évaluation des soumissions] | 31 |
| Article 14. Garantie de soumission | 36 |
| Article 15. Procédure de préqualification | 36 |
| Article 16. Rejet de toutes les soumissions | 36 |
| Article 17. Rejet d'une soumission anormalement basse | 42 |

| | |
|--|----|
| Article 18. Rejet d'une soumission au motif d'incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs ou d'un conflit d'intérêt | 42 |
| Article 19. Acceptation de la soumission et entrée en vigueur du marché | 44 |
| Article 21. Confidentialité..... | 48 |
| Article 22 Procès-verbal de la procédure de passation des marchés | 51 |
| Travaux futurs | 53 |
| Rapport sur les délibérations du Comité | 54 |
| D. Décisions de la Commission concernant le point 5 de l'ordre du jour | 54 |
| V. Arbitrage et conciliation: rapport d'activité du Groupe de travail II..... | 54 |
| VI. Droit de l'insolvabilité: rapport d'activité du Groupe de travail V..... | 59 |
| A. Rapport d'activité du Groupe de travail V | 59 |
| B. Huitième Colloque judiciaire multinational | 60 |
| C. Travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité..... | 61 |
| VII. Sûretés: rapport d'activité du Groupe de travail VI | 61 |
| VIII. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports: commentaires sur la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer | 64 |
| A. Point de la situation concernant la Convention..... | 64 |
| B. Travaux futurs possibles concernant une note explicative | 66 |
| IX. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique | 68 |
| X. Travaux futurs possibles dans le domaine de la fraude commerciale | 70 |
| XI. Approbation de textes d'autres organisations: Révision 2007 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires publiées par la Chambre de commerce internationale | 74 |
| XII. Suivi de l'application de la Convention de New York | 74 |
| XIII. Assistance et coopération techniques..... | 76 |
| A. Activités de coopération et d'assistance techniques..... | 76 |
| B. Appui à l'interprétation uniforme des textes de la CNUDCI..... | 77 |
| C. Bibliothèque et ressources en ligne | 79 |
| XIV. État et promotion des textes de la CNUDCI | 79 |
| XV. Méthodes de travail de la CNUDCI..... | 81 |
| XVI. Coordination et coopération | 87 |
| A. Généralités | 87 |
| B. Rapport d'autres organisations internationales | 88 |
| XVII. Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international..... | 92 |

| | | |
|--------|---|-----|
| XVIII. | Concours d'arbitrage commercial international | 95 |
| | A. Remarques générales | 95 |
| | B. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis | 96 |
| | C. Concours d'arbitrage international de Madrid | 96 |
| XIX. | Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale | 96 |
| XX. | Questions diverses | 97 |
| | A. Programme de stages | 97 |
| | B. Microfinance et développement économique international | 98 |
| | C. Évaluation du rôle du Secrétariat dans la facilitation du travail de la Commission | 98 |
| XXI. | Date et lieu des réunions futures | 99 |
| | A. Quarante-troisième session de la Commission | 99 |
| | B. Sessions des groupes de travail | 99 |
| Annexe | | |
| | Liste des documents dont la Commission était saisie à sa quarante-deuxième session | 101 |

I. Introduction

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) porte sur la quarante-deuxième session de la Commission, tenue à Vienne du 29 juin au 17 juillet 2009.
2. Conformément à la résolution 2205 (XXI) adoptée le 17 décembre 1966 par l'Assemblée générale, ce rapport est présenté à cette dernière et également soumis pour observations à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.

II. Organisation de la session

A. Ouverture de la session

3. La quarante-deuxième session de la Commission a été ouverte le 29 juin 2009.

B. Composition et participation

4. La résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, portant création de la Commission, prévoyait que celle-ci serait composée de 29 États, élus par l'Assemblée. Par sa résolution 3108 (XXVIII) du 12 décembre 1973, l'Assemblée a porté de 29 à 36 le nombre des membres de la Commission puis, par sa résolution 57/20 du 19 novembre 2002, de 36 à 60 États. Les membres actuels de la Commission, élus le 17 novembre 2003 et le 22 mai 2007, sont les États ci-après, dont le mandat expire la veille de l'ouverture de la session annuelle de la Commission pour l'année indiquée¹: Afrique du Sud (2013), Algérie (2010), Allemagne (2013), Arménie (2013), Australie (2010), Autriche (2010), Bahreïn (2013), Bélarus (2010), Bénin (2013), Bolivie (État plurinational de) (2013), Bulgarie (2013), Cameroun (2013), Canada (2013), Chili (2013), Chine (2013), Colombie (2010), Égypte (2013), El Salvador (2013), Équateur (2010), Espagne (2010), États-Unis d'Amérique (2010), Fédération de Russie (2013), Fidji (2010), France (2013), Gabon (2010), Grèce (2013), Guatemala (2010), Honduras (2013), Inde (2010), Iran (République islamique d') (2010), Israël (2010), Italie (2010), Japon (2013), Kenya (2010), Lettonie (2013), Liban (2010), Madagascar (2010), Malaisie (2013), Malte (2013), Maroc (2013), Mexique (2013), Mongolie (2010), Namibie (2013), Nigéria (2010), Norvège (2013), Ouganda (2010), Pakistan (2010), Paraguay (2010), Pologne (2010), République de Corée (2013), République tchèque (2010), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2013), Sénégal (2013), Serbie (2010), Singapour (2013), Sri Lanka (2013), Suisse (2010),

¹ En application de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, les membres de la Commission sont élus pour un mandat de six ans. Parmi les membres actuels, 30 ont été élus par l'Assemblée à sa cinquante-huitième session, le 17 novembre 2003 (décision 58/407) et 30 par l'Assemblée à sa soixante et unième session, le 22 mai 2007 (décision 61/417). Par sa résolution 31/99, l'Assemblée a modifié les dates de commencement et d'expiration du mandat des membres en décidant que ceux-ci entreraient en fonction le premier jour de la session annuelle ordinaire de la Commission suivant leur élection et que leur mandat expirerait à la veille de l'ouverture de la septième session annuelle ordinaire suivant leur élection.

Thaïlande (2010), Venezuela (République bolivarienne du) (2010) et Zimbabwe (2010).

5. Tous les membres de la Commission étaient représentés à la session à l'exception des États suivants: Bénin, Équateur, Gabon, Grèce, Guatemala, Lettonie, Madagascar, Malte, Namibie, Ouganda, Pakistan, Paraguay et Zimbabwe.

6. Ont aussi assisté à la session des observateurs des États suivants: Angola, Argentine, Azerbaïdjan, Belgique, Brésil, Côte d'Ivoire, Croatie, Finlande, Indonésie, Jordanie, Kazakhstan, Koweït, Mali, Nicaragua, Nouvelle-Zélande, Panama, Pérou, Philippines, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Tunisie, Turquie et Yémen.

7. Y ont également assisté des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Organisation pour l'alimentation et l'agriculture;

b) *Organisations intergouvernementales*: Commission européenne, Communauté de l'Afrique de l'Est, Communauté des Caraïbes, Communauté économique eurasiennne, Cour permanente d'arbitrage, Institut international pour l'unification du droit privé, International Association of Insolvency Regulators, Organisation de coopération et de développement économiques et Organisation mondiale du commerce (OMC);

c) *Organisations non gouvernementales invitées*: American Bar Association, Association européenne des juristes d'entreprise, Center for International Legal Studies, Chambre de commerce internationale, Comité maritime international, Conseil international pour l'arbitrage commercial, Fédération internationale des ingénieurs-conseils, International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL), International Swaps and Derivatives Association et Regional Centre for International Commercial Arbitration (Lagos, Nigéria).

8. La Commission s'est félicitée de la participation d'organisations internationales non gouvernementales ayant des connaissances spécialisées sur les principaux points de l'ordre du jour. Cette participation était cruciale pour la qualité des textes élaborés par la Commission, qui a prié le Secrétariat de continuer à inviter de telles organisations à ses sessions.

C. Élection du Bureau

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

Présidence: Soo-Geun OH (République de Corée)

Vice-Présidence: Susan DOWNING (Australie)
Jean-Marc MPAY (Cameroun)
Maria SZYMANSKA (Pologne)

Rapporteur: Ricardo SANDOVAL LÓPEZ (Chili)

D. Ordre du jour

10. L'ordre du jour de la session, tel qu'adopté par la Commission à sa 888^e séance, le 29 juin 2009, était le suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Finalisation et adoption de l'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale.
5. Projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics.
6. Arbitrage et conciliation: rapport d'activité du Groupe de travail II.
7. Droit de l'insolvabilité: rapport d'activité du Groupe de travail V.
8. Sûretés: rapport d'activité du Groupe de travail VI.
9. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports: commentaires sur la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer.
10. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique.
11. Travaux futurs possibles dans le domaine de la fraude commerciale.
12. Approbation de textes d'autres organisations: Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 600) publiées par la Chambre de commerce internationale.
13. Suivi de l'application de la Convention de New York.
14. Assistance technique en matière de réforme du droit.
15. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
16. Méthodes de travail de la CNUDCI.
17. Coordination et coopération:
 - a) En général;
 - b) Rapports d'autres organisations internationales.
18. Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international.
19. Concours d'arbitrage commercial international:
 - a) Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis;
 - b) Concours d'arbitrage commercial de Madrid.
20. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale.
21. Questions diverses.

22. Date et lieu des réunions futures.
23. Adoption du rapport de la Commission.

E. Constitution du Comité plénier

11. La Commission a constitué le Comité plénier et l'a chargé d'examiner le point 5 de l'ordre du jour. Elle a élu Mireille-France Blanchard (Canada) à la présidence du Comité. Ce dernier s'est réuni du 2 au 10 juillet et a tenu 14 séances. À sa 892^e séance, le 10 juillet, la Commission a examiné le rapport du Comité plénier et est convenue de l'inclure dans le présent rapport (voir par. 49 à 282 ci-dessous).

F. Adoption du rapport

12. À ses 899^e et 900^e séances, le 17 juillet 2009, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

III. Finalisation et adoption de l'aide-mémoire de la CNUDCI sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale

13. La Commission a rappelé qu'à sa trente-neuvième session, en 2006, elle était convenue que des travaux initiaux de compilation des données d'expérience pratique en matière de négociation et d'utilisation des accords d'insolvabilité internationale devraient être facilités de manière informelle par le biais de consultations avec des juges et des praticiens de l'insolvabilité et qu'un rapport préliminaire sur l'avancement de ces travaux devrait lui être présenté pour qu'elle puisse étudier plus avant la question à sa quarantième session, en 2007². Elle a également rappelé que, à la première partie de sa quarantième session, en 2007, elle avait examiné le rapport préliminaire en question (A/CN.9/629) et s'était déclarée satisfaite des progrès réalisés dans les travaux de compilation des données d'expérience pratique en matière de négociation et d'utilisation des protocoles d'insolvabilité internationale; elle avait réaffirmé que le Secrétariat devrait poursuivre ces travaux de manière informelle, en consultation avec des juges, des praticiens et d'autres experts³.

14. La Commission a également rappelé que, à sa quarante et unième session, en 2008, elle était saisie d'une note du Secrétariat rendant compte des nouveaux progrès accomplis dans le cadre de ces travaux (A/CN.9/654). À cette session, elle avait noté que des consultations supplémentaires avaient été menées avec des juges et des praticiens de l'insolvabilité, et que le Secrétariat avait réalisé une compilation des données d'expérience pratique, organisée d'après le plan annexé au rapport qui lui avait été présenté précédemment (A/CN.9/629). En raison de problèmes de

² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 209 c).

³ *Ibid.*, *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 191.

délais et de traduction, cette compilation n'avait pas pu lui être soumise à cette même session⁴.

15. Il a été rappelé qu'à la quarante et unième session la Commission s'était déclarée satisfaite de la progression des travaux et avait décidé que la compilation serait présentée sous la forme d'un document de travail au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-cinquième session (Vienne, 17-21 novembre 2008) pour un premier examen. Le Groupe de travail V pourrait ainsi décider de poursuivre son examen à sa trente-sixième session (New-York, 18-22 mai 2009) et formuler des recommandations à la quarante-deuxième session de la Commission, en 2009, sans perdre de vue que la coordination et la coopération fondées sur des accords d'insolvabilité internationale revêtraient probablement une importance considérable dans la recherche de solutions au traitement international des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité⁵.

16. Il a été noté que le Groupe de travail avait examiné le projet d'aide-mémoire sur la coopération, la communication et la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale (A/CN.9/WG.V/WP.83) à sa trente-cinquième session et qu'il était alors convenu que ce projet devait être communiqué aux gouvernements pour commentaire avant sa trente-sixième session (A/CN.9/666, par. 22). Cette version du projet d'aide-mémoire a été distribuée en novembre 2008.

17. Le projet d'aide-mémoire a été révisé en fonction des décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-cinquième session, des commentaires reçus des gouvernements et des accords d'insolvabilité internationale supplémentaires conclus après l'établissement de la première version du projet.

18. À sa session en cours, la Commission était saisie de la version révisée du projet d'aide-mémoire (A/CN.9/WG.V/WP.86), des commentaires des États sur le projet (A/CN.9/WG.V/WP.86/Add.1 à 3) et du rapport sur la trente-sixième session du Groupe de travail, à laquelle ce dernier avait poursuivi l'examen du projet (A/CN.9/671, par. 12 à 15). Le projet a été présenté oralement à la Commission, qui a noté qu'il devrait être légèrement actualisé pour tenir compte d'importants accords d'insolvabilité internationale conclus depuis que le Groupe de travail l'avait examiné à sa trente-sixième session.

19. La Commission s'est félicitée du projet d'aide-mémoire, en soulignant son utilité pour les praticiens et les juges, ainsi que pour les créanciers et les autres parties prenantes à une procédure d'insolvabilité, surtout dans le contexte de la crise financière actuelle. À cet égard, il a été estimé que l'aide-mémoire arrivait à point nommé, s'appliquant dans un certain nombre de cas complexes et importants et constituant le premier document traitant des accords d'insolvabilité internationale à être élaboré par une organisation internationale. La Commission a également noté avec satisfaction que les propositions formulées par les gouvernements après la distribution du projet d'aide-mémoire (document A/CN.9/WG.V/WP.83; voir par. 16 et 17 ci-dessus) avaient été prises en compte. Elle est convenue que le document s'intitulerait "Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale".

⁴ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 320.

⁵ Ibid., par. 321.

20. En ce qui concernait le terme “tribunal” employé dans le projet de guide pratique et défini au paragraphe 13 f) du document A/CN.9/WG.V/WP.86, il a été précisé que, conformément à la terminologie de la Loi type de la CNUDCI sur l’insolvabilité internationale⁶ et du Guide législatif sur le droit de l’insolvabilité⁷, ce terme englobait les autorités judiciaires ou autres, y compris les autorités administratives, compétentes pour contrôler ou surveiller une procédure d’insolvabilité. Afin d’éviter toute confusion quant à l’emploi de ce terme, la Commission est convenue de supprimer la deuxième phrase du paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.V/WP.86.

21. S’agissant du paragraphe 17 de la partie III. A du projet de guide pratique, la Commission est convenue de modifier la première phrase comme suit: “Lorsque les parties souhaitent faire approuver un accord par un tribunal, certains pays peuvent exiger dudit tribunal qu’il recherche dans la loi l’autorisation dont il a besoin pour une telle approbation, car celle-ci ne relève pas nécessairement de son pouvoir général de statuer en équité ou des pouvoirs généraux inhérents à ses fonctions.”

22. La Commission est convenue de modifier la deuxième phrase du paragraphe 18 de la partie III. A comme suit: “Comme indiqué ci-dessus à propos des représentants de l’insolvabilité, il convient de prendre en considération le fait que les juges, en étant obligés d’agir dans le cadre des pouvoirs que leur confère le droit, risquent d’être tenus personnellement responsables s’ils agissent en dehors de ce cadre.” Elle est également convenue, afin d’aligner les troisième et quatrième phrases sur la deuxième phrase et le paragraphe 17 révisés, de remplacer le verbe “conclure” dans la troisième phrase par “approuver formellement” et de supprimer les mots venant après “connaissance insuffisante des accords internationaux” dans la quatrième phrase. Elle est en outre convenue de supprimer les références aux pays de “droit civil” ou de “*common law*” dans les paragraphes 17 et 18 et de les remplacer par un libellé plus général, comme “quelques” ou “certains” pays.

23. Le terme “accord international” ayant été jugé trop général, la Commission est convenue d’employer le terme “accord d’insolvabilité internationale” et la forme abrégée “accord d’insolvabilité” ou “accord”.

24. À sa 890^e séance, le 1^{er} juillet 2009, la Commission a adopté la décision suivante:

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

Notant que, du fait de l’expansion du commerce et des investissements, les activités commerciales revêtent de plus en plus souvent un caractère mondial et les entreprises et particuliers ont de plus en plus fréquemment des actifs et des intérêts dans plusieurs États,

Notant aussi que, lorsque la procédure d’insolvabilité vise des débiteurs autonomes dont les actifs sont situés dans plusieurs États ou des membres d’un groupe d’entreprises ayant des activités commerciales et des actifs dans plusieurs États, il est généralement d’une nécessité impérieuse que la surveillance et l’administration des biens et des affaires de ces débiteurs ou de

⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente F.99.V.3. Voir également par. 376 o) ci-dessous.

⁷ Ibid., numéro de vente F.05.V.10.

ces membres, y compris, le cas échéant, les multiples procédures d'insolvabilité parallèles, fassent l'objet d'une coopération et d'une coordination au niveau international,

Considérant que la coopération et la coordination dans les affaires d'insolvabilité internationale sont susceptibles d'améliorer considérablement les chances de sauvetage des particuliers et des groupes d'entreprises en difficulté financière,

Reconnaissant que la coopération et la coordination internationales ainsi que les moyens de les mettre en œuvre dans la pratique ne sont pas largement connus,

Convaincue que la fourniture d'informations sur les pratiques actuelles concernant la coopération et la coordination internationales, qui soient facilement accessibles et que les juges, les praticiens et les autres parties prenantes à une procédure d'insolvabilité puissent consulter et utiliser, est susceptible de faciliter et d'encourager cette coopération et cette coordination et d'éviter les retards et les frais inutiles,

Rappelant que la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale fournit un cadre législatif facilitant une coordination et une coopération internationales efficaces,

1. *Adopte* le Guide pratique sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale, tel qu'il figure dans le document de travail A/CN.9/WG.V/WP.86, et autorise le Secrétariat à y ajouter des informations complémentaires concernant les accords d'insolvabilité internationale récemment adoptés et à en éditer et finaliser le texte, compte tenu de ses délibérations;

2. *Prie* le Secrétaire général de publier, y compris sous forme électronique, le texte du Guide pratique et de le transmettre aux gouvernements en les priant de le communiquer aux autorités concernées, afin qu'il devienne largement connu et accessible;

3. *Recommande* que le Guide pratique soit dûment pris en considération, selon qu'il convient, par les juges, les praticiens de l'insolvabilité et les autres parties prenantes à une procédure d'insolvabilité internationale;

4. *Recommande* à tous les États de continuer à envisager d'appliquer la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale."

IV. Projet de loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés publics

A. Introduction

25. La Commission a rappelé qu'à sa trente-septième session, en 2004, elle était convenue que la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de

travaux et de services⁸ (la Loi type sur la passation de marchés de 1994) gagnerait à être mise à jour pour tenir compte de nouvelles pratiques, en particulier celles qui résultaient de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, et de l'expérience acquise dans l'utilisation de la Loi type comme base de réforme législative⁹. Elle a également rappelé qu'à cette session, elle avait décidé de charger son Groupe de travail I (Passation de marchés) de rédiger des propositions de révision de la Loi type et lui avait donné un mandat souple consistant à identifier les questions à traiter lors de ses travaux¹⁰.

26. La Commission a noté que le Groupe de travail avait commencé ses travaux à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) et que, depuis lors, il avait tenu 11 sessions d'une semaine afin d'examiner les modifications qui pourraient être apportées à la Loi type sur la passation de marchés de 1994¹¹. Elle a rappelé que, de sa trente-huitième session, en 2005, à sa quarante et unième session, en 2008, elle avait réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qui avait été entreprise, ainsi qu'à l'inclusion dans une loi type révisée de nouvelles pratiques relatives à la passation des marchés (la loi type révisée)¹². Elle a également rappelé qu'à sa trente-neuvième session, elle avait recommandé que le Groupe de travail, en mettant à jour la Loi type et le Guide, tienne compte de la question des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir dans la loi type révisée des dispositions spéciales à cet égard¹³. À sa quarantième session, elle avait recommandé au Groupe de travail d'adopter un ordre du jour concret pour ses sessions suivantes, afin d'accélérer ses travaux¹⁴. À sa quarante et unième session, elle l'avait invité à terminer le plus vite possible ce projet pour permettre la finalisation et l'adoption de la loi type révisée, ainsi que de son guide pour l'incorporation, dans un délai raisonnable¹⁵.

27. À sa session en cours, la Commission était saisie a) d'un projet de loi type sur la passation des marchés publics, accompagné d'une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.68 et Add.1 et A/CN.9/WG.I/WP.69 et Add. 1 à 5); b) des rapports des quatorzième (Vienne, 8-12 septembre 2008), quinzième (New York, 2-6 février 2009) et seizième¹⁶ (New York, 26-29 mai 2009) sessions du Groupe de travail (A/CN.9/664, A/CN.9/668 et A/CN.9/672 respectivement); et c) de nouvelles propositions de révision de la Loi type.

⁸ Publication des Nations Unies, numéro de vente F.98.V.13.

⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/59/17)*, par. 81.

¹⁰ *Ibid.*, par. 82.

¹¹ Pour les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses sixième à seizième sessions, se reporter respectivement aux documents A/CN.9/568, A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640, A/CN.9/648, A/CN.9/664, A/CN.9/668 et A/CN.9/672.

¹² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17 (A/60/17)*, par. 172; *ibid.*, *soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17)*, par. 192; *ibid.*, *soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17)*, Part I, par. 170; et *ibid.*, *soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/63/17)*, par. 307.

¹³ *Ibid.*, *soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17)*, par. 192.

¹⁴ *Ibid.*, *soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17)*, Part I, par. 170.

¹⁵ *Ibid.*, *soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/63/17)*, par. 307.

¹⁶ À la demande du Groupe de travail (A/CN.9/668, par. 277) et après consultation avec le Bureau de la Commission, la seizième session du Groupe de travail a été convoquée du 26 au 29 mai 2009, à une date initialement prévue pour la quarante-cinquième session du Groupe de travail IV (Commerce électronique).

B. Rapport sur les progrès accomplis par le Groupe de travail I (Passation de marchés) dans l'exécution de son mandat

28. La Commission a noté que, lors de ses premières sessions, le Groupe de travail avait principalement mis l'accent sur les sujets clefs suivants, pour lesquels il recommandait l'adoption de dispositions entièrement nouvelles ou des modifications substantielles: a) l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics; b) les enchères électroniques inversées; c) les soumissions anormalement basses; et d) les accords-cadres. Il a été indiqué que le Groupe de travail était convenu des principes sous-tendant la plupart de ces dispositions, mais que quelques problèmes rédactionnels subsistaient.

29. Il a été noté que les sessions suivantes avaient mis l'accent sur la passation des marchés de services, les autres méthodes de passation des marchés, la simplification et l'uniformisation de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 et les conflits d'intérêts, et que le Groupe de travail envisageait de nouvelles dispositions et des modifications importantes dans ces domaines.

30. La Commission a entendu un rapport sur les progrès accomplis dans différents domaines d'activité.

31. En ce qui concernait les aspects généraux de la dématérialisation des marchés publics, il a été noté que les dispositions de la loi type révisée autoriseraient l'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés, dans un nouvel article 8, qui traiterait à la fois des moyens de communication et de la forme des communications et remplacerait l'article 9 de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 (qui traitait uniquement de la forme des communications). L'article 8 proposé: a) prévoirait l'équivalence fonctionnelle entre les communications fondées ou non sur support papier; b) prévoirait des mesures de protection de la confidentialité, de la traçabilité et de l'intégrité; c) empêcherait l'utilisation de toute forme ou de tout moyen de communication pour restreindre l'accès à la procédure de passation; et d) assurerait la transparence et la prévisibilité en demandant que l'entité adjudicatrice précise au début de la procédure toute exigence spécifique concernant la forme ou le moyen de communication.

32. S'agissant des enchères électroniques inversées, il a été expliqué que ce terme désignait une enchère en ligne en temps réel, au cours de laquelle les enchérisseurs soumettaient des offres qu'ils amélioraient au fur et à mesure. Le Groupe de travail, reconnaissant l'avantage de ces enchères (économies sur les prix), recommandait l'adoption de dispositions à ce sujet, mais pas pour les enchères non électroniques, en raison des risques de collusion qu'elles comportaient. Les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées préciseraient a) les conditions d'utilisation de ces enchères et b) les règles de procédure pour deux types d'enchères électroniques inversées: celles qui constituaient une phase dans d'autres méthodes de passation, et celles qui étaient utilisées comme méthode à part entière. La loi type révisée contiendrait des dispositions relatives au type d'enchère pour lequel la meilleure offre selon les critères d'attribution était identifiée automatiquement à la fin du processus d'enchère. Ce type d'enchère électronique inversée, qui n'autorisait pas d'évaluation postérieure à l'enchère, supposait: a) une réévaluation automatique des offres à mesure qu'elles étaient révisées pendant l'enchère; et b) la divulgation à

tous les enchérisseurs, pendant toute la durée de l'enchère, d'informations suffisantes pour leur permettre de déterminer si leur offre l'emportait. Il a été noté que la question importante examinée par le Groupe de travail dans le contexte des enchères électroniques inversées était de savoir dans quelle mesure des facteurs autres que le prix seraient pris en compte. Le Groupe de travail a noté que certains craignaient que ces autres facteurs compliquent le processus, et que leur utilisation entraîne une moindre transparence.

33. Pour ce qui était des accords-cadres, il a été expliqué que ce terme désignait des passations en deux étapes: dans la première, un accord-cadre était conclu entre les fournisseurs et l'entité adjudicatrice, et dans la seconde, les marchés étaient attribués sous la forme de commandes. Il a été noté que ces accords-cadres n'étaient pas traités dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994, en partie parce qu'ils étaient alors peu utilisés. Compte tenu de leur utilisation accrue et de leurs avantages (principalement la réduction des coûts administratifs et des coûts des opérations ainsi que des délais, et la sécurité de l'approvisionnement), le Groupe de travail couvrait ce sujet dans le projet de texte révisé. Trois types d'accord-cadre étaient envisagés. En premier lieu, un accord-cadre "fermé", c'est-à-dire conclu avec un ou plusieurs fournisseurs et dans lequel seraient fixées les spécifications et toutes les conditions du marché, de sorte que les fournisseurs ne seraient pas remis en concurrence lors de la deuxième étape de la passation. Le deuxième type d'accord-cadre était également "fermé" mais se distinguait par le fait qu'il serait toujours conclu avec plus d'un fournisseur, qu'il ne fixerait pas toutes les conditions, et que les fournisseurs seraient remis en concurrence pour l'attribution du marché lors de la deuxième étape. Le troisième type, un accord-cadre "ouvert", serait conclu avec plus d'un fournisseur, auquel pourraient ensuite s'en ajouter d'autres. La deuxième étape pour cet accord-cadre "ouvert" était la remise en concurrence, tout comme pour le deuxième type d'accord-cadre "fermé".

34. Il a été dit à la Commission que les dispositions incluraient à la fois des conditions générales d'utilisation des accords-cadres et des règles pour chaque type d'accord. La question des conditions d'utilisation et certains autres aspects restaient toutefois à régler. Des dispositions seraient en outre prévues pour prévenir et limiter certains risques posés par les accords-cadres dans la pratique, comme le risque d'empêcher une véritable concurrence sur le long terme, le risque de collusion entre fournisseurs et les difficultés à suivre l'application des accords. Aussi, par exemple, serait-il demandé aux États de fixer dans leurs lois une durée maximale pour les accords-cadres fermés (afin qu'ils ne servent pas à exclure durablement des fournisseurs de la mise en concurrence). La Commission a également noté que les dispositions mettaient l'accent sur le respect de la transparence dans l'application des accords-cadres en exigeant que soient publiés une série d'avis tout au long du processus.

35. En ce qui concernait les listes de fournisseurs, le Groupe de travail avait reconnu leur existence et utilisation, ainsi que la nécessité de soumettre cette utilisation dans la pratique à des règles minimum. À sa treizième session, il avait conclu que la question ne serait pas abordée dans la loi type révisée, car les dispositions souples sur les accords-cadres seraient suffisantes et permettraient d'éviter certains risques posés par les listes. Les raisons de cette conclusion seraient exposées dans le guide pour l'incorporation, qui traiterait aussi des problèmes posés par l'utilisation des listes, tels que le manque de transparence et les restrictions à

l'accès au marché, pouvant survenir même si cette utilisation était soumise à des conditions, comme la possibilité pour les fournisseurs de s'inscrire à tout moment de manière simple, et même lorsque les listes étaient facultatives.

36. En ce qui concernait les soumissions anormalement basses, qui pouvaient comporter un risque d'inexécution du marché, le Groupe de travail avait estimé que le risque pourrait survenir dans toute procédure de passation (même s'il avait initialement étudié la question dans le contexte des enchères électroniques inversées). Il recommandait donc que les dispositions de la loi type révisée imposent à l'entité adjudicatrice d'examiner de plus près une soumission qui pouvait être anormalement basse. L'entité n'aurait la faculté de rejeter la soumission qu'après un tel examen et après avoir conclu que celle-ci était anormalement basse et qu'il existait un risque d'inexécution. Il a été noté que la limitation de cette faculté était importante pour garantir aux fournisseurs un traitement juste et égal.

37. Le Groupe de travail avait réexaminé les dispositions traitant des marchés de services et des méthodes de passation autres que l'appel d'offres ainsi que leur incidence sur la simplification et l'uniformisation de la Loi type sur la passation de marchés de 1994. Il avait décidé dans un premier temps de conserver toutes les options pour la passation des marchés de services, en donnant davantage d'orientations sur leur utilisation. Au cours de ses travaux, il était toutefois devenu évident que les procédures de sélection pour les marchés de services contenues dans différents articles de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 étaient fondamentalement les mêmes et qu'une seule procédure – la procédure de sélection avec négociations consécutives – était différente. Compte tenu de ce chevauchement important, le Groupe de travail avait réexaminé si toutes les méthodes devaient être conservées. Le réexamen de toutes les méthodes de passation était donc devenu un élément principal de la simplification et de l'uniformisation de la Loi type sur la passation de marchés de 1994.

38. Certaines délégations avaient formulé une proposition concernant une méthode négociée à utiliser pour tout type de passation – qui serait appelée "sollicitation de propositions avec dialogue compétitif" –, dont le résultat était présenté à la Commission en tant que nouvelle méthode de passation. La Commission a noté que les principaux enjeux de la question étaient les suivants: donner suffisamment de souplesse à la méthode (dont on considérait qu'elle permettait d'obtenir plus facilement le meilleur rapport qualité-prix) tout en prévoyant des dispositions pour éviter le risque d'abus du pouvoir discrétionnaire conféré; garantir une transparence suffisante sans supprimer toute souplesse; et spécifier des moyens pour l'entité adjudicatrice de limiter le nombre des fournisseurs avec lesquels elle négocierait (par exemple, par une présélection, une évaluation de la conformité ou l'exclusion de solutions). Il a aussi été dit à la Commission qu'il était important de définir les aspects du marché qui pourraient être négociés pendant la phase de dialogue.

39. La Commission a noté que d'autres méthodes prévues dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994 (comme les négociations avec appel à la concurrence, l'appel d'offres en deux étapes et peut-être les négociations consécutives) pourraient être conservées pour des situations particulières (comme les négociations avec appel à la concurrence en cas de besoin urgent), et que la nécessité de ces méthodes serait appréciée en fonction de la mesure dans laquelle elles différaient de la nouvelle méthode de passation proposée et traitaient d'autres situations que cette dernière.

40. Le Groupe de travail avait également réexaminé les conditions d'utilisation des méthodes de passation autres que l'appel d'offres et recommandé d'exiger que la méthode la plus concurrentielle soit utilisée. Ainsi, l'entité devrait avoir recours à la sollicitation ouverte (internationale) par défaut à moins qu'un appel d'offres restreint ou national ne se justifie et les négociations avec appel à la concurrence, par exemple, devraient, chaque fois que cela était possible, être utilisées de préférence à la sollicitation d'une source unique dans les situations d'urgence. Il a été dit que les projets de textes révisés seraient finalisés une fois mené à bien l'examen des différentes méthodes de passation et de leurs utilisations. Il a été dit à la Commission que cet examen porterait également sur la question de savoir si le nombre de méthodes de passation retenues était optimal.

41. D'autres aspects du travail de simplification et d'uniformisation de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 mené par le Groupe de travail ont été décrits. Tout d'abord, les marchés conclus dans les secteurs de la défense et de la sécurité nationales n'ayant pas tous été jugés sensibles ou confidentiels, leur exclusion générale du champ d'application de la Loi type de 1994 avait été réexaminée. L'objectif était de faire entrer ces secteurs, le cas échéant, dans le champ général de la loi type révisée afin de promouvoir un régime juridique de la passation harmonisé entre différents secteurs dans les États adoptants. Toutefois, des modifications appropriées seraient nécessaires, par exemple s'agissant des obligations de transparence, et étaient proposées dans le projet de texte révisé, inspiré des dispositions de la Loi type de 1994, afin de tenir compte des marchés sensibles ou confidentiels.

42. Il a été dit à la Commission que les dispositions générales du chapitre premier avaient été développées dans le projet de loi type révisée figurant dans les additifs au document A/CN.9/WG.I/WP.69 (le projet de loi type révisée) pour inclure les règles qui, dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994, étaient uniquement applicables à la procédure d'appel d'offres mais qui, en réalité, étaient d'application générale. La Commission a noté que ces règles traitaient du choix de la méthode de passation et de la sollicitation ouverte ou directe, de la description du marché (spécifications et autres conditions), des critères d'évaluation, des garanties de soumission, de la procédure de préqualification, de la confidentialité, de l'acceptation de l'offre et de l'entrée en vigueur du marché. D'autres sujets, comme les demandes de manifestation d'intérêt et les règles générales sur la clarification et la modification du dossier de sollicitation pourraient également figurer dans le chapitre premier.

43. Il a été noté que la Loi type sur la passation de marchés de 1994 opérait une distinction entre, d'une part, les marchés de biens et de travaux et, d'autre part, les marchés de services. Il a été dit à la Commission que le projet de loi type révisé suivait une approche différente, en opérant une distinction entre marchés simples ou marchés plus complexes. Par exemple, l'un des facteurs déterminants dans le choix d'une méthode de passation appropriée serait de savoir si l'objet du marché pourrait facilement être identifié et évalué, qu'il s'agisse de biens, de travaux ou de services. La méthode par défaut, à savoir l'appel d'offres (dans laquelle les spécifications et les critères d'évaluation devaient être définis à l'avance), ne serait pas modifiée, mais en cas d'impossibilité de formuler des spécifications ou caractéristiques détaillées dès le début de la passation et d'évaluer les offres sur la base de critères quantifiables, l'entité pourrait recourir à un dialogue avec les fournisseurs ou

entrepreneurs ou à des négociations (par le biais d'un appel d'offres en deux étapes ou d'une sollicitation de propositions avec dialogue compétitif). La passation de marchés pour des articles de faible valeur, simples ou standardisés pourrait se faire par une procédure de sollicitation de prix ou une enchère électronique inversée. Il importait de noter qu'une disposition fondamentale de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 selon laquelle seules des circonstances exceptionnelles pourraient justifier le recours à la sollicitation d'une source unique demeurait, et la Commission serait invitée à envisager de renforcer les garanties pour faire en sorte que ces circonstances soient évaluées de façon objective.

44. S'agissant de l'évaluation et de la comparaison des offres, le Groupe de travail avait formulé un ensemble unique de conditions en ce qui concernait les critères d'évaluation qui remplaceraient plusieurs dispositions incohérentes et incomplètes de la Loi type sur la passation de marchés de 1994. En substance, les dispositions prévoyaient que ces critères devraient: avoir un rapport avec l'objet du marché; dans la mesure du possible, être objectifs et quantifiables; et être dévoilés dès le début de la passation (en même temps que les coefficients de pondération dont ils étaient affectés, les seuils et les marges de préférence éventuelles, et des informations sur la manière dont ces critères, marges, coefficients et seuils seraient appliqués). Il a été fait observer que l'objectif était que les soumissions puissent être évaluées objectivement et comparées sur une base commune.

45. Le Groupe de travail avait examiné la manière dont l'utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales (notamment pour protéger l'économie nationale) était abordée dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994. Il a été noté que la Commission examinerait cette question en se référant aux documents pertinents dont elle était saisie à la session en cours, y compris la question de savoir si les facteurs socioéconomiques devraient être traités comme des critères d'évaluation auxquels toutes les règles de transparence et d'objectivité seraient alors applicables et/ou comme des critères de qualification (comme le faisaient certains États avec les programmes de marchés réservés).

46. S'agissant des voies de droit en matière de passation, le Groupe de travail avait décidé de renforcer les dispositions pertinentes pour faire en sorte qu'elles soient conformes à la Convention des Nations Unies contre la corruption¹⁷, en prévoyant un système obligatoire de recours indépendant et en supprimant les exceptions aux recours figurant dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994. Il avait aussi recommandé l'introduction d'un délai d'attente entre l'identification de la soumission à retenir et l'entrée en vigueur d'un marché pour garantir une procédure de recours efficace. Il a été noté que la question de l'étendue des réparations pouvant être accordées dans une procédure administrative n'était pas encore réglée.

47. S'agissant des autres questions qui devaient être examinées dans le cadre de la révision de la Loi type sur la passation de marchés de 1994, les remarques suivantes ont été faites:

a) En ce qui concernait la participation des usagers (ou participation communautaire) à la passation des marchés, la question sortait certes du champ

¹⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2349, n° 42146.

d'application de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 car elle avait surtout trait aux phases de planification et d'exécution mais, face à son importance croissante et à l'éventuelle nécessité d'une législation l'autorisant, le Groupe de travail avait veillé à ce que la loi type révisée ne fasse pas obstacle à cette participation dans la passation de marché pour un projet, et était convenu que le guide fournirait des orientations supplémentaires;

b) Il a été rappelé que la Loi type sur la passation de marchés de 1994 permettait aux entités adjudicatrices de demander à tous les fournisseurs qu'ils authentifient les pièces produites, ce qui pouvait être long et coûteux pour eux. À ce facteur dissuasif s'ajoutait le fait que tout ou partie des frais généraux supplémentaires engagés par les fournisseurs pouvaient être répercutés sur les entités adjudicatrices. Aussi le Groupe de travail avait-il recommandé de modifier les dispositions énoncées dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994 pour permettre à l'entité adjudicatrice de demander l'authentification des pièces produites uniquement au fournisseur à retenir;

c) Étant donné que la Convention contre la corruption exigeait des systèmes de passation qu'ils traitent des conflits et des déclarations d'intérêt et que la Loi type sur la passation de marchés de 1994 n'abordait pas la question, le projet de loi type révisée avait été complété par des dispositions appropriées.

48. La Commission a fait sienne la proposition de constituer un comité plénier pour examiner le projet de loi type révisée à la session en cours. Elle a aussi décidé que le comité devrait aborder, dans le cadre de ses travaux, la question des marchés de la défense et examine les facteurs socioéconomiques dans la passation des marchés publics. Des déclarations ont été faites sur l'importance des orientations fournies par la CNUDCI, en particulier sur la manière de protéger les intérêts nationaux et de traiter les marchés sensibles sans compromettre les objectifs de la Loi type sur la passation de marchés de 1994.

C. Rapport du Comité plénier sur l'examen du projet de loi type révisée

Article premier. Champ d'application

49. Le Comité a noté que le projet d'article avait été révisé conformément à la décision du Groupe de travail de faire entrer la passation des marchés de la défense dans le champ d'application de la loi type révisée. Ce projet d'article n'a suscité aucun commentaire particulier. Il a toutefois été proposé de modifier plusieurs articles du projet de loi type révisée pour traiter des types de marchés qui soulevaient des questions sensibles.

50. Le Comité a décidé d'examiner la proposition en même temps que les articles pertinents. (Voir également par. 100 à 119, 123 à 137 et 253 à 266.)

Article 2. Définitions

51. Il a été noté que l'article 2 avait pour objet de définir les termes récurrents et non de donner une liste exhaustive de tous les termes employés dans la loi type révisée. Il était entendu que l'article serait complété par un glossaire plus étoffé.

52. L'idée de présenter à l'article 2 les définitions par ordre alphabétique dans chaque langue a été appuyée.

53. On a déclaré qu'il fallait veiller à ne pas remplacer des termes bien connus et couramment employés dans de nombreux États par de nouveaux termes. Il a aussi été noté qu'il fallait se garder d'établir une liste excessivement longue de définitions.

Alinéa a)

54. On a noté qu'il importait d'assurer la cohérence entre le titre et la définition donnée à l'alinéa a). Pour ce faire, il a été proposé de remplacer le terme "passation de marché" par "passation des marchés publics" et d'employer ce dernier terme systématiquement dans l'ensemble du texte de la loi type révisée. Il a été expliqué, en réponse, que le terme "passation de marché" désignait seulement le processus de passation et qu'aucune distinction n'était de ce fait établie entre marchés publics et marchés privés dans ce contexte. Il a été noté également que cette distinction était opérée dans la définition du terme "entité adjudicatrice". Il a été proposé en conséquence de traiter la question dans un glossaire plutôt qu'à l'article 2. Le Comité a approuvé cette proposition.

Alinéa e): "[garantie] de soumission"

55. En ce qui concernait l'alinéa e), l'emploi du terme "submission security" (garantie de soumission) en lieu et place de "tender security" (garantie d'offre ou garantie de soumission) a suscité des inquiétudes. Il a été expliqué que le second terme était bien connu des milieux de la passation, tandis que le premier risquait de prêter à confusion et d'être dépourvu de sens. Selon un autre point de vue, il fallait conserver le terme "submission security" compte tenu de l'introduction à l'alinéa g) du nouveau terme "submission" (soumission) (voir par. 58 à 60 ci-dessous). On a souligné qu'il fallait veiller à employer une terminologie cohérente et uniforme dans l'ensemble de la loi type révisée. Pour une plus grande clarté et afin d'assurer un enchaînement logique des définitions, il a été proposé que la définition du terme "soumission" soit placée avant celle de "garantie de soumission".

56. Certains représentants ont dit préférer l'expression "tender or other security" (garantie d'offre ou autre) au terme "submission security" (garantie de soumission). Il a aussi été proposé d'employer l'expression "garantie d'exécution du marché". Une solution de compromis a été avancée, consistant à employer les termes "[submission] [tender or other] security" (garantie [d'offre ou autre] [de soumission]) et à laisser à l'État adoptant le soin de choisir le terme qui convenait dans son système juridique. (Voir par. 176 ci-dessous.)

57. On a également exprimé la crainte que le libellé de l'alinéa e) lu en parallèle avec l'alinéa g) ne laisse entendre que plusieurs garanties seraient exigées dans une procédure de passation unique où plusieurs enchères, offres ou propositions étaient présentées. Il a été proposé que le guide précise que telle n'était pas l'intention des dispositions.

Alinéa g): "soumission"

58. L'introduction d'un nouveau terme générique et collectif englobant à la fois les offres, les propositions, les prix et les enchères a été appuyée.

59. On s'est demandé s'il était souhaitable d'employer le terme "soumission" à cette fin. L'emploi et la traduction du nouveau terme proposé "submission" posaient – a-t-on souligné – des difficultés. Le terme à retenir pourrait être "tender" (offre ou soumission), qui était employé de manière générique et collective dans de nombreux États. Il a également été suggéré d'envisager l'emploi du terme "supply" (offre). Selon l'avis qui a prévalu, le texte ne serait pas modifié davantage.

60. Au cours des délibérations qui ont suivi, on a estimé que, compte tenu de la solution de compromis avancée, qui consistait à employer les termes "[submission] [tender or other] security" (garantie [d'offre ou autre] [de soumission]), au lieu de "garantie de soumission" (voir par. 56 ci-dessus), le terme "soumission(s)" devrait être remplacé par le terme "offre ou autre(s) soumission(s)". Certaines délégations ont toutefois exprimé des réserves au sujet de cette modification, car elles estimaient que l'emploi de cette définition proposée dans l'ensemble de la loi type révisée fausserait le sens de certaines dispositions.

Alinéa m): "sollicitation directe"

61. On a exprimé la crainte que la définition du terme "sollicitation directe" ne laisse entendre que l'entité adjudicatrice disposait d'un pouvoir d'appréciation illimité pour décider des fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle pourrait solliciter des soumissions. Il a été proposé, pour apaiser cette crainte, que la définition soit reformulée comme suit: "la sollicitation d'un (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) choisi(s) par l'entité adjudicatrice".

62. Une autre proposition, qui a bénéficié d'un fort soutien au sein du Comité, était de supprimer cette définition de l'article 2 pour éviter de mettre la sollicitation directe sur le même pied que la sollicitation ouverte au lieu de la traiter comme une procédure exceptionnelle.

63. Par la suite, toutefois, il a été décidé que la définition proposée pour le terme "sollicitation directe", telle qu'elle avait été modifiée (voir par. 61 ci-dessus), serait conservée à l'article 2 et ferait en outre référence à la nature exceptionnelle de cette procédure. Il a été déclaré qu'en regroupant l'ensemble des définitions dans un seul et même article, on respecterait la technique de rédaction habituelle et la compréhension des articles suivants où figurait ce terme, comme l'article 7-6, s'en trouverait facilitée.

Alinéas n) à s): définitions relatives aux accords-cadres

64. Le maintien des définitions relatives aux accords-cadres à l'article 2 a été appuyé car il serait ainsi possible aux utilisateurs de la loi type révisée de se familiariser d'emblée avec la terminologie employée dans cette nouvelle procédure.

65. Selon un autre avis, il fallait supprimer ces définitions de l'article 2 pour les insérer dans la partie du projet de loi type révisée consacrée aux accords-cadres. Une autre proposition encore était de ne conserver que la définition de l'alinéa n) dans l'article 2 et de placer les définitions o) à s) dans la partie traitant des accords-cadres. On a noté à cet égard que toutes les définitions étaient habituellement regroupées en un seul et même endroit au début d'un instrument juridique et non éparpillées dans l'ensemble du texte. Une autre solution proposée était que les alinéas o) à s) deviennent des sous-alinéas de l'alinéa n).

66. Le désir d'adopter une certaine souplesse à l'égard de toutes les propositions avancées a été exprimé. Il a été suggéré que le Comité, afin d'accélérer ses travaux, décide de renvoyer cette question et d'autres questions similaires n'ayant pas trait au fond à un groupe de rédaction qu'il pourrait constituer. On a rappelé la pratique de la CNUDCI concernant la création de groupes de rédaction et le mandat qui leur était habituellement confié. Il a été rappelé en particulier que les groupes de rédaction étaient chargés de régler des questions touchant uniquement à la forme, pour assurer avant tout la concordance entre les différentes versions linguistiques d'un instrument.

Alinéa t): "modification substantielle de la description de l'objet du marché ou de toutes les autres conditions de la passation de marché"

67. Le maintien de la définition dans la loi type révisée a été appuyé, de même que l'emploi du terme [entraînerait] plutôt que [pourrait entraîner]. Le verbe "entraînerait", a-t-on estimé, exprimait mieux l'idée selon laquelle il ne s'agissait pas ici de la possibilité théorique qu'une modification aboutisse au résultat mentionné dans la définition mais de la conséquence inévitable de cette modification.

68. Il a aussi été proposé d'employer le terme "modification fondamentale" au lieu de "modification substantielle". Le Comité a noté que le Groupe de travail avait examiné les différences entre les deux termes et qu'il avait opté pour "modification substantielle", qui, selon lui, offrait plus de souplesse comme le voulait le contexte envisagé.

69. Il a été noté qu'un concept analogue figurait dans le projet d'article 32-2 b), quoique dans un contexte différent. Il a donc été demandé s'il serait souhaitable de se référer, dans l'article 2, aux "modifications substantielles" uniquement dans le contexte des accords-cadres. Il a été répondu que la définition devrait être revue pour qu'elle s'applique généralement à toutes les situations où l'entité adjudicatrice était autorisée à modifier les conditions du marché. À cet égard, une discussion dans le contexte de la procédure de dialogue compétitif tout récemment introduite a été rappelée. On a jugé préférable de traiter la notion de "modification substantielle" au cas par cas selon le contexte où elle était employée, plutôt que d'essayer de la définir de manière générique à l'article 2.

70. En réponse à une autre question, il a été confirmé que les conséquences visées dans la définition étaient exclusives l'une de l'autre et non pas cumulatives et qu'il fallait faire ressortir cette idée dans toutes les versions linguistiques.

71. Le Comité a décidé de n'étudier cette définition que lorsqu'elle aurait été reformulée, au moment, a-t-il été proposé, où il examinerait la question de savoir si la définition de "modification substantielle" devait être conservée à l'article 2 ou s'il valait mieux la traiter dans d'autres dispositions.

Définitions supplémentaires

72. Selon un avis, il serait souhaitable d'ajouter à l'article 2 une définition de l'enchère électronique inversée et de tous autres termes récurrents employés en rapport avec cette nouvelle technique de passation.

73. En réponse à la proposition de définir à l'article 2 non seulement les enchères électroniques inversées mais aussi les enchères classiques, il a été rappelé au Comité que le Groupe de travail avait décidé de ne pas réglementer les enchères classiques en raison du risque élevé qu'elles posaient de collusion entre enchérisseurs (voir par. 32 ci-dessus).

74. Le Secrétariat a été prié de proposer une liste de termes supplémentaires qu'il serait souhaitable de définir à l'article 2 à la lumière des délibérations du Comité sur le projet de loi type révisée, étant entendu que ce dernier devrait lui-même décider de la teneur des définitions supplémentaires. On s'est dit opposé à l'ajout de nouvelles définitions si l'avancement des travaux du Comité sur le projet de loi type révisée devait s'en trouver compromis. Il était donc entendu qu'aucune nouvelle définition ne serait ajoutée à l'article 2 à moins qu'elle ne soit nécessaire et à condition de prendre en compte l'impact d'un tel ajout sur la réalisation de l'objectif souhaité, qui était d'achever le projet à la session en cours.

Article 3. Obligations internationales du présent État touchant la passation des marchés [et accords intergouvernementaux au sein (du présent État)]

75. On s'est interrogé sur les crochets qui figuraient dans le titre de l'article, comme dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994. On a fait observer que le texte entre crochets dans le titre se rapportait aux dispositions de l'alinéa c) de l'article, qui elles ne figuraient pas entre crochets. On a noté qu'il fallait assurer la cohérence au sein des dispositions mêmes. Si l'intention était de les limiter aux obligations internationales, alors le texte entre crochets dans le titre et l'alinéa c) devaient être supprimés car ils traitaient tous deux de la question purement interne de l'État fédéral. Si l'intention était de traiter dans l'article à la fois des accords internationaux et des accords entre un État fédéral et ses subdivisions, l'alinéa c) et le texte correspondant entre crochets dans le titre devaient alors figurer entre crochets. Il a été noté que le guide pourrait expliquer que les dispositions entre crochets se rapportaient aux États fédéraux et leur étaient destinées.

76. La raison d'être de l'article tout entier a été mise en doute. Il a été déclaré que les questions abordées dans l'article étaient traitées dans la constitution des États adoptants, si bien qu'elles ne revêtaient pas un caractère législatif et n'avaient pas leur place dans la loi type révisée. Il a été répondu que ces questions avaient été débattues lors de l'élaboration de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 et qu'il avait été décidé d'insérer quand même les dispositions dans la Loi type en raison de leur utilité pratique. Il a été rappelé qu'en autorisant la révision de la Loi type sur la passation de marchés de 1994, la Commission avait donné pour instruction de ne pas s'écarter de ses principes fondamentaux. On considérait que l'article 3 énonçait un tel principe. Il a été proposé que le guide ou une note de bas de page accompagnant l'article signale aux États adoptants qu'ils devraient peut-être adapter les dispositions de ce dernier à leurs règles constitutionnelles. S'agissant de l'alinéa b) en particulier, il a été noté qu'il se pouvait que les "accords conclus" doivent non seulement être signés, mais aussi ratifiés par le parlement, pour lier un État adoptant.

77. Plusieurs délégations ont appuyé cette proposition. D'autres, en revanche, ont estimé que cette dernière ne réglait pas le problème soulevé, en l'occurrence que l'article 3 dans sa rédaction actuelle n'avait pas sa place dans une loi sur la passation des marchés car il renvoyait à des questions constitutionnelles. On a

souligné qu'il était malvenu pour une loi type de régler la hiérarchie entre la loi sur la passation des marchés et les traités internationaux ou les obligations bilatérales.

78. Selon l'avis qui a prévalu, les dispositions devraient être conservées dans la Loi type, mais il faudrait que le guide appelle l'attention des États adoptants sur le fait qu'ils ne devraient pas incorporer cet article si ses dispositions entraînent en conflit avec leur droit constitutionnel. Il a été convenu au sein du Comité que les crochets seraient maintenus dans le titre de l'article et que l'alinéa c) serait lui aussi placé entre crochets pour montrer que les dispositions concernaient seulement les États fédéraux.

Articles 4 et 5

79. Ces articles n'ont suscité aucun commentaire, ayant été considérés acceptables dans leur ensemble.

Article 6. Informations sur les projets de marchés prévus

80. La proposition de remplacer, dans la version anglaise, le verbe "obligate" par "oblige" (obliger) a été appuyée.

81. Le Comité était saisi de la proposition suivante de nouveau paragraphe susceptible d'être ajouté à l'article 6:

"2. L'entité adjudicatrice peut publier une demande de manifestation d'intérêt avant d'engager une procédure de passation de marché en vertu de la présente Loi. [Cette demande est publiée dans ... (l'État adoptant la Loi type spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel la demande est publiée). La demande est également publiée, dans une langue d'usage courant dans le commerce international, dans un journal de grande diffusion internationale ou dans une publication spécialisée appropriée ou une revue technique ou professionnelle appropriée de grande diffusion internationale [, sauf lorsque la participation à la procédure de passation de marché est limitée aux fournisseurs ou entrepreneurs nationaux en application de l'article [7-6 c) i) et ii)] de la présente Loi.] Ni la demande ni une réponse ne confèrent de droit aux fournisseurs ou entrepreneurs et, en particulier, ne les autorisent à exiger qu'une soumission soit évaluée; l'avis n'oblige pas non plus l'entité adjudicatrice à émettre une sollicitation."

82. On a demandé pourquoi les dispositions seraient insérées dans cet article plutôt que dans les articles régissant les procédures de sollicitation de propositions, procédures dont la demande de manifestation d'intérêt (notion qui apparaissait dans les articles 37 et 48 de la Loi type sur la passation de marchés de 1994) constituait une étape courante. Le Comité a été informé de la discussion que le Groupe de travail avait tenue sur le sujet à sa seizième session (New York, 26-29 mai 2009) et à l'issue de laquelle il avait été décidé que les demandes de manifestation d'intérêt pourraient s'appliquer à n'importe quelle autre méthode de passation, bien qu'elles soient plus fréquentes dans les procédures de sollicitation de propositions. Pour éviter toute confusion avec la terminologie déjà couramment employée dans le contexte de la sollicitation de propositions, il a été suggéré, suggestion qui a finalement été appuyée, d'envisager de remplacer, dans le paragraphe proposé, le terme "request for expression of interest" (demande de manifestation d'intérêt) par

“notice seeking interest” (avis d’appel à manifestation d’intérêt) ou par un terme analogue.

83. Selon un avis, le projet d’article 6 devait rester inchangé, sans qu’il y soit ajouté de nouvelles dispositions (qui en tout état de cause étaient facultatives et ne créaient aucune obligation juridique). On a insisté sur ce point de vue en faisant valoir que les mots “informations concernant les projets de marché prévus”, employés dans le projet d’article 6, pouvaient admettre une interprétation très large englobant l’idée exprimée au nouveau paragraphe 2 proposé. On a relevé des chevauchements importants entre les dispositions actuelles du projet d’article 6 et le nouveau paragraphe 2 proposé plus haut.

84. Selon une autre opinion, qui l’a finalement emporté, le nouveau paragraphe 2 proposé s’appliquait à des situations différentes et devait être ajouté au projet d’article 6, le guide devant préciser ensuite comment les paragraphes 1 et 2 de cet article s’appliqueraient dans la pratique. Il a été expliqué que, dans certains États, les mesures décrites dans les deux paragraphes pouvaient faire partie intégrante de la procédure de passation, pouvaient précéder immédiatement cette procédure ou pouvaient simplement constituer une étape de la planification à moyen ou long terme.

85. Le maintien du projet d’article 6 dans l’hypothèse où serait ajouté le paragraphe 2 proposé a suscité des réserves. Le caractère facultatif des deux paragraphes a été souligné. On a donc estimé qu’il conviendrait davantage de les insérer dans le guide, pour illustrer les meilleures pratiques en matière de planification de la passation et d’étude de marché. Une autre proposition encore était de placer les dispositions entre crochets pour les examiner plus avant. Cette dernière proposition a suscité des objections, car, a-t-on estimé, les dispositions avaient été dûment examinées à plusieurs reprises et reflétaient l’avis qui l’avait emporté au sein des délégations.

86. Selon l’avis qui a prévalu, les dispositions des deux paragraphes de l’article 6, telles qu’elles avaient été modifiées à la session en cours (voir par. 80 et 82 ci-dessus), seraient conservées dans le corps même de la loi type révisée. On a insisté sur l’utilité de ces dispositions dans la loi type révisée eu égard à la Convention des Nations Unies contre la corruption, car elles assuraient la transparence tout au long du processus et privaient de toute position avantageuse les fournisseurs ou entrepreneurs qui sans cela pourraient avoir accès aux phases de planification en toute opacité. Il a été convenu que ce point, de même que les motifs justifiant l’insertion au chapitre premier de ces dispositions en tant que règles généralement applicables à toutes les méthodes de passation, devrait être expliqué dans le guide.

87. On s’est inquiété de la charge que représenterait pour les entités adjudicatrices la publication du texte sur papier. Il a été proposé d’employer les mots “rendre ces informations accessibles” au lieu de préciser que les informations devraient être publiées dans un journal. Il a été répondu que, conformément à l’article 8, qui prévoyait l’équivalence fonctionnelle entre différents moyens de publication, le terme “journal” désignerait une publication sous forme papier ou autre. Enfin, il a été décidé de déplacer les deuxième et troisième phrases du paragraphe 2 proposé pour les insérer dans le guide.

Article 7. Règles concernant les méthodes, techniques et procédures de passation et le type de sollicitation

Paragraphe 3

88. Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu d'employer le terme "efficacité économique" dans le paragraphe 3 de l'article. Étant donné que l'un des objectifs de la loi type révisée exposé dans son préambule était d'"aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés", on a suggéré que le choix du terme à utiliser soit examiné à la lumière de cette disposition du préambule.

89. Certains représentants ont dit avoir du mal à comprendre le terme "efficacité économique" et estimé que les mots "économie et efficacité" ou "économie ou efficacité" étaient préférables. De l'avis d'une délégation, la référence à l'"économie" signifiait que l'utilisation d'une méthode de passation serait moins coûteuse, et le terme "efficacité" signifiait que l'utilisation d'une méthode de passation prendrait moins de temps. Il a été dit que la satisfaction de l'une de ces considérations suffirait pour justifier le recours aux autres méthodes de passation exposées au chapitre III du projet de loi type révisée. Bien que ce point de vue ait été partagé par une autre délégation, il a été suggéré d'utiliser le terme "efficacité économique" pour exprimer le rapport souhaitable entre les considérations de temps et de coût. On a proposé de donner des explications supplémentaires dans le guide.

90. Quel que soit le terme utilisé pour exprimer le sens souhaité, on a fait valoir qu'il devrait figurer soit dans l'article 7-3 uniquement, soit, en plus, dans tous les articles du chapitre III. Une préférence a été exprimée pour la première approche car, a-t-on dit, l'article 7-3 définissait les conditions générales justifiant le recours aux dispositions du chapitre III. Par conséquent, quels que soient leurs termes, ces conditions seraient applicables à toutes les méthodes de passation de ce chapitre.

91. De l'avis général, les conditions spécifiques d'utilisation des différentes méthodes de passation ne devraient pas figurer dans l'article 7, mais être énoncées dans les articles régissant chaque méthode de passation concernée. L'idée était que l'article 7 expose les conditions générales justifiant le recours: a) aux méthodes de passation du chapitre III au lieu de l'appel d'offres; et b) aux méthodes de passation du chapitre IV au lieu de l'appel d'offres et des méthodes de passation du chapitre III.

92. Certaines délégations ont considéré que l'efficacité économique était la principale condition pour avoir recours aux méthodes de passation du chapitre III au lieu de l'appel d'offres, alors que l'incapacité à définir des spécifications et/ou à définir des critères d'évaluation en termes quantifiables ou monétaires était la principale condition pour avoir recours aux méthodes de passation du chapitre IV.

93. Le Comité a examiné la proposition visant à ce que le principe suivant soit exprimé dans le paragraphe 3 révisé: "Lorsque l'entité adjudicatrice est tenue d'utiliser une procédure d'appel d'offres conformément au paragraphe 1 du présent article, mais qu'elle estime pour des raisons d'efficacité économique qu'il conviendrait d'utiliser une méthode spécifiée dans le chapitre III, elle peut le faire [si les conditions d'utilisation de la méthode de passation concernée du chapitre III sont remplies] [uniquement en accord avec les conditions spécifiées pour chacune

de ces méthodes de passation].” L’idée était que le guide donnerait des orientations quant à la relation entre le paragraphe 3 et les paragraphes 1 et 4.

94. Il a été demandé si le principe que l’on proposait d’énoncer au paragraphe 3 de l’article éliminerait la principale différence entre les conditions de recours aux méthodes de passation exposées dans le chapitre III et les conditions de recours aux méthodes de passation exposées dans le chapitre IV. Il a été jugé essentiel de conserver l’idée que l’appel d’offres et les autres méthodes de passation exposées dans le chapitre III étaient soumises au même critère, qu’il était possible de donner une description détaillée de l’objet du marché et de définir les critères d’évaluation en termes quantifiables ou monétaires, et que ce critère ne serait pas rempli dans le cas des méthodes de passation exposées dans le chapitre IV.

95. Certaines délégations ont exprimé l’avis que l’efficacité économique n’était pas la principale raison pour avoir recours à toutes les méthodes de passation exposées dans le chapitre III. Par exemple, le recours à l’appel d’offres à deux enveloppes se justifiait pour d’autres considérations et le recours à la sollicitation de prix se justifiait pour des considérations d’efficacité économique uniquement de façon indirecte. Aussi s’est-on demandé si le fait de spécifier dans l’article 7-3 que l’efficacité économique était une condition générale pour avoir recours à toutes les méthodes de passation du chapitre III serait approprié. Il a donc été proposé de supprimer le passage suivant du paragraphe: “mais lorsque l’utilisation d’une procédure d’appel d’offres ne conviendrait pas pour des raisons d’efficacité économique [d’économie et d’efficacité] [d’économie ou d’efficacité]”, de sorte que, dans sa totalité, ce dernier serait rédigé comme suit:

“Lorsqu’il est possible de fournir une description détaillée de l’objet du marché et de définir les critères d’évaluation en termes quantifiables ou monétaires, une entité adjudicatrice peut avoir recours à une méthode de passation mentionnée au chapitre III de la présente Loi, sous réserve que les conditions d’utilisation de la méthode concernée, telles qu’elles sont spécifiées dans les dispositions pertinentes de ce chapitre, soient remplies.”

96. Compte tenu de l’influence réciproque entre les dispositions du paragraphe 3 et celles du chapitre III, il a été décidé d’examiner ce paragraphe ultérieurement, en même temps que les dispositions pertinentes du chapitre III.

Paragraphe 4

97. Compte tenu de l’influence réciproque entre les dispositions du paragraphe 4 et celles du chapitre IV, il a été décidé d’examiner ce paragraphe ultérieurement, en même temps que les dispositions pertinentes du chapitre IV.

Paragraphe 5

98. Il a été décidé de conserver les mots “à part entière” et de supprimer les mots “, le cas échéant,”.

Chapeau du paragraphe 6 a)

99. Selon l’avis qui a prévalu, il fallait supprimer du texte les mots “Sans préjudice de l’article 24”.

Paragraphe 6 a) ii)

100. Il a été reconnu que cet alinéa visait à permettre de passer des marchés sensibles intéressant généralement le secteur de la défense. Il a été proposé de supprimer toute ambiguïté liée à l'usage du terme "confidentialité" en remplaçant le texte par le libellé suivant: "La sollicitation directe ne soit nécessaire pour des raisons de sécurité nationale ou de défense nationale essentielles." Il a été noté que cette proposition s'appliquerait également au paragraphe 7 a) iv), qui reposait sur les mêmes considérations.

101. Dans ce contexte, il a été fait référence à l'article XXIII 1) de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC (AMP, 1994)¹⁸ et à l'article III de l'Accord révisé sur les marchés publics de l'OMC de 2006¹⁹. Il a été dit que ces deux articles prévoyaient des exceptions à la transparence afin de protéger des intérêts essentiels de la sécurité d'une partie se rapportant aux marchés d'armes, de munitions ou de matériel de guerre, ou aux marchés indispensables à la sécurité nationale ou aux fins de la défense nationale. Il a été jugé important de tenir compte de ces dispositions.

102. Le Comité a toutefois fait observer que le libellé proposé ne serait peut-être pas assez large pour couvrir les marchés sensibles en dehors du secteur de la défense, comme dans le cas d'un vaccin en situation de pandémie. Il a été noté que les deux versions de l'Accord faisaient la distinction entre les mesures nécessaires à la sécurité nationale et à la défense nationale et les mesures qui s'imposaient, par exemple, aux fins de la sécurité ou de l'ordre publics. Selon un autre avis, le libellé pouvait être interprété de manière plus souple et le guide pourrait fournir des exemples de situations qui relevaient de la "sécurité nationale essentielle" (comme la passation de marchés en situation de pandémie ou dans le cas de biens sensibles destinés à des expériences ou tests médicaux).

103. Certains représentants étaient favorables à une approche souple concernant le maintien d'une référence à la "confidentialité" dans le texte, sous réserve que le guide précise qu'il ne fallait pas entendre par là la non-divulgence d'informations sensibles sur le plan commercial (comme les secrets professionnels) car, sur ce plan, toute passation de marché était jugée confidentielle. Il a par conséquent été proposé que le texte limite la portée du terme "confidentialité" aux secrets d'État liés à des considérations de sécurité ou de défense nationales.

104. Selon l'avis qui a prévalu, le texte devait être modifié selon la proposition formulée au paragraphe 100 ci-dessus.

Paragraphe 6 b)

105. Il a été proposé de supprimer cet alinéa compte tenu des changements qu'il avait été convenu d'apporter à l'alinéa 6 a) ii).

106. On s'est inquiété du fait que cette proposition reviendrait à supprimer des dérogations aux règles de transparence requises par la loi type révisée, dérogations qui pourraient se révéler essentielles compte tenu de la nature sensible de certains types de marchés.

¹⁸ Consultable à l'adresse: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

¹⁹ Consultable à l'adresse: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

107. L'avis selon lequel cet alinéa devait être conservé, mais reformulé eu égard aux changements qu'il avait été convenu d'apporter à l'alinéa 6 a) ii) a bénéficié d'un soutien. Il a par exemple été suggéré de remplacer le début de l'alinéa par le libellé suivant: "Si la sollicitation directe est utilisée dans des situations visées par l'alinéa 6 a) ii)."

108. Il a été noté que le libellé proposé pour le début de cet alinéa était beaucoup trop général, car il justifierait des dérogations aux règles de transparence pour tous les marchés ayant trait à des aspects essentiels de la sécurité nationale ou de la défense nationale. Il a par conséquent été suggéré d'en limiter la portée aux marchés visés par l'alinéa 6 a) ii) qui étaient jugés confidentiels par l'entité adjudicatrice.

109. Le texte ci-après a été proposé pour remplacer le début du paragraphe 6 b) (qui limiterait aux cas strictement justifiables les dérogations aux obligations d'information): "si la sollicitation directe est utilisée dans les situations visées au paragraphe 6 a) ii) et lorsque l'entité adjudicatrice estime, pour des raisons de confidentialité, que tout ou partie des dispositions de la présente Loi concernant l'information du public ne devrait pas s'appliquer, elle inclut..." Il a été noté que les mêmes considérations vaudraient pour l'article 7-7 c).

110. L'idée que cherchait à exprimer le texte proposé a bénéficié d'un certain soutien. Toutefois, selon l'avis qui l'a emporté, il fallait éviter d'employer le terme "confidentialité" dans tout texte révisé, car ce terme pourrait justifier des dérogations illimitées et donner lieu à des abus. Le libellé suivant a donc été suggéré: "si la sollicitation directe est utilisée dans les circonstances mentionnées au paragraphe 6 a) ii) et lorsque, en raison de ces circonstances, il est nécessaire de ne pas révéler les informations en question, l'entité adjudicatrice peut décider de ne pas appliquer les articles [...] de la présente Loi." Selon un autre point de vue, le texte initialement proposé pour le début de la disposition, à savoir "si la sollicitation directe est utilisée dans des situations visées par le paragraphe 6 a) ii)" (voir par. 107 ci-dessus), était suffisant et ne devrait pas être développé.

111. En raison des conséquences que les dispositions proposées comportaient pour les États adoptants, l'avis a été fermement exprimé que les dispositions prévoyant des dérogations aux obligations de transparence posées par la loi type révisée devraient avoir une portée très claire et limiter toute subjectivité de la part de l'entité adjudicatrice au strict nécessaire.

112. On s'est demandé si tous les renvois figurant dans le texte, qui prévoyaient des dérogations aux règles de transparence énoncées dans la loi type révisée étaient appropriés. Il a été noté que le Comité devrait exprimer son point de vue sur chacune de ces dérogations. Celui-ci a par conséquent été invité à examiner lesquelles des dérogations ci-après il convenait de conserver ou d'ajouter: a) dérogation à la sollicitation ouverte (articles 24 et 15-2 (portant sur la notification de la procédure de préqualification)); b) dérogation à la notification des fournisseurs ou entrepreneurs préqualifiés (article 15-9); c) dérogation à la publication de l'avis d'attribution du marché (article 20); et d) dérogation à la communication de la partie pertinente du procès-verbal de la procédure de passation (article 22-2).

113. On s'est demandé s'il fallait maintenir les renvois à l'article 15-2 et 9 (préqualification), car on considérait que la sollicitation directe, selon la définition proposée à l'article 2 (voir par. 61 et 63 ci-dessus), supposait la sollicitation auprès de fournisseurs choisis plutôt qu'une préqualification. Une autre opinion exprimée

était qu'il serait souhaitable de préserver une certaine souplesse sur ce point et qu'il fallait par conséquent conserver les renvois à ces dispositions.

114. Selon d'autres délégations, il ne serait pas nécessaire de prévoir de dérogations particulières dans le paragraphe 6 b), car ces dérogations étaient déjà implicites à la lecture conjointe de la définition du terme "sollicitation directe" et du paragraphe 6 a) ii). De l'avis d'autres délégations encore, les dérogations devraient être énoncées de manière toutefois à trouver un compromis entre, d'un côté, l'intérêt qu'avait l'entité adjudicatrice à ne pas appliquer l'obligation d'information du public à certaines informations sensibles pour des motifs justifiés et, de l'autre, la nécessité de fournir au public un minimum d'information pour qu'il puisse exercer un contrôle et engager des recours même dans le cas de marchés sensibles.

115. Il a été demandé si l'entité adjudicatrice devrait être autorisée à choisir parmi les dérogations prévues celles qu'elle pourrait invoquer dans un cas particulier. Selon un avis, le texte proposé au paragraphe 109 ci-dessus, qui parlait de "tout ou partie des dispositions de la présente Loi concernant l'information du public", donnait toute latitude à l'entité adjudicatrice pour décider si elle souhaitait invoquer toutes les exceptions aux obligations d'information du public ou certaines d'entre elles.

116. Il a été souligné qu'il était important de conserver dans le texte des dispositions visant à prévenir le recours abusif aux dérogations, notamment l'obligation pour l'entité adjudicatrice d'inclure dans le procès-verbal de la procédure de passation de marché un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'était fondée pour justifier sa décision. Il a également été suggéré que le guide explique en détail les dispositions, en particulier l'importance des dérogations, et souligne qu'il revenait à l'entité adjudicatrice de déterminer s'il existait des motifs suffisants pour traiter une procédure comme confidentielle.

117. Il a été généralement estimé qu'il faudrait reformuler les dispositions pour envisager toutes les alternatives appropriées à la sollicitation ouverte. Selon un avis, il valait mieux se garder d'employer le terme "sollicitation directe" dans tout texte révisé.

118. Au cours des délibérations qui ont suivi, un soutien a été exprimé en faveur du libellé ci-après pour remplacer le paragraphe 6 b): "Si la sollicitation se déroule conformément à l'article 7-6 a) ii), l'entité adjudicatrice détermine lesquelles des dispositions de la présente Loi sur l'information du public ne doivent pas s'appliquer et inclut dans le procès-verbal exigé en vertu de l'article 22 un exposé des [motifs et circonstances] [raisons] qui justifient sa décision".

Paragraphe 7

119. Il a été proposé que le Secrétariat revoie l'alinéa a) iv) et la référence à l'"intérêt national" à l'alinéa c) à la lumière des délibérations du Comité sur la passation des marchés dans le secteur de la défense (voir les paragraphes 100 à 104).

Paragraphe 8

120. Il a été proposé que les mots "ou à la sollicitation directe" soient supprimés. L'autre proposition, qui a bénéficié d'un soutien, consistait à remanier le paragraphe

pour faire en sorte que toute décision prise par l'entité adjudicatrice de recourir à une méthode de passation autre que l'appel d'offres, et toute décision de ne pas recourir à la sollicitation ouverte dans d'autres méthodes de passation soient mentionnées et justifiées dans le procès-verbal. Le Comité a décidé d'examiner ultérieurement ce paragraphe et les paragraphes restants de l'article 7.

Article 8. Communications dans la passation de marchés

Paragraphe 2

121. Le Comité était saisi du texte proposé ci-après modifiant le paragraphe 2:

“2) La communication d'informations entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visée aux articles [14-1 d), 15-6 et 15-9, 19-4, 30-2 a), 32-1, ..., et dans le cas de sollicitation directe conformément à l'article 7-6 a),] peut se faire par un moyen n'attestant pas leur teneur à condition que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui soit accessible pour être consultée ultérieurement.”

122. S'agissant d'une question qui avait été posée dans la note de bas de page 61 du document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.1, l'avis qui l'a emporté était qu'il fallait supprimer le renvoi à l'article 19-4. Le Secrétariat a été chargé de s'assurer de l'exactitude des autres renvois dans ces dispositions.

Nouveau paragraphe 3

123. Le Comité était saisi de la proposition ci-après d'un nouveau paragraphe 3:

“Lorsque le marché met en jeu, nécessite et/ou contient des informations classifiées intéressant la défense ou la sécurité nationales, l'entité adjudicatrice spécifie dans le dossier de sollicitation les mesures et conditions nécessaires pour garantir la sécurité de ces informations au niveau requis.”

124. Les auteurs de cette proposition ont expliqué que des dispositions supplémentaires seraient nécessaires pour tenir compte des questions spécifiques découlant de l'inclusion des marchés de la défense dans le champ d'application de la loi type révisée. En réponse à la question de savoir si les préoccupations relatives à la sécurité n'étaient pas déjà traitées au paragraphe 5, les auteurs ont souligné que le champ d'application du nouveau texte proposé et celui du paragraphe 5 ne se recoupaient pas.

125. Il a été expliqué que les exigences ou mesures visées dans le texte proposé concernaient des exigences techniques auxquelles les fournisseurs ou entrepreneurs devaient se conformer pour assurer l'intégrité des informations, telles que les exigences de codage, et permettraient à l'entité adjudicatrice de préciser, par exemple, le niveau de l'administrateur chargé de recevoir les informations en question. De son côté, le paragraphe 5 traitait des exigences internes que l'entité adjudicatrice devait observer.

126. Plusieurs représentants ont soutenu avec vigueur l'inclusion de ces dispositions dans la loi type révisée, faisant valoir qu'en leur absence, cette loi type ne pourrait pas être utilisée dans les secteurs de la sécurité et de la défense nationales.

127. L'inclusion de ces dispositions dans la loi type révisée a aussi suscité une certaine opposition. On a estimé qu'elles rendraient plus complexe le chapitre premier, censé énoncer des dispositions générales applicables aux marchés publics. Ces dispositions étaient également jugées inutiles parce qu'il était possible que les États adoptants disposent déjà de réglementations spécifiques relatives aux informations classifiées dans les secteurs de la défense et de la sécurité nationales. Il a été répondu que le texte proposé avait été rédigé en termes généraux, pour éviter tout détail qui risquerait d'être incompatible avec d'autres réglementations, et qu'il était entendu, pour les auteurs de la proposition, que le guide préciserait que les dispositions seraient soumises aux réglementations applicables dans chaque État adoptant.

128. Une proposition tendant à inclure un article ou chapitre traitant spécifiquement des marchés dans les secteurs de la défense et de la sécurité n'a pas été appuyée. Il a été expliqué que les marchés de la défense et de la sécurité nationale, parmi d'autres types de marché sensibles, seraient exemptés de certains principes généraux de la loi type révisée. Pour certaines délégations, en les traitant séparément dans la loi type révisée, on s'écartait du principe de base qui sous-tendait le projet de loi type révisée, à savoir la complexité du marché en question plutôt que l'objet ou le secteur sur lequel il portait. Parallèlement, on a appuyé l'avis selon lequel un examen général de la loi type révisée s'imposait pour couvrir les marchés sensibles, le cas échéant, par le biais d'exceptions aux règles générales (voir par. 253 à 266 ci-après).

129. On s'est accordé à dire que l'article 8 était l'emplacement qui convenait à la proposition, puisque celle-ci traitait des communications, mais on a estimé qu'il faudrait faire preuve d'une certaine souplesse quant à la question de savoir quel paragraphe de cet article était le plus adéquat. La proposition tendant à fusionner le texte proposé avec le paragraphe 5 n'a pas été appuyée en raison de leur champ d'application sensiblement distinct (voir par. 124 et 125 ci-dessus). La proposition tendant à insérer le texte proposé sous la forme d'un nouvel alinéa b) au paragraphe 3 a bénéficié d'un large soutien.

130. Des craintes ont été exprimées à propos de cette proposition car le fait d'insérer ces dispositions dans le paragraphe 3 pouvait sous-entendre que leur application était générale et non exceptionnelle. On s'est inquiété de ce que l'extension de l'application de mesures justifiables dans les secteurs de la défense et de la sécurité nationales à d'autres secteurs ne donne lieu à des pratiques discriminatoires. Aussi, une préférence a-t-elle été exprimée en faveur de dispositions distinctes sur ce sujet, en remplaçant le mot "spécifique" par les mots "à le droit de spécifier".

131. La proposition traitant essentiellement des informations que l'entité adjudicatrice devait spécifier dans le dossier de sollicitation, l'avis qui a prévalu était que le texte suivant inspiré de la proposition devrait être inséré non séparément mais comme nouvel alinéa b) au paragraphe 3 :

“Lorsque le marché met en jeu, nécessite et/ou contient des informations classifiées intéressant la défense ou la sécurité nationales, les mesures et conditions nécessaires pour garantir la sécurité de ces informations au niveau requis;”

132. En rapport avec ce texte, il a été demandé si seules les informations classifiées ou assimilées intéressant la défense ou d'autres secteurs de la sécurité nationale devraient bénéficier d'une protection. Une suggestion visant à élargir la portée de la proposition a été appuyée. Les suggestions suivantes ont été examinées à cette fin:

- a) Remplacer informations "classifiées" par informations "protégées" ou "sensibles";
- b) Élargir la portée des informations classifiées en ajoutant les mots "ou tout autre domaine" après "la défense ou la sécurité nationales";
- c) Ou bien, faire référence aux "informations classifiées intéressant la défense ou la sécurité nationales, ou toute autre information devant être protégée";
- d) Ou encore, faire référence aux "informations classifiées [comme celles] intéressant la défense ou la sécurité nationales";
- e) Remplacer les mots "la défense ou la sécurité nationales" par les mots "la défense nationale ou l'intérêt national".

133. Lors de l'examen des différentes formulations ci-dessus, l'avis a été exprimé que la référence aux informations "classifiées" risquait d'être trop restrictive et qu'un autre terme tel que "sensibles" ou "protégées" serait peut-être mieux à même de décrire le type d'information visé. D'autre part, on a fait observer que le mot "classifiées" était un terme consacré couramment utilisé dans les milieux concernés. On a toutefois mis en garde contre une extension trop large du concept d'"informations classifiées". L'inclusion dans le texte des mots "ou toute autre information devant être protégée", comme proposé dans le paragraphe 132 c) ci-dessus, a été appuyée au motif qu'il s'agissait d'un bon moyen de régler la question.

134. Il a été rappelé à cet égard que, compte tenu des délibérations précédentes du Comité sur l'article 7-6 a) ii) (voir par. 100 à 104 ci-dessus), les références à la "sécurité nationale" avaient vocation à être interprétées dans un sens large, de sorte que la protection de la santé publique en cas (par exemple) de pandémie relèverait de ces dispositions. On a dit craindre, nonobstant le consensus réalisé, qu'une référence à "la défense ou la sécurité nationales", même interprétée très largement, ne suffise pas à protéger les informations classifiées ou assimilées qui n'entraient pas dans le domaine de la défense ou de la sécurité nationales, comme celles qui avaient trait à la santé publique. D'autre part, on s'est inquiété de ce que l'emploi des mots "ou tout autre domaine" ne confère un blanc-seing qui pourrait donner lieu à des abus. Il a été répondu que cette disposition traitait uniquement de la protection des informations classifiées ou assimilées, et non de la question plus large de l'utilisation de la sollicitation directe ou d'autres mesures de transparence.

135. D'autres vues exprimées étaient que le guide devrait expliciter le champ d'application des dispositions et préciser qu'elles étaient liées à la portée de l'article 7-6 a) ii). On a aussi insisté sur le fait que les dispositions devraient indiquer clairement que la protection était accordée aux informations classifiées ou assimilées et non aux informations que l'entité adjudicatrice pouvait simplement vouloir protéger.

136. Il a été demandé quelle serait l'incidence de la protection sur l'obligation de l'entité adjudicatrice de conserver un procès-verbal détaillé de la passation et d'en mettre certaines parties à la disposition du public.

137. Le Comité a décidé que l'examen futur des nouvelles dispositions de l'article 8 devrait être fondé sur le libellé suivant, qui serait étudié en même temps que les dispositions pertinentes de l'article 7 dont l'examen avait été reporté (voir par. 100 à 120 ci-dessus):

“3 b) Lorsque le marché met en jeu, nécessite et/ou contient des informations [sensibles] [classifiées] [comme celles] [intéressant] la défense ou la sécurité nationales [ou l'intérêt national] [ou d'autres informations devant être protégées], et si l'entité adjudicatrice le juge indispensable, les mesures et conditions nécessaires pour garantir la sécurité de ces informations au niveau requis;”

Paragraphe 3, nouvel alinéa c), ancien alinéa b)

138. Le Comité était saisi de la proposition suivante de nouvel alinéa c) pour le paragraphe 3:

“c) Les moyens à utiliser pour la communication des informations par l'entité adjudicatrice ou en son nom à un fournisseur, à un entrepreneur ou au public, ou par un fournisseur ou un entrepreneur à l'entité adjudicatrice ou à une autre entité agissant en son nom.”

139. Il n'y a pas eu d'objection à cette proposition, qui a été jugée acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 4

140. Le Comité était saisi de la proposition suivante pour le paragraphe 4:

“4. L'entité adjudicatrice utilise des moyens de communication qui sont couramment utilisés par les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte considéré. En outre, l'entité adjudicatrice tient une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs en utilisant des moyens permettant à ceux-ci de participer pleinement et en direct à la réunion.”

141. Il a été proposé que le membre de phrase “une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs” soit remplacé par les mots “une réunion avec les fournisseurs ou entrepreneurs”. Cette suggestion de même que le reste de la proposition n'ont pas soulevé d'objections. La proposition ainsi modifiée a été jugée acceptable dans l'ensemble.

Paragraphe 5

142. Le Comité était saisi de la proposition suivante pour le paragraphe 5:

“5. L'entité adjudicatrice met en place des mesures appropriées pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations concernées”.

143. Il n'y a pas eu d'objection à cette proposition, qui a été jugée acceptable dans l'ensemble.

Article 11. Règles concernant la description de l'objet du marché, et les conditions du marché ou des accords-cadres

144. Le Comité était saisi de la proposition suivante pour le paragraphe 1 de cet article:

“1. L'entité adjudicatrice fait figurer dans le dossier de sollicitation la description de l'objet du marché qu'elle utilisera pour examiner les offres ou autres soumissions. Lorsque l'entité adjudicatrice fixe des seuils pour identifier les soumissions non conformes, elle les fait également figurer dans le dossier de sollicitation en précisant la manière de les appliquer dans l'examen.”

145. On s'est inquiété de l'emploi du terme “seuils”, à moins qu'il ne soit défini à l'article 2 ou dans le guide dans le contexte particulier de l'article 11 comme renvoyant à des exigences techniques minimales. On a fait valoir que ce terme avait différentes connotations dans de nombreux pays et dans certains textes internationaux, comme l'Accord sur les marchés publics de l'OMC ou les Directives de l'Union européenne relatives à la passation de marchés²⁰, lesquels faisaient en général référence à des seuils monétaires qui pouvaient imposer l'application de méthodes de passation particulières. Il a été pris note du sens technique attribué à ce terme dans le cadre de divers articles du projet de loi type révisée.

146. Pour mettre en évidence le sens précis qu'il était prévu de donner à cet article, d'autres termes ont été proposés pour remplacer le mot “seuils”, notamment: “conditions”, “exigences minimales”, “niveau minimal” ou “critères minimaux”. On a fait valoir que, quel que soit le terme utilisé dans le cadre de ces dispositions, il pourrait être nécessaire de le définir à l'article 2 de manière à éliminer toute ambiguïté concernant le sens qui lui était attribué.

147. Un consensus s'est dégagé en faveur de la proposition tendant à remplacer le terme “seuils” par un autre terme. L'emploi du terme “exigences minimales” a été appuyé. Des réserves ont été exprimées quant à l'utilisation d'un autre terme proposé, à savoir “critères minimaux”, car cela pourrait créer une confusion inutile puisque le mot “critères” était également employé dans le contexte de l'évaluation des qualifications ou de l'évaluation des offres.

148. Le Secrétariat a été chargé de trouver le terme approprié pour remplacer le mot “seuils”. Il a été rappelé qu'un glossaire serait établi et il a été jugé plus judicieux d'expliquer le terme qui serait utilisé dans le cadre de l'article 11 dans ce glossaire plutôt qu'à l'article 2.

²⁰ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (*Journal officiel de l'Union européenne*, n° L 134, 30 avril 2004, p. 114 et 1 respectivement. Toutes deux consultables à l'adresse http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm.

Article 12. Règles concernant les critères d'évaluation [l'évaluation des soumissions]

Structure et questions générales

149. On s'est inquiété de la structure de l'article. Il a été proposé de modifier celle-ci pour organiser l'article autour des trois éléments suivants: premièrement, les principes applicables aux critères d'évaluation; deuxièmement, l'obligation de publier ces critères et les informations s'y rapportant dans le dossier de sollicitation; et, troisièmement, les modalités d'application, durant le processus d'évaluation, desdits critères et d'autres aspects de l'évaluation. Cette proposition a été appuyée.

150. D'autres changements structurels, par exemple l'interversion des paragraphes 2 et 3, ont été proposés. Selon un autre point de vue, l'article, dans sa rédaction actuelle, était cohérent et ne devrait faire l'objet d'aucune modification structurelle.

151. On a dit préférer que le terme "critères d'évaluation" plutôt que "critères" soit employé dans tout l'article et dans d'autres dispositions de la loi type révisée en fonction du contexte, étant entendu également que le texte devrait être modifié compte tenu de la définition proposée pour les termes "offre ou autre(s) soumission(s)" (voir par. 60 ci-dessus).

Paragraphe 1, chapeau

152. Le Comité était saisi de la proposition suivante concernant le titre et le chapeau du paragraphe 1:

"Article 12. Règles concernant les critères d'évaluation

1. Pour examiner, évaluer et comparer les offres ou autres soumissions et déterminer la soumission à retenir (la procédure d'évaluation), l'entité adjudicatrice:"

153. On a dit préférer que le texte proposé pour le chapeau soit remplacé par le libellé suivant: "Afin de déterminer la soumission à retenir, l'entité adjudicatrice:"

Paragraphe 1, alinéas a) à c)

154. On s'est inquiété de ce qu'un principe fondamental, selon lequel les critères d'évaluation devaient être liés à l'objet du marché, n'était énoncé qu'au paragraphe 1 a). Il a été noté que ce paragraphe portait sur l'étape de l'évaluation et de la comparaison des soumissions, pour laquelle l'entité adjudicatrice devrait appliquer les critères spécifiés dans le dossier de sollicitation. On a jugé essentiel que toutes les règles régissant les critères d'évaluation, y compris le principe en question, soient posées très tôt dans le processus de passation et énoncées dans le dossier de sollicitation. Il a donc été proposé que le principe ne soit rattaché à aucune étape particulière de la procédure de passation mais soit exprimé sous la forme d'une règle d'application générale, par exemple au paragraphe 3. Dans le même ordre d'idée, il a été proposé que toutes ces règles soient placées au début de l'article.

155. Il a été suggéré de regrouper les dispositions des alinéas a) à c) du paragraphe 1 avec le chapeau afin d'éviter les répétitions et de poser les principes

essentiels applicables aux critères d'évaluation, à savoir que les critères d'évaluation et tous les autres renseignements ayant trait au processus d'évaluation devaient être consignés dans le dossier de sollicitation et que les critères d'évaluation devaient se rapporter à l'objet du marché. Il a aussi été proposé d'ajouter le principe selon lequel les critères d'évaluation devraient correspondre à la situation du marché.

156. Le Comité est convenu que le texte suivant servirait de base pour la suite de l'examen du paragraphe 1:

“[Afin de déterminer l'offre ou autre soumission à retenir] [Pour évaluer et comparer les offres ou autres soumissions et déterminer l'offre ou autre soumission à retenir], l'entité adjudicatrice utilise uniquement les critères d'évaluation qui ont été énoncés dans le dossier de sollicitation [et qui sont liés à l'objet du marché] et les applique de la manière prévue dans ce dossier.”

Paragraphe 2

157. Le Comité était saisi de la proposition suivante pour le paragraphe 2:

“2. Tout critère d'évaluation autre que le prix est, dans la mesure où cela est faisable, objectif et quantifiable. Tous les critères d'évaluation sont affectés d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation et, lorsque cela est faisable, sont exprimés en termes pécuniaires.”

158. Il n'y a pas eu d'objection à cette proposition, qui a été approuvée.

Paragraphe 3

159. Le Comité était saisi de la proposition suivante pour le paragraphe 3:

“3. a) Les critères d'évaluation doivent être liés à l'objet du marché.

b) Les critères d'évaluation ne peuvent [porter que sur] [prendre en considération que]:

i) Le prix, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa b) du paragraphe 4 du présent article;

ii) Le coût de l'utilisation, de l'entretien et de la réparation des biens ou des travaux, le délai de livraison des biens, d'achèvement des travaux ou de fourniture des services, les caractéristiques fonctionnelles des biens ou des travaux, les conditions de paiement et les conditions de garantie de l'objet du marché, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa b) du paragraphe 4 du présent article;

iii) Lorsque la passation de marché est menée en conformité avec l'article ... [appel d'offres à deux enveloppes] ou le chapitre IV, et lorsque cela est pertinent, les qualifications, l'expérience, la réputation, la fiabilité et les compétences professionnelles et en matière de gestion du fournisseur ou entrepreneur et du personnel de celui-ci devant participer à la fourniture des services, sous réserve de toute marge de préférence appliquée conformément à l'alinéa b) du paragraphe 4 du présent article.”

160. Il a été proposé de modifier comme suit le nouveau texte proposé pour le paragraphe 3. L'avis selon lequel ce paragraphe devrait précéder le paragraphe 2 a été réitéré (voir par. 150 ci-dessus):

a) À l'alinéa b), supprimer les mots "prendre en considération" et "ne que". La suppression des mots "prendre en considération" n'a suscité aucune objection. On a expliqué, à l'appui de la proposition de supprimer les mots "ne que", qu'il ne serait peut-être pas possible de spécifier de manière exhaustive tous les critères d'évaluation possibles. Cette suppression a été appuyée à condition que tous les critères soient publiés dans le dossier de sollicitation aux fins de transparence et soient liés à l'objet du marché. À l'encontre de la suppression, on a fait valoir que les mots "ne que" avaient été employés pour empêcher l'introduction de critères subjectifs. Il a été ajouté que le paragraphe suivait une approche structurée, clairement définie, d'où il ressortait de manière évidente que l'objectif visé était un ensemble exhaustif de critères. Il a donc été proposé soit de conserver les mots "ne que" soit de les placer entre crochets et d'expliquer alors les considérations de principe dans le guide. En raison du désaccord sur ce point, il a été proposé que les mots soient maintenus entre crochets dans les dispositions afin que les États adoptants choisissent s'ils souhaitent les supprimer ou les conserver. Cette solution a été préférée à une autre proposition consistant à remplacer "ne que" par "en particulier". Le Comité a décidé de garder les mots "ne que" entre crochets en attendant la suite des délibérations;

b) Au sous-alinéa i) de l'alinéa b), mentionner les facteurs socioéconomiques après les marges de préférence et remplacer le renvoi à l'alinéa b) du paragraphe 4 par un renvoi au paragraphe 4. On a souligné qu'il importait d'étendre le champ du paragraphe 3 aux facteurs socioéconomiques afin de préciser comment ces facteurs étaient supposés entrer en ligne de compte de manière transparente et objective dans l'évaluation et la comparaison des soumissions. La proposition a suscité à la fois des avis favorables et des avis défavorables. Il a été noté que les dispositions se fondaient sur les dispositions correspondantes de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 et que l'intention était d'exiger que le prix soit ajusté de manière objective et transparente en fonction d'une marge de préférence qui serait spécifiée et communiquée aux fournisseurs et entrepreneurs avant la passation. On a estimé qu'une référence aux facteurs socioéconomiques dans ce contexte risquait de rendre les dispositions subjectives et non transparentes. Il a été suggéré d'examiner la proposition ultérieurement en même temps que tous les autres projets de dispositions concernant la prise en considération des facteurs socioéconomiques dans l'évaluation et la comparaison des soumissions;

c) Au sous-alinéa iii) de l'alinéa b), supprimer les mots "les qualifications, l'expérience, la réputation". Il a été noté que les dispositions se fondaient sur l'article 39 de la Loi type sur la passation de marchés de 1994, relatif à la passation des marchés de services. L'idée de faire de ces dispositions des critères d'évaluation applicables à tous les types de passation a suscité des craintes. La subjectivité inhérente à la notion de "réputation" a particulièrement préoccupé certaines délégations et la suppression de ce mot a été fortement appuyée. Le Comité a accepté la proposition de remplacer "réputation" par le mot "références", jugé plus objectif. Il est aussi convenu de supprimer le mot "qualifications", les dispositions

dont la suppression avait initialement été proposée se lisant alors comme suit: “l’expérience, les références”;

d) Toujours au sous-alinéa iii) de l’alinéa b), remplacer le mot “services” par “objet du marché”, conformément à la décision de ne pas établir de distinction, dans la loi type révisée, entre les passations selon qu’il s’agissait de marchés de biens, de travaux ou de services;

e) Ajouter un nouveau sous-alinéa sur les “performances en matière de protection de l’environnement”. Cette proposition a été appuyée et il a été finalement convenu d’ajouter une référence aux considérations écologiques.

Paragraphe 4

161. Il a été proposé de remplacer l’alinéa a) par les mots “Prendre en compte des facteurs socioéconomiques” et d’énumérer, dans le guide, les exemples de tels facteurs provenant de la Loi type sur la passation de marchés de 1994. Cette approche a été appuyée, car elle offrirait une flexibilité plus grande dans un domaine qui évoluait constamment et touchait à des questions sensibles sur le plan politique.

162. On s’est fermement opposé à ce que ces dispositions de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 soient modifiées. À cet égard, on s’est référé au texte du guide accompagnant les dispositions, dont on estimait qu’il concordait de manière générale avec l’Accord sur les marchés publics de l’OMC, en expliquant la nature exceptionnelle des dispositions et en indiquant qu’elles devaient uniquement s’adresser aux pays en développement. On a exprimé la crainte qu’une modification du texte ne rompe l’équilibre réalisé en 1994, n’ouvre la voie au protectionnisme dans divers pays et ne s’écarte des tendances de la réglementation internationale en matière de passation des marchés. Le maintien des dispositions telles qu’elles figuraient dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994 et du libellé appelant à la prudence dans le guide accompagnant les dispositions, a par conséquent été fermement appuyé.

163. L’autre proposition tendait à modifier l’alinéa a) de la manière suivante: “Prendre en compte des facteurs socioéconomiques tels que”, étant entendu qu’une liste illustrative de ces facteurs pourrait être fournie dans la loi type révisée ou être omise, auquel cas il reviendrait à chaque État adoptant de préciser les facteurs pertinents en fonction des circonstances locales. Selon l’avis qui a prévalu, il serait utile de fournir dans la loi type révisée une liste illustrative de facteurs socioéconomiques, qui pourrait se fonder sur les dispositions de la Loi type sur la passation de marchés de 1994, actualisées si nécessaire.

164. Il a été proposé qu’une liste illustrative actualisée mentionne des facteurs socioéconomiques tels que: “le développement d’un secteur industriel particulier, le développement des petites et moyennes entreprises, des entreprises dirigées par des minorités, des petites organisations sociales, des groupes défavorisés, des personnes handicapées, le développement régional et local, l’amélioration de l’environnement, l’amélioration des droits des femmes, des jeunes et des personnes âgées, des personnes appartenant à des groupes autochtones et traditionnels, ainsi que des facteurs économiques tels que l’état de la balance des paiements et les réserves en devises.” La proposition tendant à inclure cette liste dans la loi type révisée a été appuyée.

165. Face à l'inquiétude que suscitait le respect de la transparence et de l'objectivité lors de la prise en compte de facteurs socioéconomiques dans l'évaluation et la comparaison des soumissions, il a été généralement convenu de conserver les règles de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 qui exigeaient que ces facteurs et la façon dont ils seraient appliqués soient précisés dans les règlements en matière de passation des marchés. Il a en outre été suggéré que le paragraphe 4 a) exige expressément que les facteurs socioéconomiques soient appliqués de manière objective et transparente, le guide expliquant comment cette transparence et cette objectivité pouvaient être assurées dans la pratique. À cet égard, on a souligné qu'il importait de tenir un procès-verbal complet de la procédure.

166. Il a été suggéré: que l'alinéa a) commence par les mots "Lorsqu'elle établit des critères autres que le prix"; que l'alinéa b) commence par les mots "Lorsqu'elle établit des critères de prix"; et que l'alinéa c) soit supprimé. Cette suggestion n'a suscité aucune objection.

167. Il a été décidé d'examiner le paragraphe à une date ultérieure, avec toutes les modifications qu'il était proposé d'y apporter.

Paragraphe 5

168. Aucun commentaire n'a été fait concernant le paragraphe.

Paragraphe 6

169. Le maintien du terme "offre la plus basse selon l'évaluation" dans la Loi type révisée a été appuyé.

170. À l'inverse, certaines délégations n'ont pas trouvé l'historique du terme (A/CN.9/WG.I/WP.68, par. 21 à 27) convaincant au point de justifier son maintien. On a de nouveau exprimé la crainte que le terme ne sous-entende que le fournisseur recevant la note la plus basse à l'issue du processus d'évaluation serait celui à retenir. Il a été fait observer en réponse que, du point de vue des praticiens, le terme ne posait pas de difficultés. Il a été fait référence à cet égard aux dispositions du paragraphe 2 de l'article, qui aidaient à comprendre le sens que le concept d'"offre la plus basse selon l'évaluation" était censé avoir.

171. On a proposé d'envisager d'autres termes, comme "soumission la plus avantageuse" utilisés dans l'Accord sur les marchés publics de l'OMC, "offre la plus économique" ou "meilleure offre selon l'évaluation". Une autre solution proposée était de conserver le terme "offre la plus basse selon l'évaluation" en expliquant, dans le guide, l'origine du terme et en reprenant son historique tel qu'il était exposé dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68.

172. Une autre suggestion, qui, a-t-on noté, pourrait aussi permettre de résoudre les problèmes de terminologie, était de supprimer les alinéas a) à e). On a estimé qu'il était plus approprié d'inclure ces dispositions dans les articles traitant des méthodes de passation visées.

173. Le Comité a décidé de supprimer les alinéas a) à e) et de conserver dans le paragraphe 6 le texte suivant: "La procédure d'évaluation est conduite en appliquant les critères d'évaluation de la façon prévue dans le dossier de sollicitation, afin de

déterminer [l'offre à retenir ou autre soumission à retenir] [l'offre la plus avantageuse ou autre soumission à retenir]”.

174. D'une manière générale, il a été fait remarquer que l'historique de la rédaction de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 risquait à de nombreux égards de présenter peu d'intérêt car la philosophie de la loi type révisée toute entière devrait refléter les changements intervenus en matière de passation de marchés depuis 1994. La loi type révisée serait perçue comme un document plus complexe, qui ne traitait pas seulement de la question de l'ouverture des marchés, principal souci de la version de 1994. Il a été souligné en particulier que l'hypothèse dont partait la Loi type sur la passation de marchés de 1994, selon laquelle certains États n'étaient pas mûrs pour certaines méthodes ou techniques de passation complexes, devrait être abandonnée, car de nombreux États avaient accomplis des progrès considérables en matière d'administration de la passation des marchés, et on pouvait dire que les mêmes principes et problèmes préoccupaient les pays développés et les pays en développement. La manière d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix a été citée comme un exemple de question qui demeurerait valable pour tous les pays.

Article 14. Garanties de soumission

175. Il était entendu, que, pour tenir compte de la proposition visant à modifier la définition du terme “garantie [de soumission]” pour parler de: “garantie [de soumission] [d'offre ou autre]” à l'article 2 (voir par. 56 ci-dessus), il serait nécessaire de modifier en conséquence les autres dispositions de la loi type révisée dans le contexte considéré, y compris dans l'article 14.

176. On s'est en particulier inquiété des changements qu'il était proposé d'apporter à la définition de “garantie [de soumission]” dans le contexte spécifique de l'article 14, où, a-t-on dit, l'utilisation du nouveau terme suggéré “garantie d'offre ou autre” risquait de dénaturer le contenu de l'article. D'autres craintes ont été exprimées concernant ce nouveau terme, en particulier quant à sa portée exacte et au fait qu'il ne faisait pas référence aux “autres garanties de soumission”, conformément à la nouvelle définition proposée pour le terme “offre ou autre(s) soumission(s)” (voir par. 56 à 60 ci-dessus).

Article 15. Procédure de préqualification

177. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé de ne pas prévoir de “présélection” dans cet article. On a donc dit que le terme décrivant la procédure prévue à l'article 15 dans les différentes langues ne devait pas involontairement évoquer la notion de “présélection”.

178. On a proposé que le paragraphe 7 se termine par les mots suivants: “l'invitation à présenter une demande de préqualification” pour tenir compte du contenu du paragraphe 3 de l'article. Cette suggestion n'a pas suscité d'objection.

Article 16. Rejet de toutes les soumissions

179. Il a été noté que, en dépit des changements qui seraient apportés aux dispositions afin de tenir compte de la définition proposée pour le terme “offre ou autre(s) soumission(s)” (voir par. 60 ci-dessus), l'utilisation de cette définition continuait de poser certaines difficultés. Les dispositions contenant les changements prévus, a-t-on dit, seraient inutilement compliquées et difficiles à comprendre.

180. Le Comité a été informé de l'historique de l'article précédant l'adoption de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 et des délibérations sur l'article au sein du Groupe de travail, dont il était rendu compte dans le document A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1 (par. 25 à 36). Il a noté que l'examen de l'article devrait tenir compte des décisions prises par le Groupe de travail lors de la révision de la Loi type, notamment celle de renforcer les règles sur le recours, qui avaient une incidence sur certaines dispositions de l'article. On a rappelé que, dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994, de nombreuses décisions de l'entité adjudicatrice, dont celle de rejeter toutes les soumissions, étaient insusceptibles de recours et qu'il était proposé de supprimer une telle exception (article 52-2 d)), entre autres, de la loi type révisée.

181. Le Comité était saisi des propositions suivantes:

a) Supprimer, dans le paragraphe 1, les mots entre crochets: "annuler la passation de marché" et "mais elle n'est pas tenue de justifier ces motifs". Il a été expliqué que la suppression de ce deuxième passage était proposée compte tenu des dispositions du paragraphe 2 de l'article. Il a également été proposé de conserver les autres dispositions placées entre crochets, tout en supprimant ces derniers;

b) Supprimer, dans le paragraphe 2, les mots "envers les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions";

c) Remplacer les paragraphes 1 et 3 de l'article par le texte suivant: "Si l'entité adjudicatrice abandonne la passation avant l'acceptation de la soumission à retenir, l'abandon de la procédure et ses motifs devraient être promptement notifiés à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions." Cette proposition, avec une légère modification (voir par. 186 ci-dessous), a bénéficié d'un certain appui;

d) Remplacer l'article par un texte prévoyant: i) le droit d'abandonner la passation à tout stade de la procédure, ii) la notification de l'abandon de la procédure suivant les mêmes modalités que la sollicitation initiale, iii) l'envoi d'une notification supplémentaire indiquant les motifs de l'abandon aux fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions, et iv) l'exclusion de toute responsabilité de la part de l'entité adjudicatrice.

182. Compte tenu de ces propositions, le Comité a ensuite axé son attention sur les questions suivantes: a) le terme "rejet de toutes les soumissions" rendait-il exactement le sens de l'article? b) l'entité adjudicatrice devrait-elle avoir le droit d'abandonner la passation, et à quel stade de la procédure? c) sur quelle période était censé s'appliquer l'article? d) un avis d'abandon de la passation devrait-il toujours être communiqué, et de quelle manière? e) les motifs et justifications de l'abandon de la passation devraient-ils toujours être fournis et, dans l'affirmative, devraient-ils l'être de la même manière qu'un avis d'abandon ou uniquement aux fournisseurs ou entrepreneurs participants? et f) quelles pourraient être les mesures de protection contre une utilisation abusive du droit accordé à l'entité adjudicatrice par cet article?

Le terme "rejet de toutes les soumissions" rendait-il exactement le sens de l'article?

183. Un soutien a été apporté à l'avis selon lequel la formule "rejet de toutes les soumissions" était problématique et devrait être remplacée par "annulation de la

procédure de passation” (“annulment of the procurement proceedings”), “abandon de la procédure de passation” (“cancellation of the procurement proceedings”) ou “fin de la procédure de passation” (“termination of the procurement proceedings”). On a estimé que le terme “rejet” était trop étroitement lié à l’examen, à l’évaluation et à la comparaison des soumissions et au rejet, par exemple, des soumissions non conformes. L’emploi du terme “annulation” (“annulment”) a suscité des craintes et, d’une manière générale, les termes “abandon” (“cancellation”) ou “fin” (“termination”) lui ont été préférés. D’autres délégations étaient d’avis que la formule “rejet de toutes les soumissions” devrait être conservée.

184. Le Comité a décidé que le Secrétariat devrait trouver un terme approprié qui exprime plus exactement le sens que l’on voulait donner à l’article 16 et évite les confusions avec d’autres dispositions de la loi type révisée autorisant le rejet de telle ou telle soumission pour divers motifs (par exemple en raison d’incitations ou de conflits d’intérêts, pour non-conformité ou du fait que la soumission n’avait pas atteint le seuil requis).

185. Lors de la suite des délibérations, il a été convenu d’employer le terme “abandon de la passation” et de modifier l’article en conséquence.

L’entité adjudicatrice devrait-elle avoir le droit d’abandonner la passation et à quel stade de la procédure?

186. Un soutien a été apporté à l’avis selon lequel l’entité adjudicatrice devrait avoir un droit inconditionnel d’abandonner la passation à tout stade de la procédure. Aussi a-t-il été suggéré de remplacer le début de la proposition reproduite dans le paragraphe 181 c) ci-dessus par l’énoncé suivant: “l’entité adjudicatrice a le droit d’abandonner la passation à tout stade de la procédure.”

Sur quelle période était censé s’appliquer l’article?

187. Les avis ont différé s’agissant de savoir sur quelle période devrait s’appliquer l’article 16. À cet égard, une incohérence a été relevée entre les première et deuxième phrases du paragraphe 1 de l’article 16 proposé, qui figuraient également dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994. Selon un point de vue, les dispositions devraient autoriser l’entité adjudicatrice à abandonner la procédure de passation jusqu’à la date limite de présentation des soumissions. Deux autres principales options ont été examinées, à savoir autoriser l’abandon de la passation a) jusqu’à l’acceptation de la soumission à retenir ou b) jusqu’au stade de la conclusion ou de l’entrée en vigueur du marché.

188. Pour expliquer la première option, il a été dit que l’article avait pour objet de protéger les fournisseurs ou entrepreneurs qui présentaient des soumissions. En conséquence, la période qui précédait la présentation des soumissions et celle qui suivait l’acceptation de la soumission à retenir n’entreraient pas en ligne de compte. L’acceptation de la soumission à retenir constituerait la limite appropriée compte tenu de l’article 19, qui prévoyait des mesures suffisantes pour protéger les fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission avait été acceptée mais qui voyaient ensuite la passation abandonnée. Il a été expliqué que, dans pareil cas, les dispositions qui s’appliqueraient seraient celles de l’article 19 et non celles de l’article 16.

189. Une solution de compromis s'est dégagée, selon laquelle les dispositions devraient concerner l'intégralité du processus de passation régi par la loi type révisée, qui allait jusqu'à la conclusion du marché, après quoi les dispositions générales du droit des contrats étaient applicables.

L'abandon de la passation devrait-il toujours être notifié et de quelle manière?

190. Un soutien a été apporté à l'avis selon lequel l'abandon de la passation devrait toujours être notifié. Les vues ont différé sur la question de savoir si l'abandon devrait être notifié uniquement à chaque fournisseur ou entrepreneur participant ou si la décision d'abandonner la passation devrait être publiée de la même manière et sur le même support que l'avis initial de marché.

191. Selon l'opinion qui a prévalu, si la passation était abandonnée avant que les soumissions soient présentées ou après qu'elles avaient été présentées sans toutefois avoir été ouvertes, la décision d'abandonner la passation devait être publiée de la même manière et sur le même support que l'avis initial du marché et les soumissions non ouvertes seraient renvoyées en l'état aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés. La publication de la décision était jugée essentielle pour permettre au public d'exercer un contrôle. Il a été expliqué aussi que si les soumissions avaient été ouvertes, l'abandon de la passation devrait en outre être notifié à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant présenté une soumission.

192. Il a été redit que, comme il était expliqué au paragraphe 188 ci-dessus, l'étape précédant la présentation des soumissions n'entrerait pas en ligne de compte et ne devrait donc pas être régie par l'article.

Les motifs et justifications de l'abandon de la passation devaient-ils être toujours fournis et, dans l'affirmative, devaient-ils l'être de la même manière qu'un avis d'abandon ou uniquement aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés?

193. Un soutien a été apporté à l'avis selon lequel, si elle abandonnait la passation avant que les soumissions soient présentées ou après qu'elles avaient été présentées sans toutefois avoir été ouvertes, l'entité adjudicatrice ne devait pas être tenue de fournir des motifs ou des justifications. Si, en revanche, l'abandon intervenait lors des étapes suivantes de la procédure de passation, les motifs devraient être indiqués dans la notification adressée à chaque fournisseur ou entrepreneur concerné pour l'informer de l'abandon de la passation.

194. Il a été redit que, comme il était expliqué au paragraphe 188 ci-dessus, l'étape précédant la présentation des soumissions n'entrerait pas en ligne de compte et ne devrait donc pas être régie par l'article.

195. Certaines délégations ont estimé que l'entité adjudicatrice ne devrait pas être tenue de notifier automatiquement les motifs de l'abandon de la passation mais qu'elle devrait l'être si les fournisseurs ou entrepreneurs concernés le lui demandaient. Une telle limite était jugée importante pour ne pas accroître les lourdeurs administratives. Il a aussi été proposé, dans le même ordre d'idée, de souligner dans le guide que les motifs fournis pouvaient être brefs mais qu'ils devaient être compréhensibles.

196. D'autres délégations ne partageaient pas cet avis. Elles considéraient que l'imposition de cette obligation à l'entité adjudicatrice serait le seul moyen de

garantir la transparence et de permettre des recours efficaces. Elles ont donc proposé que les mots “qui en fait la demande” soient supprimés du paragraphe 1 de l’article proposé. Il a également été noté que, dans certains États, le droit obligerait en tout état de cause l’entité à communiquer les motifs à tous les fournisseurs ou entrepreneurs affectés par la décision de rejeter l’ensemble des soumissions. Il a été répondu que les prescriptions du droit interne d’un pays ne devraient pas devenir un facteur déterminant pour la révision de la Loi type sur la passation de marchés de 1994.

197. Il a été estimé que l’entité adjudicatrice ne devrait pas être tenue de fournir des justifications, car une telle obligation serait incompatible avec le paragraphe 2 de l’article (aux termes duquel l’entité n’encourait aucune responsabilité du simple fait qu’elle invoquait le paragraphe 1 de l’article). Il a été généralement estimé, toutefois, que l’entité adjudicatrice pourrait décider de fournir des justifications.

198. À la lumière des discussions, il a été proposé de supprimer la distinction entre “motifs” et “justifications” dans les dispositions pour ne parler que des “raisons”.

Quelles pourraient être les mesures de protection contre une utilisation abusive du droit accordé à l’entité adjudicatrice par l’article?

199. L’entité adjudicatrice ayant le droit inconditionnel d’abandonner la passation, il a été jugé essentiel de prévoir des mesures visant à prévenir tout abus de ce droit. Il a été noté sur ce point que les dispositions pouvaient être utilisées à des fins de corruption.

200. Le Comité a rappelé à cet égard que le Groupe de travail avait décidé de supprimer l’exception prévue à l’article 52-2 d) de la Loi type sur la passation de marchés de 1994, selon laquelle une décision d’abandonner la passation ne serait pas susceptible de recours. Les dispositions relatives au procès-verbal de la procédure de passation qui exigeraient que soient consignés dans ce dernier la décision d’abandon et ses motifs en vertu de l’article 16 ont également été notées. Il a aussi été fait mention de l’obligation qu’avait l’entité adjudicatrice de communiquer aux fournisseurs ou entrepreneurs concernés les raisons de sa décision en tant que mesure de protection importante. Il a enfin été rappelé que les dispositions sur le recours dans la loi type révisée permettraient aux fournisseurs lésés de demander le remboursement des frais de préparation et de présentation des soumissions.

201. Il a été proposé de prévoir des mesures de protection supplémentaires dans la loi type révisée ou le guide, par exemple en énumérant les cas exceptionnels qui justifieraient l’abandon de la passation (par exemple, des considérations budgétaires). Il a été proposé de spécifier dans la loi type révisée toute condition à laquelle serait soumis l’exercice du droit d’abandon de la passation prévu à l’article 16. Cette proposition a suscité des objections au motif que ces conditions ne pourraient pas être exhaustives. Il a été jugé suffisant d’énumérer plutôt dans le guide les cas possibles qui justifieraient l’exercice de ce droit. Ces cas, a-t-on souligné, relèveraient essentiellement de considérations d’intérêt général, comme l’indiquait déjà le Guide de 1994. Un observateur a fait savoir à la Commission qu’il arrivait souvent dans la pratique que la passation soit abandonnée après examen, évaluation et comparaison des soumissions au motif que toutes les soumissions s’étaient révélées non conformes, qu’il n’y avait pas de concurrence

véritable, ou encore que les prix proposés dépassaient largement le budget disponible.

202. D'autres mesures de protection éventuelles ont été mentionnées, consistant à soumettre l'exercice du droit prévu à l'article 16 à l'approbation d'une autorité supérieure et à exiger que l'entité indique dans le dossier de sollicitation qu'elle se réservait le droit d'abandonner la passation. En réponse à une demande concernant le point de savoir pourquoi les dispositions prévues à cet effet dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994 avaient été supprimées de l'article proposé, on a rappelé les décisions du Groupe de travail sur la question. En particulier, il avait été fermement estimé au sein du Groupe de travail que ces dispositions créaient des lourdeurs administratives inutiles (s'agissant de l'approbation par une autorité supérieure) ou étaient superflues (s'agissant de se réserver le droit d'abandonner la passation dans le dossier de sollicitation), compte tenu notamment des dispositions du droit administratif qui autorisaient l'entité à abandonner la passation en tout état de cause (A/CN.9/668, par. 112 et 113).

203. Certaines délégations ont noté, parmi d'autres mesures de protection possibles, que leur droit interne exigeait que les motifs possibles d'abandon de la passation soient spécifiés dans le dossier de sollicitation. Une autre mesure proposée consistait à interdire à l'entité adjudicatrice qui avait abandonné la passation de recourir ensuite à la sollicitation directe ou à la sollicitation d'une source unique sur le même objet.

204. Il a été demandé si l'entité adjudicatrice devrait encourir une responsabilité du fait qu'elle avait décidé d'abandonner la passation. À cet égard et compte tenu de la décision du Groupe de travail de supprimer l'exception qui rendait la décision d'abandon insusceptible de recours, on s'est interrogé sur la nécessité des dispositions du paragraphe 2. Des avis différents ont été exprimés.

205. Il a été généralement estimé que les dispositions du paragraphe 2 traitaient de questions différentes du droit d'engager un recours contre la décision d'abandonner la procédure de passation. Il a été déclaré que ce droit existerait et pourrait être exercé mais que la question de savoir si l'entité engagerait ou non sa responsabilité dépendrait des circonstances de chaque espèce (en particulier, de la mesure dans laquelle l'entité avait respecté les procédures applicables, comme l'obligation de notifier rapidement l'abandon de la passation et les raisons de cet abandon).

206. Une préférence a été exprimée pour le maintien du paragraphe 2. Il a été expliqué que ce paragraphe était important en ce qu'il protégeait l'entité adjudicatrice contre des contestations infondées mais aussi les fournisseurs ou entrepreneurs contre l'abandon sans motifs de la procédure de passation.

207. Selon un autre point de vue, le paragraphe 2 était superflu et pourrait être supprimé sous réserve de fournir des explications appropriées dans le guide. Selon un autre avis encore, le paragraphe 2 devrait être supprimé, pour permettre les recours contre la décision. Il a été expliqué que la question de la responsabilité était liée au droit de recours et au droit de demander réparation du préjudice causé, par exemple le remboursement des frais exposés pour préparer et présenter une soumission (comme le prévoyait, par exemple, l'Accord sur les marchés publics de l'OMC).

208. Selon un autre avis, la question de la responsabilité devrait être traitée différemment en fonction du moment où la décision d'abandonner la procédure de passation était prise: si elle intervenait avant la présentation et l'ouverture des soumissions, la question de la responsabilité ne devrait pas se poser, la responsabilité devrait en revanche être envisagée dans les autres cas. À cet égard, on s'est référé au libellé des dispositions, qui permettait une interprétation restrictive, car il limitait la question de la responsabilité aux seuls fournisseurs ou entrepreneurs ayant présenté des soumissions.

Article 17. Rejet d'une soumission anormalement basse

209. Le Comité a noté que des modifications seraient apportées au titre et au texte de cet article pour tenir compte de la proposition de définition "offre ou autre(s) soumission(s)" (voir par. 60 ci-dessus).

210. Il a été proposé que les mots "et/ou" apparaissant entre crochets dans le paragraphe 1 soient supprimés.

211. À la question de savoir ce que signifiait l'expression les "éléments de la soumission", il a été répondu que cette expression visait les aspects d'une offre ou autre soumission autres que le prix, notamment la qualité de l'objet du marché. Une autre question portait sur le point de savoir si une soumission anormalement basse pouvait être définie par référence au prix uniquement, par référence à tous les éléments de la soumission en dehors du prix, ou par référence au prix en relation avec les autres éléments de la soumission. Il a été proposé que le membre de phrase "le prix indiqué avec les éléments de la soumission" soit remplacé par les mots "le prix indiqué et/ou les éléments de la soumission" s'il était prévu de tenir compte des trois possibilités. Selon un autre avis, le prix devait toujours être analysé dans le contexte des autres éléments de la soumission concernée. Ce dernier avis a prévalu et la proposition tendant à supprimer dans le paragraphe 1 les mots entre crochets "et/ou" a été acceptée. Le paragraphe ainsi modifié a été généralement approuvé. Il a également été proposé que le guide donne des explications pertinentes.

212. S'agissant de l'emploi du mot "raisonnables" dans le paragraphe 1 b), on a fait valoir qu'il faudrait utiliser à la place le membre de phrase figurant dans la note 23 du document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.2 qui était une formulation plus objective. Cet avis a été accepté et il a été noté que les modifications d'ordre rédactionnel qui en découlaient seraient apportées en temps utile pour éviter les répétitions.

Article 18. Rejet d'une soumission au motif d'incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs ou d'un conflit d'intérêts

213. Le Comité a noté que des modifications seraient apportées au titre et au texte de cet article pour tenir compte de la proposition de définition "offre ou autre(s) soumission(s)" (voir par. 60 ci-dessus).

214. S'agissant du nouvel alinéa b), on s'est interrogé sur le lien existant entre un conflit d'intérêts et un avantage compétitif injuste. Il a été indiqué que ces deux notions pouvaient se manifester indépendamment l'une de l'autre et un soutien a été exprimé en faveur de la proposition tendant à les séparer comme suit dans la disposition:

“b) Le fournisseur ou l’entrepreneur a [acquis] un avantage compétitif injuste [créé par des conflits d’intérêts ou d’une autre manière] ou a un conflit d’intérêts, en violation des normes applicables.”

215. Même si l’on pouvait s’attendre à ce qu’un avantage compétitif injuste découle d’un conflit d’intérêts, on a fait valoir que cela n’était pas nécessairement le cas (par exemple, lorsque le même avocat représentait les deux parties dans l’affaire). Parallèlement, il a été expliqué qu’un avantage compétitif injuste pouvait être obtenu dans des circonstances complètement différentes (comme une fusion d’entreprises ou une relation commerciale antérieure).

216. On s’est demandé si les notions d’“avantage compétitif injuste” ou de “conflit d’intérêts” formulées dans le texte devraient être qualifiées par le mot “substantiel” ou par un autre mot indiquant que le conflit ou l’avantage pourrait être atténué. Il a été souligné que certains conflits ne pouvaient pas être atténués, par exemple les conflits qui pouvaient surgir lorsqu’un consultant qui avait participé à la formulation des conditions du marché présentait par la suite une soumission. Bien qu’il ait été ajouté que certains autres conflits ou avantages pouvaient être atténués moyennant la communication d’informations aux autres fournisseurs, la proposition tendant à qualifier l’une ou l’autre de ces deux notions n’a pas été appuyée.

217. Différents avis ont été exprimés sur le point de savoir s’il convenait de conserver le mot “acquis” dans cette disposition. Selon un avis, cela créerait un élément supplémentaire qui risquait d’être superflu. Selon un avis contraire, il était nécessaire de conserver ce mot pour indiquer comment un avantage compétitif injuste avait été constitué. Selon l’avis qui a prévalu, il convenait de supprimer ce mot.

218. On s’est demandé si les deux références aux conflits d’intérêts dans la proposition étaient nécessaires. À l’issue d’un débat, il a été décidé que les conflits d’intérêts ne seraient mentionnés qu’une seule fois, et selon l’avis qui l’a emporté, il fallait supprimer le membre de phrase “créé par des conflits d’intérêts ou d’une autre manière” dans la disposition, étant entendu que cette notion serait expliquée dans le guide. Il a par ailleurs été convenu que le terme “avantage compétitif injuste” serait également expliqué dans le guide.

219. Il a été décidé de remplacer le paragraphe 1 b) par les deux alinéas suivants:

“b) Le fournisseur ou l’entrepreneur a un avantage compétitif injuste en violation des normes applicables;

c) Le fournisseur ou l’entrepreneur a un conflit d’intérêts en violation des normes applicables.”

220. Il était entendu que les références aux normes dans ces deux alinéas seraient expliquées dans le guide qui préciserait qu’elles pourraient évoluer au fil du temps. Il était également entendu qu’il faudrait apporter des modifications au titre de cet article pour tenir compte des notions distinctes de conflit d’intérêts et d’avantage compétitif injuste.

221. De l’avis d’une délégation, il était souhaitable d’incorporer des procédures et des garanties contre tout rejet injustifiable dans les cas mentionnés dans les alinéas b) et c) nouvellement proposés, en se fondant sur les dispositions de l’article 17-1. Il a été répondu qu’il serait peut-être suffisant que le guide encourage

un dialogue entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre n'avait pas été acceptée.

222. L'article ainsi modifié a été jugé acceptable dans l'ensemble.

Article 19. Acceptation de la soumission et entrée en vigueur du marché

223. Le Comité a noté que des modifications seraient apportées au titre et au texte de cet article pour tenir compte de la proposition de définition "offre ou autre(s) soumission(s)" (voir par. 60 ci-dessus).

Paragraphe 2

224. Le Comité était saisi de la proposition suivante pour le paragraphe 2:

"2. L'entité adjudicatrice notifie promptement à tous les fournisseurs ou entrepreneurs dont l'offre ou autre soumission a été évaluée son intention d'accepter l'offre ou la soumission à retenir. L'avis doit contenir, au minimum, les informations suivantes:

a) Le nom et l'adresse du fournisseur ou de l'entrepreneur qui a présenté l'offre ou la soumission à retenir;

b) Le prix du marché ou, le cas échéant, un résumé des autres caractéristiques et avantages de l'offre ou de la soumission à retenir, sous réserve que l'entité adjudicatrice ne divulgue aucune information dont la divulgation serait contraire à la loi, en compromettrait l'application, ne serait pas dans l'intérêt général, porterait atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des fournisseurs ou des entrepreneurs ou entraverait le libre jeu de la concurrence;

c) Le délai qui précède l'entrée en vigueur du marché, et pendant lequel les fournisseurs ou les entrepreneurs concernés peuvent introduire un recours contre les décisions prises par l'entité adjudicatrice pour déterminer l'offre ou la soumission à retenir (le délai d'attente est [...] (à déterminer par l'État adoptant))."

225. Il a été expliqué que l'alinéa b) devait être développé pour tenir compte des considérations de défense et de sécurité nationales et refléter les dispositions qui seraient incluses à l'article 7-6 a) ii). On a mis l'accent sur la nécessité d'assurer la cohérence entre toute nouvelle disposition et le projet d'article 21.

226. Il a également été expliqué que l'alinéa c) proposé ne contenait pas le libellé suivant, qui figurait dans le projet d'article 19-2 c) du document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.2: "Ce délai est suffisamment long, pour permettre aux fournisseurs ou aux entrepreneurs concernés d'introduire, le cas échéant, un recours efficace conformément au chapitre VII de la présente Loi, et il court à partir de la date d'expédition de l'avis à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés conformément au présent paragraphe." Il a été suggéré de transférer cette phrase dans le guide. Il a été dit que le nouveau libellé proposé permettrait à un État adoptant de préciser la durée du délai d'attente afin qu'il soit possible d'introduire un recours efficace en fonction des circonstances locales. Il a été confirmé que l'intention était de prévoir le même délai d'attente dans le contexte des accords-cadres.

227. Une préférence a été exprimée en faveur du rétablissement des mots suivants à la fin de l'alinéa c) proposé: "et il court à partir de la date d'expédition de l'avis à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés conformément au présent paragraphe." Selon l'autre avis qui a été exprimé, les mots qu'il était proposé de rétablir avaient davantage leur place dans le guide car les dispositions en question étaient étroitement liées au système de recours administratif de chaque État adoptant, lequel déterminerait le moment à partir duquel le délai d'attente devrait courir.

228. On s'est demandé si le délai d'attente pourrait avoir un autre point de départ logique. On a estimé que, conformément à la meilleure pratique de passation, il ne pouvait y avoir de meilleur point de départ que le moment auquel tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés étaient dûment avisés de l'issue du processus d'évaluation. Si certaines délégations se sont dites favorables à une approche souple concernant l'emplacement de ce membre de phrase, d'autres ont fait valoir qu'il était suffisamment important pour être énoncé dans la loi type révisée proprement dite.

229. On a fait observer qu'il était indispensable que les fournisseurs et entrepreneurs, d'une part, et l'entité adjudicatrice, d'autre part, connaissent avec certitude le début et la fin du délai d'attente, pour faire en sorte que les fournisseurs et entrepreneurs puissent prendre les mesures qui étaient justifiées et que l'entité adjudicatrice puisse attribuer le contrat sans risquer de créer des problèmes. Pour cette raison, il a été dit que la date d'expédition créerait le plus haut degré de certitude et devrait être retenue comme point de départ du délai d'attente. On a rappelé les discussions qui avaient eu lieu en 1994 sur la question de la prise d'effet de l'avis. Il ressortait de ces discussions, qui étaient évoquées dans le Guide de 1994, que la date d'expédition était la date qui offrait la plus grande certitude. Selon un autre avis, la date de réception devait être la date pertinente, car le délai d'attente devait tenir compte du temps dont disposait le destinataire pour déterminer s'il comptait former un recours; certains systèmes reposaient sur ce principe. Selon un autre avis encore, la question de savoir si le délai d'attente devait commencer à la date d'expédition ou à la date de réception de l'avis pertinent devait être laissée à l'appréciation des États adoptants. On a également mentionné que l'on pourrait faire référence d'une manière générale à la "prise d'effet de l'avis" pour remplacer la référence à la date d'expédition ou de réception. On s'est toutefois inquiété de ce que cette notion risquait de ne pas être reconnue dans certains États.

230. Un consensus s'est dégagé en faveur de la réinsertion des mots suivants à la fin de l'alinéa c) proposé: "et il court à partir de la date d'expédition de l'avis à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés conformément au présent paragraphe".

231. On a souligné qu'il était important d'adresser un avis à chaque fournisseur ou entrepreneur concerné. Il a été jugé insuffisant de publier un avis sur le site Web.

232. On s'est inquiété de la suppression, dans l'alinéa c) proposé, des dispositions exigeant que le délai d'attente soit suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou aux entrepreneurs d'introduire un recours efficace. On s'est déclaré favorable à ce que cette idée soit réintégré.

233. Selon l'autre avis qui a été exprimé, l'alinéa c) tel que proposé au paragraphe 224 ci-dessus était suffisant à cet égard. On a fait observer que la notion de "délai d'attente" s'était révélée être une question difficile en raison des

différences entre les dispositions régissant le recours dans les États adoptants. On a rappelé que les États qui étaient dotés d'un système de recours administratif efficace n'étaient guère disposés à introduire un délai d'attente susceptible d'être une source de retard dans le processus, sans avantage correspondant. On a estimé que le nouvel alinéa c) proposé était un bon compromis qui prenait en compte les besoins des États ayant différents systèmes de recours administratif, en ce sens qu'il était loisible aux États adoptants de déterminer la durée du délai d'attente en fonction des exigences locales.

234. Il a été proposé que la loi type révisée laisse aux États adoptants la possibilité de préciser dans leur loi relative à la passation des marchés une période minimale, plutôt qu'une durée fixe, pour le délai d'attente. De cette manière, l'entité adjudicatrice bénéficierait d'une certaine souplesse pour déterminer la durée exacte du délai d'attente convenant à chaque marché, sous réserve de respecter la période minimale réglementaire. Dans ce contexte, on a rappelé les dispositions du nouvel article 8 qui laissaient à l'entité adjudicatrice la liberté de choisir les moyens de communication dans la procédure de passation. Il a été noté que la durée appropriée du délai d'attente serait subordonnée dans une très large mesure aux principaux moyens de communication utilisés et au point de savoir si le marché avait un caractère national ou international.

235. Il a été noté que la latitude accordée à l'entité adjudicatrice pour déterminer la durée précise du délai d'attente compte tenu des facteurs spécifiques liés au marché en question (dans les limites du minimum prescrit) devait être assortie de l'obligation de divulguer la durée précise de ce délai dans le dossier de sollicitation. Il a été souligné qu'il était important de divulguer cette information dès le début de la procédure compte tenu des conséquences qu'elle avait pour les fournisseurs ou les entrepreneurs.

236. Selon un autre avis, il était plus important de garantir la certitude, ce qui, a-t-on dit, était uniquement possible en indiquant un délai défini dans le texte. En outre, on s'est demandé ce qui se passerait si le délai d'attente était très long, car les objectifs généraux de la loi type révisée étaient notamment la certitude, la transparence et l'efficacité. À cet égard, il a été estimé que les États adoptants auraient besoin de souplesse pour fixer le délai proprement dit.

237. Le Comité a chargé le Secrétariat de modifier les dispositions de la partie concernée, en les libellant à peu près comme suit: "Ce délai est au moins de (...) [nombre précis de jours à déterminer par l'État adoptant] jours", étant entendu que l'article 27 mentionnerait que le délai d'attente précis applicable à chaque marché doit être indiqué dans le dossier de sollicitation. Il a été noté que la mention, dans le texte, de l'expression "au moins" était compatible avec le libellé de l'Accord sur les marchés publics de l'OMC et de la directive de l'Union européenne sur les recours²¹.

²¹ Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, accessible à l'adresse http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/remedies/remedies_fr.htm.

238. Il a été estimé que le guide devait expliquer l'impact de la durée du délai d'attente sur les objectifs généraux de la loi type révisée, en termes de transparence, de responsabilité, d'efficacité et de traitement équitable des fournisseurs ou entrepreneurs. Il a par ailleurs été convenu que le guide expliquerait l'impact d'un long délai d'attente sur les coûts qui seraient envisagés et inclus par les fournisseurs ou les entrepreneurs dans leur soumission, et sur leur décision de participer ou non à la procédure.

239. La question a été posée de savoir quelles orientations il fallait donner aux États adoptants quant à la durée du délai d'attente. En réponse, il a été expliqué que l'objectif de ce délai était de laisser suffisamment de temps aux fournisseurs ou aux entrepreneurs pour décider s'ils souhaitaient protester contre l'intention de l'entité adjudicatrice d'accepter la soumission à retenir. Le délai devait par conséquent être relativement court. Il a également été expliqué qu'une fois la contestation connue, les dispositions relatives aux procédures de recours traiteraient de la suspension de la procédure de passation. La réglementation locale et régionale relative à la durée du délai a été évoquée. Ainsi, il a été noté que, dans le contexte européen, on estimait qu'un délai d'une dizaine de jours devait être accordé aux fournisseurs pour décider s'ils souhaitaient engager une procédure de recours. Les réglementations locales prévoyaient par conséquent un délai de 10 jours calendaires lorsque l'avis était envoyé par voie électronique, et de 15 jours dans les autres cas. Cette différence, a-t-on dit, visait à assurer l'égalité de traitement, et prenait en compte le délai supplémentaire nécessaire pour envoyer un avis par courrier normal à des fournisseurs situés à l'étranger. Il a été suggéré de tenir compte de ces considérations dans le guide.

240. On s'est demandé si les dispositions devaient exiger expressément que l'entité adjudicatrice fasse savoir aux fournisseurs ou entrepreneurs que leur soumission n'avait pas été retenue et précise les motifs du rejet. En réponse, on a fait observer qu'il pourrait être contraignant de devoir fournir un exposé détaillé des motifs à chaque fournisseur ou entrepreneur. Dans ce contexte, le Comité a été informé que certains pays avaient une expérience positive du retour d'informations, et il a été indiqué qu'un tel retour constituerait une pratique optimale. Parallèlement, on a souligné qu'il serait difficile de prévoir un régime réglementaire obligatoire applicable au retour d'informations, compte tenu surtout de la teneur de ces informations, qui variaient considérablement d'un marché à l'autre. Il a par conséquent été estimé qu'il serait utile d'aborder la question du retour d'informations uniquement dans le guide.

241. Afin d'éliminer une éventuelle ambiguïté dans les dispositions liées à l'emploi de l'expression "fournisseurs ou entrepreneurs concernés", il a été suggéré de toujours se référer, à l'alinéa c), soit aux "fournisseurs ou entrepreneurs qui n'ont pas remporté le marché", soit aux "fournisseurs ou entrepreneurs dont la soumission a été évaluée". La deuxième variante a été préférée, car elle était compatible avec les dispositions du chapeau du paragraphe 2 (alors que, a-t-on dit, la première excluait du groupe des destinataires de l'avis le fournisseur à retenir, ce qui était contraire à l'intention des dispositions).

Paragraphe 3

242. On s'est déclaré favorable au maintien du libellé du paragraphe 3 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.2. Il a été estimé que, au cours

de l'examen du paragraphe 11 et des dispositions connexes de l'article 55-3 e), le Comité pourrait envisager de faire référence, dans le paragraphe 3, aux accords-cadres ouverts et de supprimer le paragraphe 11.

243. Le Comité a remis à plus tard l'examen du paragraphe 3.

244. Le Comité est passé à l'examen des paragraphes 8 et 11 de l'article, en notant que les autres dispositions de l'article ne posaient pas de problèmes particuliers.

Paragraphe 8

245. Il a été suggéré de supprimer les mots suivants du texte proposé: “[en vigueur] [valides]”, et que le guide explique que, dans ces circonstances, le marché était attribué à la soumission suivante la plus basse ou la soumission suivante la plus basse résultant de l'évaluation. Il a été estimé qu'il fallait reformuler les dispositions pour les rendre plus claires.

246. Ces propositions n'ont soulevé aucune objection.

Paragraphe 11

247. Après avoir pris note de la relation entre le paragraphe 11 et le projet d'article 55-3 e) et de la déclaration d'une délégation concernant le paragraphe 3 (voir par. 242 ci-dessus), le Comité a remis à plus tard l'examen de ce paragraphe.

Article 21. Confidentialité

248. Il a été proposé: dans le paragraphe 1, de supprimer le mot entre crochets “inappropriée”; dans le paragraphe 2, d'insérer les mots “sous réserve des dispositions du chapitre IV” et de supprimer les mots “conformément aux articles du chapitre IV de la présente Loi”; et d'ajouter un nouveau paragraphe 3, rédigé de la façon suivante: “l'entité adjudicatrice peut imposer aux fournisseurs ou entrepreneurs des exigences visant à protéger les informations classifiées intéressant la défense nationale ou la sécurité nationale qu'ils communiqueront tout au long de la procédure d'appel d'offres et d'adjudication. Elle peut également demander à ces fournisseurs ou entrepreneurs de veiller à ce que leurs sous-traitants respectent ces exigences.”

Paragraphe 1

249. La suppression du mot “inappropriée” a bénéficié d'un appui général.

Paragraphe 2

250. Certaines délégations ont déclaré que les propositions faites concernant le paragraphe 2 (voir par. 248 ci-dessus) étaient inacceptables car elles excluaient les dispositions du chapitre IV du champ d'application de l'article. Il a été noté que le projet d'article 21 se fondait sur des dispositions répétitives de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 régissant les méthodes de passation reposant sur des négociations. On a fait valoir que les dispositions du paragraphe 2 étaient particulièrement valables dans le contexte du chapitre IV, qui traitait de ces méthodes de passation.

251. L'utilité de cet article pour toutes les méthodes de passation a été soulignée. On a estimé que l'objet même de l'article était de préserver l'avantage comparatif qu'un fournisseur pouvait avoir sur un autre (comme l'excellence technique), avantage qui ne devait pas être compromis pendant le processus et qui était particulièrement menacé en cas de négociations.

252. Certaines améliorations rédactionnelles ont été suggérées afin que les dispositions soient reformulées de manière à: a) être cohérentes avec les dispositions de l'article 19-2 b) (la formulation plus générale de l'article 19-2 b) étant jugée préférable par certaines délégations, bien qu'on se soit également interrogé sur l'opportunité de répéter toutes les références de cet article dans l'article 21); b) à tenir compte de l'introduction d'une nouvelle méthode de passation – la sollicitation de propositions avec dialogue compétitif – en faisant référence au dialogue, selon qu'il conviendrait; c) à exprimer l'idée que l'obligation de confidentialité s'appliquerait également aux informations échangées au cours des négociations ou du dialogue; et d) à employer les mots du début du paragraphe 2 avec une référence supplémentaire au "dialogue" dans tout l'article, selon qu'il conviendrait.

Nouveau paragraphe 3

253. L'inclusion du nouveau paragraphe 3 proposé au paragraphe 248 ci-dessus a été appuyée. Toutefois, certaines délégations se sont opposées à l'inclusion des dispositions en question dans l'article 21, tandis que d'autres ont exprimé des doutes sur la nécessité d'un tel paragraphe dans ledit article compte tenu des changements que l'on proposait d'apporter à l'article 8. On a aussi fait valoir que le libellé proposé pour le nouveau paragraphe 3 avait un caractère facilitatif et non impératif et risquait donc de ne pas convenir pour la loi type révisée.

254. Une préférence a été exprimée en faveur de l'insertion des dispositions proposées à l'article 7-6 ou 8. Il a été estimé que l'article 21 avait un champ d'application large, qu'il était applicable à tous les marchés, quel que soit le secteur, et qu'il avait pour but de protéger les parties à la procédure de passation et non l'objet du marché (qui lui était traité dans le paragraphe 3). Un autre avis était que les dispositions avaient leur place dans l'article 21.

255. Si la question de l'emplacement des dispositions pouvait être traitée avec souplesse, leur insertion, a-t-on souligné, était en revanche nécessaire en raison de la décision du Groupe de travail d'élargir la portée de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 aux marchés intéressant les secteurs de la défense et de la sécurité nationales. On a estimé que ce champ d'application élargi devrait être reconsidéré si les caractéristiques particulières de ces secteurs n'étaient pas prises en compte.

256. On a estimé que cette question de principe avait plusieurs solutions possibles. La première serait d'exclure, comme le faisait la Loi type de 1994, la passation des marchés de la défense. Cette solution avait été rejetée par le Comité et, avant lui, par le Groupe de travail. Elle n'était pas acceptée par certaines délégations au motif que leur État attendait des orientations de la CNUDCI sur la passation des marchés dans le secteur de la défense.

257. Il ne faisait aucun doute que la décision du Groupe de travail d'étendre le champ d'application de la Loi type sur la passation de marchés de 1994 au secteur de la défense et de la sécurité nationales revêtait une importance considérable. La

nécessité de prévoir un traitement spécial en raison des caractéristiques particulières de la passation des marchés dans ce secteur n'était pas contestée non plus. On se demandait toutefois s'il était souhaitable d'insérer des dispositions à l'article 21 et plus généralement comment prendre en compte les particularités de ce secteur dans la loi type révisée (question qui exigeait une étude approfondie et une prise en compte des différentes entités qui passeraient ce type de marchés).

258. Au lieu d'exclure purement et simplement la passation dans ce secteur, a-t-on dit, celle-ci pourrait être traitée suivant l'une des méthodes ci-après. La première consisterait à inclure la passation des marchés de la défense dans la Loi type en prévoyant des exceptions au coup par coup lorsqu'elles étaient nécessaires, ce qui était l'approche actuellement retenue. Il a été noté que l'expérience de la session en cours montrait que cette méthode de travail prendrait du temps et ne serait peut-être pas productive en définitive.

259. La deuxième méthode serait d'introduire des dispositions dans un chapitre séparé ou une nouvelle loi type sur la passation des marchés de la défense, solution qui avait été retenue dans l'Union européenne et dans au moins un de ses États membres. Il s'agissait là, a-t-on noté, d'une entreprise considérable qui avait exigé plusieurs années de travail. Cette approche présupposait aussi une réglementation détaillée d'un domaine dont on considérait traditionnellement qu'il devait être réglementé par les États adoptants, en toute souveraineté et indépendance, en fonction de leur propre politique de défense nationale. Il a été noté enfin qu'un tel chapitre aurait une portée limitée car il ne prendrait pas en considération la passation des marchés sensibles en dehors du secteur de la défense.

260. Une autre solution serait de prévoir une exclusion générale ou une exclusion partielle dans l'article premier de la loi type révisée, en réduisant la portée de l'exclusion prévue dans la Loi type sur la passation de marchés de 1994 pour qu'elle traite strictement des marchés de la défense et ne puisse faire l'objet d'abus. D'autres propositions étaient de traiter les questions relatives à la confidentialité et aux marchés de la défense en un seul et même endroit plutôt que d'insérer des références répétitives à la passation des marchés de la défense et de la sécurité nationales. On a dit préférer que cette disposition figure à l'article 7 ou que les dispositions pertinentes de l'article 8 soient insérées à l'article 21.

261. Après débat, un consensus s'est dégagé sur les deux points suivants: des dispositions sur la confidentialité dans la passation des marchés de la défense étaient vitales et il s'agissait d'un aspect s'inscrivant dans un débat plus large sur la manière de tenir compte du caractère spécial de la passation de ces marchés.

262. Certaines délégations ont estimé que le Secrétariat devrait être chargé de rédiger des dispositions appropriées sur la passation des marchés sensibles, essentiellement dans le secteur de la défense. D'autres délégations en revanche ont estimé qu'il n'était pas possible pour le Secrétariat de réaliser cette tâche sans orientations claires du Comité sur la manière dont les marchés de la défense et d'autres marchés sensibles devraient être traités dans la loi type révisée.

263. On a fait observer qu'un examen général du sujet était inévitable et qu'il serait préférable d'y procéder sans se référer à chaque disposition du projet de loi type révisée. Les questions suivantes pourraient être étudiées dans le cadre d'un examen général de la passation des marchés de la défense: a) les besoins particuliers de ce secteur, comme le traitement des informations classifiées; et b) les façons de

répondre à ces besoins. Il a été noté à cet égard que les besoins particuliers pourraient découler soit du caractère sensible de l'objet du marché soit du traitement des informations classifiées même si l'objet du marché n'était pas sensible (par exemple, lorsqu'il fallait assurer la confidentialité des informations concernant les délais de livraison ou le lieu de livraison) ou encore des deux.

264. L'autre proposition était que le Comité, au lieu d'examiner le sujet globalement et séparément, poursuive la lecture des dispositions du projet de loi type révisée et étudie les questions relevant de la passation des marchés de la défense dans le cadre des articles pertinents du projet de loi type révisée. Cette solution, a-t-on dit, aiderait les délégations à se faire une idée générale des exceptions qu'il faudrait prévoir dans la loi type révisée afin de tenir compte des marchés sensibles. Il a été redit qu'un tel examen ne devrait pas se limiter au secteur de la défense mais devrait porter sur la passation des marchés sensibles en général.

265. Selon l'avis qui a prévalu, la décision du Groupe de travail d'inclure les marchés intéressant le secteur de la défense dans le champ d'application de la loi type révisée, sur la base des avis exprimés en son sein pour justifier cette inclusion, devrait être avalisée, et le Secrétariat être chargé d'élaborer des propositions rédactionnelles tenant compte des objectifs suivants, afin que le Groupe de travail les examine ultérieurement: a) permettre, dans ce secteur, le recours à la sollicitation directe et à d'autres méthodes de passation que l'appel d'offres; b) envisager des mesures spéciales pour la protection des informations classifiées; c) prendre en considération les spécificités de la passation des marchés intéressant ce secteur dans les dispositions régissant le contenu du procès-verbal de la procédure de passation et l'accès à ce dernier; et d) éviter les répétitions lors de la rédaction des dispositions sur la passation des marchés dans le secteur de la défense.

266. Il était également entendu que les dispositions de la loi type révisée relatives à la passation de marchés dans le secteur de la défense seraient accompagnées de dispositions dans le guide expliquant les raisons pour lesquelles des mesures spéciales pourraient être prises par l'entité adjudicatrice pour protéger les informations classifiées, y compris dans la chaîne logistique.

Article 22. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés

Paragraphe 1

267. Il a été proposé:

a) De réviser les alinéas b) et e) pour prévoir la possibilité que plusieurs marchés soient conclus à l'issue de la procédure de passation;

b) De faire également référence, dans l'alinéa f), aux facteurs socioéconomiques et à la manière de les prendre en considération dans le processus d'évaluation;

c) De refléter, dans l'alinéa g), la décision du Comité d'employer le terme "abandon de la passation" (voir par. 185 ci-dessus);

d) De supprimer, dans l'alinéa k), les mots "et [toute autre information que le Groupe de travail décide d'ajouter]";

e) De supprimer, dans l'alinéa 1), les mots "de services" et "sur lesquels l'entité adjudicatrice s'est fondée pour justifier la procédure de sélection utilisée", et de conserver l'alinéa entre crochets en attendant l'examen du chapitre IV.

Paragraphe 2

268. On a proposé de réviser le paragraphe pour prévoir la possibilité que plusieurs marchés soient conclus à l'issue de la procédure de passation.

Paragraphe 4

269. Il a été proposé de développer le début de paragraphe comme suit: "sauf injonction d'un tribunal compétent ou d'une autorité compétente". Il a aussi été proposé que les mots "autorité compétente", dont on proposait l'ajout, soient expliqués dans le guide (en particulier le fait qu'il pourrait s'agir du parlement ou du vérificateur général des comptes et qu'une telle autorité pourrait varier d'un État adoptant à l'autre). Selon un autre avis, il faudrait rédiger le début du paragraphe comme suit: "sauf injonction d'une autorité compétente", en expliquant dans le guide que le terme "autorité compétente" désignait tant le tribunal que les autorités administratives compétentes, comme les organes de contrôle.

270. On s'est fermement prononcé en faveur du maintien des dispositions en l'état. Il a été souligné que les dispositions visaient des circonstances exceptionnelles où la divulgation devrait être autorisée (par exemple lorsqu'une telle divulgation serait "contraire à la loi"). On a précisé que, dans ces circonstances exceptionnelles, toute autorité compétente pourrait demander la divulgation, mais que la décision finale sur la question de savoir si les informations devaient ou non être divulguées devrait être de nature judiciaire. L'impartialité de l'autorité judiciaire et le risque que les autres branches ne soient pas indépendantes ont été soulignés à cet égard.

271. Une autre suggestion était de conserver le texte tel quel en expliquant dans le guide que d'autres autorités compétentes pourraient être autorisées par la réglementation locale applicable à ordonner la divulgation des informations dans les cas spécifiés aux alinéas a) et b). On s'est opposé à cette suggestion. Il a été estimé que la loi type révisée elle-même devrait prévoir les conditions minimums essentielles.

272. Il a été proposé de libeller le début du paragraphe comme suit: "Sauf injonction d'un tribunal compétent ou d'une instance administrative mentionnée à l'article 58 de la présente Loi". Cette proposition a été appuyée. Il a été expliqué que ce libellé limitait le nombre d'autorités administratives qui seraient autorisées à ordonner la divulgation d'informations dans les cas exceptionnels visés par le paragraphe.

273. Une autre proposition encore était d'insérer les mots "et/ou d'une autorité compétente ou d'une administration" entre crochets afin que l'État adoptant puisse choisir la formulation appropriée en fonction de la situation interne.

274. Aucun consensus ne s'est dégagé autour des dispositions. Il a été décidé d'inclure les diverses propositions entre crochets pour examen ultérieur. Il a également été noté que le texte retenu à l'alinéa a) du paragraphe 4 pourrait avoir une incidence sur les dispositions similaires du paragraphe 3 et qu'il faudrait par conséquent assurer la cohérence du texte pour les cas similaires.

275. Il a également été proposé de modifier comme suit le début de l'alinéa a) du paragraphe 4: "information figurant sur le procès-verbal de la procédure de passation de marché". Il a aussi été proposé de reformuler le chapeau et l'alinéa a) à la forme affirmative afin de clarifier le texte actuel qui, a-t-on estimé, pourrait se prêter à différentes interprétations.

Paragraphe 5

276. On s'est demandé si le libellé du paragraphe 5 pouvait laisser entendre qu'aucune obligation de tenir le procès-verbal ne s'imposait, contrairement à ce qu'indiquaient les dispositions du paragraphe 1. Il a été proposé d'insérer au début du paragraphe les mots "sans préjudice du chapitre VII" pour éviter une telle interprétation.

277. Une autre proposition était de supprimer le paragraphe 5 en raison du chapitre VII, et en particulier de l'article 56, du projet de loi type révisée. Il a été souligné que les fournisseurs ou entrepreneurs pourraient, en vertu de ces dispositions sur le recours, demander réparation à l'entité adjudicatrice pour ne pas avoir tenu le procès-verbal comme l'exigeait l'article 22. Il a été noté, à cet égard, que le fournisseur ou l'entrepreneur serait obligé de démontrer qu'il avait subi un préjudice pour étayer une telle demande. Le fait que le procès-verbal soit insuffisant, a-t-on déclaré, ne pouvait à lui seul constituer un motif pour demander réparation.

278. Selon un autre point de vue, il fallait conserver les dispositions pour les mêmes raisons que celles invoquées à propos du paragraphe 2 de l'article 16 (voir par. 205 et 206 ci-dessus), en particulier du fait qu'elles indiquaient clairement que l'entité adjudicatrice n'encourait pas une responsabilité automatique pour ne pas avoir tenu le procès-verbal comme le prévoyait l'article 22. Il ressortait des dispositions, a-t-on également expliqué, qu'il incombait au fournisseur ou à l'entrepreneur de prouver la responsabilité. On a estimé que les dispositions étaient utiles à l'entité adjudicatrice pour se protéger contre des contestations infondées.

279. Selon le consensus qui s'est dégagé, les dispositions devraient être supprimées. Il a été proposé d'expliquer dans le guide que les conséquences de la non-tenu du procès-verbal pourraient être régies par d'autres règles applicables dans les États adoptants.

Durée de la conservation du procès-verbal

280. Il a été proposé de fixer une durée minimum ou maximum de conservation du procès-verbal pour tenir compte (par exemple) des délais de prescription contractuelle. Cette proposition n'a pas été appuyée, car il ne serait pas possible de trouver une durée universellement acceptable. Cette question, a-t-on considéré, devrait être réglée par les États adoptants eux-mêmes.

Travaux futurs

281. Il a été convenu au sein du Comité que le Secrétariat serait prié d'élaborer un nouveau projet de dispositions de la loi type révisée pour tenir compte des délibérations qui avaient eu lieu au cours de la session. L'idée d'organiser des consultations informelles intersessions a été appuyée. On a souligné qu'il importait d'assurer une représentation géographique et une participation aussi larges que

possible à ces consultations. Le Secrétariat a été prié de tout mettre en œuvre, dans la limite des ressources disponibles, pour assurer la diffusion des documents pertinents dans les six langues officielles de l'Organisation.

Rapport sur les délibérations du Comité

282. Le Comité a examiné le projet de rapport sur ses délibérations et a proposé d'y apporter certaines modifications. Il est convenu de recommander à la Commission d'adopter ce rapport tel que modifié.

D. Décisions de la Commission concernant le point 5 de l'ordre du jour

283. La Commission a pris acte du rapport du Comité plénier. Elle a noté en particulier que le Comité avait conclu que la loi type révisée n'était pas prête pour qu'elle puisse l'adopter à la session en cours. Elle a également noté que le Comité n'avait pu examiner que le chapitre premier du projet de loi type révisée et que, si quelques questions restaient encore à régler dans ce chapitre, la plupart des dispositions avaient été approuvées. Elle a en outre noté que le Comité avait demandé que le Secrétariat soit chargé d'élaborer des propositions d'ordre rédactionnel concernant les questions en suspens pour que le Groupe de travail I (Passation de marchés) puisse les examiner. Enfin, elle a noté que le Comité avait recommandé l'adoption du rapport.

284. La Commission a adopté le rapport du Comité plénier tel que recommandé. Elle a également pris note des rapports du Groupe de travail I sur les travaux de ses quatorzième à seizième sessions (A/CN.9/664, A/CN.9/668 et A/CN.9/672) et prié le Groupe de poursuivre ses travaux sur l'examen de la Loi type sur la passation de marchés de 1994.

285. On a souligné qu'il importait d'achever le texte de la loi type révisée dès qu'il serait raisonnablement possible de le faire. On a fait valoir que la loi type révisée aurait une très forte incidence sur la réforme du droit des marchés actuellement en cours à l'échelle locale et régionale. Les orientations de la CNUDCI dans le domaine de la passation des marchés étaient recherchées en particulier en ce qui concernait des questions telles que les enchères électroniques inversées, les accords-cadres, les approvisionnements en ligne en général, le dialogue compétitif et la passation de marchés dans le secteur de la défense. L'importance des activités d'information de la CNUDCI a également été soulignée et le secrétariat de la Commission a été encouragé à accroître ses efforts de promotion pour assurer un usage plus généralisé de ses règles de droit uniforme dans le domaine de la passation des marchés et dans d'autres domaines. (Pour les deux prochaines sessions du Groupe de travail, voir par. 437 a) ci-dessous.)

V. Arbitrage et conciliation: rapport d'activité du Groupe de travail II

286. La Commission a rappelé que, à sa trente-neuvième session, en 2006, elle était convenue que le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) entreprendrait une

révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI²² (le "Règlement d'arbitrage" ou "Règlement")²³.

287. Il a également été rappelé qu'à cette session, la Commission avait noté que le Règlement, qui était l'un des premiers instruments qu'elle avait élaborés dans le domaine de l'arbitrage, était considéré par beaucoup comme un texte très réussi, ayant été adopté par de nombreux centres d'arbitrage et utilisé dans de nombreuses affaires, par exemple dans des litiges entre investisseurs et États. Compte tenu du succès et du prestige dont il jouissait, elle avait généralement estimé qu'une éventuelle révision ne devrait pas en modifier la structure, l'esprit ni le style, et qu'elle devrait en respecter la souplesse et non le compliquer. Il avait été proposé que le Groupe de travail définisse soigneusement la liste des thèmes qu'il faudrait peut-être aborder dans une version révisée du Règlement²⁴.

288. Il a aussi été rappelé qu'à sa quarantième session, en 2007, la Commission avait noté que le Règlement d'arbitrage n'avait pas été modifié depuis son adoption en 1976 et que la révision devrait viser à le moderniser et à promouvoir une plus grande efficacité dans la procédure arbitrale. D'une manière générale, elle était convenue que le mandat du Groupe de travail, qui était de conserver la structure et l'esprit initiaux du Règlement, avait guidé utilement jusqu'ici ses délibérations et devrait continuer à orienter ses travaux²⁵.

289. La Commission a aussi rappelé qu'à sa quarante et unième session, en 2008, elle avait noté que le Groupe de travail avait décidé, à sa quarante-huitième session, de poursuivre la révision du Règlement d'arbitrage sous sa forme générique et de lui demander si, une fois cette tâche terminée, il devrait examiner plus avant la spécificité de l'arbitrage fondé sur des traités et, dans l'affirmative, quelle forme devraient prendre ces travaux (A/CN.9/646, par. 69)²⁶.

290. Il a en outre été rappelé qu'à l'issue de la discussion, à cette session, la Commission était convenue qu'il ne serait pas souhaitable d'inclure des dispositions concernant l'arbitrage fondé sur des traités dans le corps du Règlement lui-même, et que tout examen des litiges entre investisseurs et États que le Groupe serait éventuellement amené à réaliser dans l'avenir ne devrait pas retarder la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique. Pour ce qui est du déroulement des travaux, elle était convenue que la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités méritait d'être examinée dans l'avenir et devrait être traitée en priorité, immédiatement après l'achèvement de la révision du Règlement d'arbitrage. Quant à la portée de ces travaux futurs, la Commission était convenue par consensus qu'il importait d'assurer la transparence dans la résolution des litiges entre investisseurs et États. Une délégation avait présenté des observations écrites à ce sujet (A/CN.9/662) et une déclaration avait également été faite au nom du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. La Commission avait estimé que, comme le Groupe de travail l'avait

²² Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.6.

²³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 187.

²⁴ *Ibid.*, par. 184.

²⁵ *Ibid.*, *soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 174.

²⁶ *Ibid.*, *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 313.

noté à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 57), la question de la transparence devrait être examinée dans le cadre de travaux futurs car il s'agissait d'un objectif souhaitable dans un arbitrage entre investisseurs et États. En ce qui concerne la forme que tout produit de ces travaux futurs pourrait prendre, la Commission avait noté que différentes possibilités avaient été envisagées par le Groupe de travail (ibid., par. 69) dans le domaine de l'arbitrage fondé sur des traités, y compris l'élaboration d'instruments comme des clauses types, des règles ou des principes directeurs sur des points précis, une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique, un règlement d'arbitrage séparé ou des clauses facultatives à insérer dans des traités. La Commission avait décidé qu'il était trop tôt pour arrêter la forme de cet instrument futur et que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté à cet égard. Afin d'aider le Groupe à examiner la question de la transparence dans l'arbitrage fondé sur des traités à une session future, la Commission avait demandé au Secrétariat, si les ressources le permettaient, d'effectuer des recherches préliminaires et de rassembler des informations sur les pratiques actuelles. Elle avait exhorté les États membres à fournir de nombreuses informations au Secrétariat sur leur pratique en matière de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États. On avait insisté sur le fait que, lors de la constitution des délégations qui assisteraient aux sessions du Groupe de travail consacrées à ce projet, les États membres et les observateurs devraient s'assurer qu'elles possédaient un très haut niveau de compétence en matière de droit des traités et d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités²⁷.

291. À sa session en cours, la Commission était saisie des rapports de la quarante-neuvième (Vienne, 15-19 septembre 2008) et cinquantième (New York, 9-13 février 2009) sessions du Groupe de travail (A/CN.9/665 et A/CN.9/669 respectivement). Elle a félicité ce dernier pour les progrès accomplis dans la révision du Règlement d'arbitrage et le Secrétariat pour la qualité de la documentation établie à l'intention du Groupe de travail.

292. La Commission a noté que, à sa quarante-neuvième session, le Groupe de travail avait examiné une proposition visant à étendre le rôle du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye dans le Règlement d'arbitrage (A/CN.9/665, par. 47 à 50). La version de 1976 du Règlement prévoyait un mécanisme par lequel le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage devait, si une partie lui en faisait la demande, désigner une autorité de nomination qui fournirait certains services à l'appui de la procédure arbitrale. L'autorité nommait les membres du tribunal arbitral conformément aux articles 6 et 7 du Règlement et pouvait également, conformément à l'article 12, être amenée à se prononcer sur la récusation d'arbitres. Selon les articles 39 et 41 (respectivement) du Règlement, elle pouvait aussi aider les parties à fixer les honoraires des arbitres et le tribunal arbitral à fixer les sommes devant être consignées. Le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage, bien que cette dernière n'appartienne pas au système des Nations Unies, ni n'ait été créée pour régler les litiges commerciaux non gouvernementaux, acceptait d'agir en qualité d'autorité de désignation dans le cadre du Règlement et de jouer par conséquent un rôle clairement plus limité que celui joué par une autorité de nomination et qualitativement différent. Il avait été proposé, au sein du Groupe de travail, de remplacer le mécanisme existant par une

²⁷ Ibid., par. 314.

disposition prévoyant que, faute pour les parties de pouvoir convenir d'une autorité de nomination, le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage devrait directement agir en cette qualité, sauf si les parties lui demandaient de désigner une autre autorité de nomination et sauf s'il jugeait plus approprié de désigner une autre autorité. La Commission a noté que cette proposition avait été faite initialement à la quarante-sixième session du Groupe de travail (A/CN.9/619, par. 71 à 74). À cette session, il avait été estimé qu'elle s'écartait de manière importante et inutile du Règlement d'arbitrage actuel et il avait été décidé que le mécanisme sur les autorités de désignation et de nomination prévu dans la version de 1976 du Règlement serait conservé (A/CN.9/619, par. 74 et A/CN.9/665, par. 49). La Commission a également noté que, à la quarante-neuvième session du Groupe de travail, des opinions divergentes avaient été exprimées sur le point de savoir si ce dernier devrait débattre à nouveau de cette question. L'avis avait alors été émis que, indépendamment du fait qu'il puisse ou non parvenir à un consensus au sujet d'une éventuelle règle supplétive, la question était de nature politique et ne pouvait être tranchée que par la Commission (A/CN.9/665, par. 49 et 50). À sa session en cours, la Commission était saisie d'une note sur les autorités de désignation et de nomination prévues dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/677).

293. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue que le mécanisme des autorités de désignation et de nomination existant, tel qu'il était prévu dans la version de 1976 du Règlement, ne serait pas modifié. Il a été rappelé que le Groupe de travail, lorsqu'il avait défini les questions sur lesquelles devrait porter la révision du Règlement à sa quarante-cinquième session, n'avait pas jugé ledit mécanisme problématique. Il ne semblait pas, dans l'ensemble, que ce mécanisme ait été source de retards pour les parties ou de difficultés dans l'application du Règlement. Il a également été dit que, comme la disposition sur les autorités de désignation et de nomination prévue dans le texte de 1976 ne posait pas de grosses difficultés et présentait des avantages, il était inutile de modifier la structure du Règlement à cet égard. Au cours de cette discussion, la Commission a reconnu les compétences et le sens des responsabilités dont faisait preuve la Cour permanente d'arbitrage, ainsi que la qualité des services qu'elle rendait dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

294. On a dit que le processus en deux étapes défini dans la version de 1976 du Règlement offrait une souplesse (en permettant la désignation d'une grande diversité d'autorités de nomination pour répondre aux besoins de chaque cas d'espèce) qui serait impossible avec une autorité de nomination par défaut. On a fait observer que le Règlement pourrait être facilement adapté pour être appliqué à un large éventail de litiges dans des circonstances très différentes et que son succès, pour ce qui est de s'appliquer largement et de répondre aux besoins des parties dans une grande diversité de cultures juridiques et de types de litige, se mesurait au grand nombre d'institutions arbitrales indépendantes qui s'étaient déclarées disposées à administrer (et qui administraient en fait) des arbitrages conformément au Règlement, en plus des procédures qu'elles administraient suivant leur propre règlement. On a également dit que, si elle était adoptée, la proposition visant à étendre le rôle de la Cour permanente d'arbitrage dans le cadre du Règlement constituerait non pas une simple modification technique, mais bien une modification de la nature du Règlement et irait à l'encontre des principes directeurs établis par la Commission, selon lesquels la révision du Règlement ne devait pas modifier la

structure, l'esprit ni le style du texte et devait en respecter la souplesse sans le rendre plus complexe.

295. Il a également été dit que la Cour permanente d'arbitrage avait été établie par la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux²⁸ pour régler les différends entre États et non pour connaître des litiges survenant dans le contexte de relations commerciales entre parties privées, dont s'occupait principalement le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. En étendant le rôle de la Cour permanente d'arbitrage, a-t-il été estimé, on donnerait l'impression de favoriser cette dernière par rapport à d'autres organisations arbitrales, en dépit de l'expérience limitée qu'elle possédait dans le domaine des litiges commerciaux privés comparativement aux autres organisations d'arbitrage qui avaient compétence sur ces affaires.

296. La Commission a été d'avis que, pour établir une autorité administrative centrale dans le cadre du Règlement, il faudrait indiquer (dans le Règlement ou dans un document l'accompagnant) les conditions dans lesquelles une telle autorité s'acquitterait de ses fonctions. Elle est convenue que la révision du Règlement ne devrait pas être retardée par des travaux supplémentaires qu'il faudrait mener sur ce point si on devait donner suite à la proposition d'extension du rôle de la Cour permanente d'arbitrage.

297. À la lumière de ces principes généraux, on a souligné que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne devrait pas prévoir une règle supplétive selon laquelle une institution donnée serait l'autorité de nomination par défaut et serait considérée dans le Règlement comme prestataire d'assistance directe aux parties.

298. La Commission a noté que le Groupe de travail, à sa cinquantième session, était convenu de lui demander de lui accorder suffisamment de temps pour achever ses travaux sur le Règlement d'arbitrage afin que le projet de texte révisé atteigne le degré de maturité et de qualité requis (A/CN.9/669, par. 120). Elle est convenue qu'il fallait prendre le temps nécessaire pour satisfaire au niveau de qualité élevé exigé pour les textes de la CNUDCI, compte tenu de l'impact international du Règlement, et exprimé l'espoir que le Groupe de travail achèverait ses travaux sur la révision du Règlement d'arbitrage sous sa forme générique, de sorte que l'examen final et l'adoption du texte aient lieu à sa quarante-troisième session en 2010. On a proposé que le Groupe de travail examine dans quelle mesure une référence aux arbitres intervenant en tant que conciliateurs devrait être incluse dans une version révisée du Règlement.

299. En ce qui concerne les travaux futurs à mener dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, la Commission a rappelé qu'elle avait décidé précédemment, à sa quarante et unième session, que la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités serait traitée en priorité, immédiatement après l'achèvement de l'actuelle révision du Règlement (voir par. 290 ci-dessus). On a rappelé que, lors de la constitution des délégations qui assisteraient aux sessions du Groupe de travail consacrées à ce projet, les États membres et les observateurs devraient s'assurer qu'elles possédaient un très haut niveau de compétence en matière de droit des traités et d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. La Commission a également rappelé que,

²⁸ Voir Dotation Carnegie pour la paix internationale, *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907* (New York, Oxford University Press, 1915).

comme elle l'avait décidé à sa trente-neuvième session, le Groupe de travail devrait maintenir la question de l'arbitrabilité et du règlement des conflits en ligne à son programme de travail²⁹.

300. La Commission a entendu un rapport oral sur l'état d'avancement de l'élaboration d'un guide pour l'incorporation et l'utilisation en relation avec l'ensemble de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international telle que modifiée en 2006³⁰. Il a été rappelé qu'à sa trente-neuvième session la Commission était convenue qu'il serait utile d'élaborer un tel guide³¹. Il a également été rappelé que ce guide serait un précieux instrument pour les législateurs nationaux et d'autres utilisateurs d'une norme majeure de la CNUDCI et favoriserait en outre le processus d'harmonisation des lois. La Commission a demandé au Secrétariat de poursuivre ses travaux d'élaboration du guide. Il a été convenu qu'une présentation plus détaillée sur les progrès accomplis en la matière devrait être faite à une session future de la Commission. (Pour les deux sessions suivantes du Groupe de travail, voir par. 437 b) ci-dessous.)

VI. Droit de l'insolvabilité: rapport d'activité du Groupe de travail V

A. Rapport d'activité du Groupe de travail V

301. La Commission a rappelé qu'à sa trente-neuvième session, en 2006, elle était notamment convenue: a) que la question du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité était suffisamment avancée pour être présentée au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) afin qu'il l'examine en 2006 et qu'il faudrait laisser à ce dernier toute latitude pour lui présenter des recommandations appropriées concernant la portée de ses travaux futurs et la forme qu'ils devraient prendre, en fonction du contenu des solutions proposées aux problèmes qu'il mettrait en évidence sur le sujet; et b) que la question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait, dans un premier temps, être considérée comme un volet des travaux à entreprendre dans le domaine de l'insolvabilité des groupes de sociétés et que le Groupe de travail devrait disposer d'une marge de manœuvre suffisante pour examiner toutes propositions de travaux sur d'autres aspects de la question³². Le terme "groupes de sociétés" a par la suite été remplacé par le terme "groupes d'entreprises" (voir A/CN.9/622, par. 77 à 84, et A/CN.9/643).

302. À sa session en cours, la Commission s'est déclarée satisfaite des progrès considérables que le Groupe de travail avait accomplis dans son examen de la question du traitement des groupes d'entreprises en cas d'insolvabilité, progrès dont il était rendu compte dans les rapports sur ses trente-cinquième (Vienne, 17-21 novembre 2008) et trente-sixième (New York, 18-22 mai 2009) sessions

²⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 187.

³⁰ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.4. Voir également par. 376 k) ci-dessous.

³¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 176.

³² *Ibid.*, par. 209.

(A/CN.9/666 et A/CN.9/671, respectivement). Elle a également félicité le Secrétariat pour les documents de travail et les rapports qu'il avait établis pour ces sessions.

303. La Commission a noté que le Groupe de travail avait adopté quant au fond plusieurs recommandations sur le traitement interne des groupes d'entreprises et qu'il était convenu de l'approche à suivre pour le traitement international de ces groupes, qui faisait l'objet des 15 recommandations examinées à sa trente-sixième session, dont certaines avaient été adoptées sur le fond. La Commission a noté que les travaux sur le traitement international des groupes d'entreprises présentaient un lien étroit tant avec la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité qu'avec le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (voir par. 24 ci-dessus) et a insisté sur la nécessité d'assurer la cohérence entre ces travaux et les deux textes précités.

304. La Commission a également noté que le Groupe de travail était convenu que le texte issu des travaux sur les groupes d'entreprises devrait constituer la troisième partie du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité³³ et en suivre la même structure, à savoir qu'il serait présenté sous la forme d'un commentaire et de recommandations. À cette fin, le commentaire devant accompagner les recommandations sur les questions internes et internationales serait élaboré de sorte que le Groupe de travail l'examine à sa trente-septième session en 2009 et, si nécessaire, à sa trente-huitième session en 2010.

305. La Commission s'est par ailleurs félicitée de la coopération entre les groupes de travail V et VI en ce qui concernait le traitement de la propriété intellectuelle en cas d'insolvabilité. Elle a noté que le Groupe de travail V avait examiné les questions soulevées par le Groupe de travail VI et y avait répondu à sa trente-sixième session (A/CN.9/671, par. 127) et que ces informations avaient été incorporées dans les travaux de ce dernier. (Voir par. 312 ci-dessous.)

B. Huitième Colloque judiciaire multinational

306. Il a été brièvement rendu compte à la Commission du huitième Colloque judiciaire multinational, tenu à Vancouver (Canada) les 20 et 21 juin 2009. Ce colloque, organisé par la CNUDCI, l'Association internationale des praticiens de l'insolvabilité et la Banque mondiale, avait réuni quelque 80 juges d'une quarantaine d'États afin qu'ils puissent examiner des questions de coordination et de coopération dans les procédures d'insolvabilité internationale, y compris la communication entre juges. Le Colloque avait été favorablement accueilli par les juges, qui se réjouissaient de l'occasion qui leur était donnée de mieux comprendre ces questions et de se retrouver pour en aborder les différents aspects. Nombre des questions examinées lors du Colloque l'étaient aussi dans le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale (voir par. 24 ci-dessus), dont l'élaboration était largement appuyée par les juges qui le considéraient comme une source d'information précieuse sur les questions et pratiques actuelles. La Commission a noté qu'un bref rapport du Colloque serait établi et placé sur le site Web de chacune des trois organisations.

³³ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

307. La Commission a félicité le Secrétariat pour l'organisation du Colloque et l'a prié de continuer à coopérer activement avec l'Association internationale des praticiens de l'insolvabilité et la Banque mondiale afin d'organiser d'autres colloques dans l'avenir, si ses ressources le lui permettaient.

C. Travaux futurs sur le droit de l'insolvabilité

308. La question des travaux que le Groupe de travail V pourrait entreprendre après avoir terminé ceux qu'il menait actuellement sur les groupes d'entreprises a été soulevée. La Commission a pris note de plusieurs propositions préliminaires dont: a) l'élaboration d'une loi type à partir des recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité; b) la réalisation d'une étude des différents instruments financiers actuellement utilisés et de leur traitement en cas d'insolvabilité; et c) compte tenu de la crise financière actuelle, l'examen de l'insolvabilité des banques et d'autres institutions financières. Il a été convenu que ces thèmes ainsi que d'autres sujets possibles continueraient d'être examinés et développés afin de déterminer s'ils pourraient faire l'objet de travaux futurs, afin que la Commission étudie éventuellement la question à sa quarante-troisième session en 2010. (Pour les deux sessions suivantes du Groupe de travail, voir par. 437 d) ci-dessous.)

VII. Sûretés: rapport d'activité du Groupe de travail VI

309. La Commission a rappelé qu'à la première partie de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), elle avait décidé de charger le Groupe de travail VI (Sûretés) d'établir une annexe pour le projet de guide sur les opérations garanties spécialement consacrée aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle. À cette session, elle avait insisté sur la nécessité de faire aboutir ces travaux dans un délai raisonnable³⁴.

310. La Commission a aussi rappelé que, à la reprise de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007), elle avait finalisé et adopté le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (le Guide législatif), étant entendu que l'annexe au Guide législatif serait ensuite élaborée le plus rapidement possible afin que des orientations complètes et cohérentes soient fournies aux États en temps utile³⁵.

311. À sa session en cours, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail VI sur ses quatorzième (Vienne, 20-24 octobre 2008) et quinzième (New York, 27 avril-1^{er} mai 2009) sessions, publiés respectivement sous les cotes A/CN.9/667 et A/CN.9/670. Elle a noté avec satisfaction que le Groupe de travail avait achevé la lecture de deux versions de l'annexe au Guide législatif (A/CN.9/WG.VI/WP.35 et Add.1 et A/CN.9/WG.VI/WP.37 et Add.1 à 4) et avait beaucoup progressé dans ses travaux (A/CN.9/667, par. 15, et A/CN.9/670, par. 16).

³⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 157 et 162.

³⁵ *Ibid.*, Part II, par. 99 et 100.

312. La Commission a également noté avec satisfaction que le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), à sa trente-sixième session (New York, 18-22 mai 2009), avait examiné, en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 et A/CN.9/WG.V/WP.87, certaines questions relatives à l'insolvabilité soumises par le Groupe de travail VI et qu'il avait approuvé le texte que le Groupe de travail VI lui avait présenté dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, par. 22 à 40, pour insertion dans l'annexe au projet de Guide législatif (A/CN.9/671, par. 125 à 127).

313. La Commission a en outre noté qu'à sa quatorzième session, le Groupe de travail VI avait examiné les travaux qu'il pourrait entreprendre et était convenu qu'il devrait être en mesure d'achever ses travaux sur le projet de supplément afin qu'il puisse être soumis à la Commission pour approbation et adoption définitives à sa quarante-troisième session, en 2010 (A/CN.9/667, par. 143). Elle a aussi noté qu'à ses quatorzième et quinzième sessions, le Groupe de travail VI avait procédé à un examen préliminaire de son programme de travaux futurs (A/CN.9/667, par. 141 à 143, et A/CN.9/670, par. 123 à 126).

314. On a noté, à cet égard, qu'à la quinzième session du Groupe de travail VI, il avait été proposé d'inscrire à ce programme les thèmes suivants: un texte relatif aux sûretés portant sur des valeurs mobilières qui n'étaient pas couvertes par le projet de convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiaires, préparé actuellement par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit); un guide législatif sur l'inscription des sûretés réelles mobilières; un guide contractuel sur les accords de financement garanti; un guide contractuel sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle; une loi type sur les opérations garanties incorporant les recommandations du Guide législatif; et un texte sur les accords de franchisage (A/CN.9/670, par. 124).

315. En ce qui concernait le Guide législatif, la Commission a prié le Secrétariat d'en accélérer la publication intégrale et partielle (la terminologie et les recommandations devant faire l'objet d'une publication séparée). Elle l'a également prié de redoubler d'efforts pour mieux faire connaître le Guide législatif aux États et à d'autres parties intéressées et pour promouvoir l'application de ses recommandations par les États de diverses manières, notamment en tenant des séminaires, en organisant des missions d'information, en préparant des articles à publier et en rédigeant ou en revoyant des projets de lois, de même qu'en coopérant avec d'autres organisations œuvrant dans le domaine de la réforme du droit des opérations garanties.

316. Pour ce qui était de l'annexe au Guide législatif (dénommée ultérieurement "supplément"), la Commission a remercié le Groupe de travail VI et le Secrétariat des progrès réalisés jusque-là et a souligné l'importance de ce texte. Il a été déclaré que le développement économique reposait sur l'innovation, qui était liée aux biens de propriété intellectuelle. Il a aussi été souligné que le patrimoine de nombreuses petites ou moyennes entreprises était constitué pour l'essentiel d'actifs de propriété intellectuelle. Il importait donc pour le développement économique, a-t-on observé, de faciliter les opérations garanties dans lesquelles étaient grevés des biens de propriété intellectuelle.

317. Après discussion, la Commission, compte tenu de l'intérêt manifesté par les milieux de la propriété intellectuelle à l'échelle internationale, a prié le Groupe de travail VI d'accélérer ses travaux de manière à achever l'élaboration du supplément

au Guide législatif en une ou deux sessions et à le lui présenter pour finalisation et adoption à sa quarante-troisième session en 2010, afin qu'il puisse être proposé aux États pour adoption le plus rapidement possible. La Commission est convenue que, si deux sessions n'étaient pas suffisantes pour établir un texte généralement acceptable et équilibré, le Groupe de travail devrait se voir allouer le temps nécessaire pour parvenir à ce résultat, même si cela signifiait que le supplément lui serait soumis à sa quarante-quatrième session en 2011.

318. La Commission a procédé à un examen préliminaire du programme de travaux futurs du Groupe de travail VI. Différents avis ont été exprimés sur les sujets qui pourraient être inscrits à ce programme. À propos des sûretés portant sur des valeurs mobilières qui n'étaient pas couvertes par le projet de convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés, la Commission a noté que, à sa quarantième session en 2007, elle avait décidé que des travaux seraient entrepris en vue d'établir un supplément au Guide sur certains types de valeurs mobilières, en tenant compte des activités d'autres organisations, en particulier d'Unidroit³⁶. Il a été généralement convenu à cet égard qu'aucune décision ne pourrait être prise avant qu'Unidroit n'ait achevé ses travaux sur le projet de convention (voir par. 314 ci-dessus), probablement à l'automne 2009. En ce qui concernait l'élaboration d'un guide législatif sur l'inscription des sûretés réelles mobilières dans des registres généraux de sûretés, il a été déclaré que cette tâche pourrait utilement compléter les travaux réalisés par la Commission sur le Guide. S'agissant de l'établissement d'un guide contractuel sur l'octroi de licences de propriété intellectuelle, il a été dit que ces travaux, s'ils étaient entrepris, devraient l'être en étroite coopération avec l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. Enfin, pour ce qui était d'un texte sur le franchisage, on s'est demandé si celui-ci trouverait vraiment sa place dans les travaux de la Commission sur les opérations garanties.

319. En ce qui concernait les modalités d'établissement d'un programme de travaux futurs pour le Groupe de travail VI, la Commission est convenue qu'il serait possible d'avancer dans cette tâche si le Groupe de travail, en fonction du temps disponible, abordait la question à sa seizième session. Il a également été convenu que le Secrétariat pourrait organiser au début de 2010 un colloque international en assurant une large participation d'experts représentant des États, des organisations internationales et le secteur privé. La Commission a aussi laissé au Secrétariat le soin d'organiser, si cela était nécessaire, une réunion d'experts, pour recueillir leurs avis en vue de l'élaboration d'un document examinant les divers thèmes de travail et formulant des suggestions. Il a été généralement convenu que, avec ce document, la Commission serait mieux à même d'examiner et d'arrêter le programme de travaux futurs du Groupe de travail VI à sa quarante-troisième session en 2010.

320. En réponse à une question, il a été noté que, si le Groupe de travail VI achevait ses travaux à sa seizième session à l'automne 2009, il aurait la possibilité d'examiner son programme de travaux futurs à sa dix-septième session, au printemps 2010. On a noté à cet égard qu'en examinant ses travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés à une session future, la Commission pourrait s'appuyer sur les propositions détaillées que formulerait le Groupe de travail et sur un document qui serait établi par le Secrétariat à l'issue d'un colloque et d'une réunion d'experts, si nécessaire.

³⁶ Ibid., Part I, par. 160.

321. À l'issue de ses délibérations sur les sûretés, la Commission a rappelé le mandat qu'elle avait confié au Secrétariat en vue de la publication du commentaire relatif à la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international³⁷. Il a été proposé à cet égard que le Secrétariat tienne une réunion d'experts à laquelle seraient invités des experts ayant participé à l'élaboration de la Convention. La Commission a également rappelé son mandat concernant la publication d'un document examinant les liens entre divers textes sur les sûretés établis par elle, Unidroit et la Conférence de La Haye de droit international privé³⁸. (Pour les deux sessions suivantes du Groupe de travail, voir par. 437 e) ci-dessous.)

VIII. Travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports: commentaires sur la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer

A. Point de la situation concernant la Convention

322. La Commission a noté que la Convention, après avoir été approuvée en tant que projet de convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer à sa quarante et unième session en 2008³⁹, avait été adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 63/122 du 11 décembre 2008. Dans cette résolution, l'Assemblée avait également autorisé la tenue d'une cérémonie d'ouverture à la signature de la Convention le 23 septembre 2009 à Rotterdam (Pays-Bas) et invité tous les gouvernements à envisager de devenir partie à la Convention. Elle avait en outre recommandé que les règles fixées dans la Convention soient connues sous le nom de "Règles de Rotterdam".

323. La Commission a été informée des préparatifs entrepris en vue de la cérémonie de signature, en particulier de la distribution par la Section des traités de l'ONU d'une copie certifiée conforme de la Convention aux missions permanentes à New York, accompagnée d'instructions indiquant aux États la marche à suivre s'ils souhaitaient signer la Convention. Elle a également noté que son Secrétariat avait envoyé aux missions permanentes une note verbale pour rappeler aux États que la cérémonie de signature se tiendrait le 23 septembre 2009. Il a été noté en outre que la note verbale informait les États de la tenue, à l'occasion de la cérémonie, d'un colloque sous les auspices de la CNUDCI et du Comité maritime international (CMI). Lors de ce colloque, qui aurait lieu le 21 septembre 2009, divers aspects de la Convention seraient présentés par d'éminents spécialistes de la question venus de différents pays. D'autres manifestations étaient prévues autour du colloque et de la cérémonie de signature. Les délégations ont été invitées à consulter la page Web à l'adresse <http://www.rotterdamrules2009.com>, où elles trouveraient de plus amples

³⁷ Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17 (A/56/17)*, par. 195. Pour le texte de la Convention, voir la résolution 56/81 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, annexe. Pour plus d'informations sur la Convention, se référer au par. 376 h) ci-dessous.

³⁸ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/63/17)*, par. 384.

³⁹ Ibid., par. 298.

renseignements sur toutes les manifestations et pourraient obtenir copie des informations diffusées par la Section des traités sur les formalités de signature de la Convention. Il a été souligné que tous les États, qu'ils aient ou non l'intention de signer la Convention, étaient invités à participer à la fois au colloque et à la cérémonie de signature. Comme l'indiquait la note verbale, les États qui désiraient participer étaient priés d'en informer le Secrétariat et d'indiquer le nom des personnes qui composeraient leur délégation, en précisant quel membre de la délégation signerait, le cas échéant, la Convention.

324. La Commission a noté par ailleurs que les organisations intergouvernementales et les organisations non gouvernementales dont les activités avaient trait aux matières régies par la Convention avaient été invitées par le Secrétariat à participer au colloque et aux manifestations connexes, ainsi qu'à assister à la cérémonie de signature en qualité d'observateur. Les organisations qui souhaitaient participer étaient priées d'en informer le Secrétariat et d'indiquer le nom des personnes qui composeraient leur délégation.

325. Il a été rappelé que le Secrétariat tenait à jour une page Web pour chacun de ses instruments une fois ceux-ci approuvés ou adoptés. La Commission a noté que, face à l'augmentation rapide du volume d'informations et d'opinions publiées sur la Convention, la page de son site Web consacrée aux Règles de Rotterdam avait été étoffée pour proposer une sélection de documents, de liens vers d'autres pages Web sur le sujet et d'un fichier balado informatif (podcast) sur la Convention.

326. La Commission a pris note des efforts déployés par le Secrétariat pour promouvoir la Convention. Outre qu'il prenait part aux préparatifs du colloque et de la cérémonie de signature, le Secrétariat apportait une aide aux États qui envisageaient la possibilité de signer la Convention, en leur fournissant les informations et l'appui nécessaires pour prendre leur décision. Le Secrétariat avait également rédigé divers documents sur la Convention pour publication dans des revues juridiques ainsi que sur des sites Web et sur d'autres supports accessibles au public.

327. La Commission a également noté que, après sa quarante et unième session, le Secrétariat avait participé à plusieurs manifestations pour donner des informations sur la Convention et la promouvoir. En octobre 2008, il avait participé à la trente-neuvième Conférence du CMI tenue à Athènes. La Commission a noté avec intérêt que, à cette conférence, le CMI avait très largement avalisé la Convention, en déclarant que celle-ci établissait généralement un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu dans le secteur des transports maritimes et en reconnaissant qu'elle offrait une occasion exceptionnelle d'unifier et d'actualiser le droit et la pratique maritimes au niveau mondial. En avril 2009, le Secrétariat avait également, en collaboration avec l'Arab Society for Commercial and Maritime Law, le CMI et d'autres organisations, pris part à l'organisation de la troisième Conférence arabe pour le droit commercial et maritime tenue à Alexandrie (Égypte) et y avait participé. Cette conférence de deux jours avait pour thème "Les Règles de Rotterdam 2009: uniformité ou diversité du droit du transport des marchandises par mer, une perspective euro-arabe". Elle avait permis d'examiner les différents aspects de la Convention et la question de savoir si elle pouvait répondre aux besoins dont faisaient état les pays arabes.

B. Travaux futurs possibles concernant une note explicative

328. S'agissant de la Convention, la Commission a ensuite envisagé des travaux futurs possibles concernant l'éventuelle rédaction d'une note explicative pour accompagner la publication du texte. Il a été rappelé que pendant ses délibérations sur la Convention, de 2002 à 2008, le Groupe de travail III (Droit des transports) s'était demandé si certains aspects du texte devraient être développés dans un commentaire ou dans une note explicative qui pourrait accompagner la Convention au moment de sa publication. Par exemple, dans le dernier projet de texte de la Convention qui avait été publié avec des notes de bas de page (A/CN.9/WG.III/WP.101), la note 6 relative à l'article 3 "Conditions de forme" faisait mention d'une note explicative indiquant que tous les avis envisagés dans la Convention qui n'étaient pas inclus dans l'article 3 pouvaient être adressés par tout moyen, y compris verbalement, ou par un échange de messages de données qui ne satisfaisaient pas à la définition de "communication électronique". Aucune décision n'avait été prise par le Groupe de travail ou la Commission sur le point de savoir s'il convenait de formuler des renseignements complémentaires pour accompagner la publication de la Convention et, le cas échéant, quelle forme ces renseignements devraient prendre.

329. Pour l'aider à débattre de cette question, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/679) proposant d'éventuels modèles de commentaire ou de note qui devrait, le cas échéant, accompagner la publication de la Convention. La note du Secrétariat renvoyait à trois modèles différents de notes explicatives qui avaient déjà été publiées dans le cadre de conventions de la CNUDCI. On a fait observer qu'aucune de ces notes ne constituait un commentaire officiel sur la convention à laquelle elle se rattachait et que la publication d'un commentaire officiel sur un instrument était extrêmement rare dans l'histoire de la CNUDCI. Il a été dit que le seul exemple d'un texte officiel de ce type concernait le texte original de la Convention non modifiée sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises⁴⁰. Toutefois, la Commission a fait observer que des notes explicatives accompagnaient régulièrement la publication de conventions de la CNUDCI et qu'elles étaient souvent assorties d'un avertissement libellé à peu près comme suit: "La présente note a été établie par le Secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international pour information; il ne s'agit pas d'un commentaire officiel sur la Convention."

330. On a estimé que, lors de l'examen du type de note qui, le cas échéant, devrait être publiée parallèlement à la Convention, certaines caractéristiques des Règles de Rotterdam pourraient être pertinentes, notamment la longueur et la portée de la Convention, son objectif, à savoir harmoniser pour le transport maritime un régime mondial très disparate, l'ampleur des travaux préparatoires et la publication, prévue dans les mois à venir, de plusieurs commentaires théoriques sur la Convention.

331. De l'avis général, le texte de la Convention de même que la résolution de l'Assemblée générale concernant son adoption devaient être publiés par le

⁴⁰ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels, New York, 20 mai-14 juin 1974* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.74.V.8), première partie. Voir également par. 376 a) ci-dessous.

Secrétariat dans un document distinct. En outre, on a largement appuyé la proposition tendant à ce que le Secrétariat élabore un index consacré aux longs travaux préparatoires, qui aiderait le lecteur à suivre la genèse du texte, article par article. En outre, un certain soutien a été apporté à l'idée d'élaborer une documentation qui indiquerait au lecteur des renvois à d'autres dispositions pertinentes de la Convention.

332. De vives réserves ont été exprimées quant à l'opportunité de rédiger une note explicative sur la Convention. On a fait observer que, malgré leur longueur, les Règles de Rotterdam constituaient un texte équilibré et mesuré qui était le fruit de négociations complexes menées au fil de plusieurs années. Il a été dit que ce texte représentait un compromis soigneusement élaboré que les États avaient expressément approuvé lorsque l'Assemblée générale avait adopté le document en décembre 2008. On a exprimé la crainte qu'il pourrait être plus difficile de se faire une idée précise de l'accord particulièrement complexe qui avait conduit à l'adoption du texte si celui-ci était accompagné d'un commentaire détaillé, lequel pourrait involontairement rouvrir le débat concernant certaines questions sur lesquelles il avait été très difficile de s'entendre. On a également estimé que le risque serait encore plus grand s'il s'agissait d'un commentaire officiel sur lequel les États seraient invités à donner leur avis, par exemple dans le contexte d'un groupe de travail. En outre, on s'est demandé si l'élaboration d'un commentaire détaillé, qu'il soit ou non examiné par un groupe de travail, ne risquerait pas involontairement de retarder le processus de ratification, étant entendu que les États attendraient le résultat des discussions. Par ailleurs, il a été dit que, suite à l'adoption de la Convention, son interprétation devrait être laissée à l'appréciation des États et ne devrait pas être influencée par d'autres acteurs. À la lumière des préoccupations exprimées, il a été instamment demandé qu'aucun commentaire, quel qu'il soit, ne soit publié avec le texte. Cet avis a bénéficié d'un soutien.

333. On a fait observer que, si un commentaire officiel détaillé sur le texte n'était peut-être pas opportun, l'élaboration par le Secrétariat d'une note explicative plus générale, sans incidence sur l'interprétation du texte, pourrait contribuer à l'application uniforme de la Convention. En outre, on a estimé qu'une telle note pourrait aider les États, d'une part, à formuler des recommandations à leurs législateurs sur le point de savoir s'il convenait ou non de devenir partie à la Convention et, d'autre part, à appliquer cette dernière. Cet avis a bénéficié d'un soutien.

334. À l'issue du débat, la Commission est convenue que le Secrétariat devrait élaborer une brève note liminaire qui décrirait en termes généraux la genèse de la Convention, sans toutefois aborder les questions de fond ni procéder à une évaluation juridique; cette note pourrait peut-être reprendre dans les grandes lignes le modèle de la note publiée parallèlement à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ("Convention des Nations Unies sur les ventes")⁴¹. Selon un avis, il serait souhaitable que le Secrétariat présente un projet de note liminaire pour que la Commission puisse l'examiner dès sa quarante-troisième session, sous réserve que les ressources pertinentes soient disponibles. Toutefois, compte tenu du fait que cette note avait uniquement pour

⁴¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12. Pour de plus amples informations sur la Convention, voir par. 376 d) ci-dessous.

objet de décrire les dispositions de la Convention et non d'en donner une interprétation, la Commission a décidé qu'il faudrait la publier, sans qu'elle ait besoin de l'examiner, sous forme d'introduction à l'index de l'historique du texte (voir par. 331 ci-dessus) et non sous la forme d'une pièce jointe au texte de la Convention proprement dit.

IX. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique

335. Il a été rappelé qu'en 2004, ayant achevé ses travaux relatifs à un projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, le Groupe de travail IV (Commerce électronique) avait prié le Secrétariat de continuer à suivre diverses questions liées au commerce électronique, notamment les questions liées à la reconnaissance internationale des signatures électroniques, et de publier les résultats de ses recherches en vue de faire des recommandations à la Commission sur le point de savoir s'il serait possible d'entreprendre des travaux dans ces domaines (A/CN.9/571, par. 12).

336. Il a également été rappelé qu'à sa quarantième session, en 2007, la Commission avait prié le Secrétariat de continuer de suivre de près les développements juridiques dans les domaines pertinents afin de faire des suggestions appropriées en temps utile⁴². À sa quarante et unième session, en 2008, elle l'avait en outre prié de s'employer activement, en coopération avec l'Organisation mondiale des douanes (OMD) et avec la participation d'experts, à étudier les aspects juridiques de la mise en place d'un guichet unique international afin d'élaborer un document de référence général, de portée internationale, sur les aspects juridiques de la création et de la gestion d'un guichet unique pour traiter les opérations internationales. Elle avait noté que l'un des avantages de sa participation à un tel projet serait une meilleure coordination des activités entre elle-même, l'OMD et le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques. Elle avait par ailleurs demandé au Secrétariat de lui faire rapport sur les progrès accomplis à cet égard à sa session suivante⁴³.

337. À la session en cours, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/678) rendant compte de l'avancement des travaux relatifs aux considérations d'ordre pratique et aux aspects juridiques de la création et du fonctionnement des guichets uniques. La note présentait en particulier les activités de l'Équipe juridique spéciale conjointe OMD-CNUDCI sur la gestion coordonnée des frontières incorporant le guichet unique international (l'Équipe juridique spéciale conjointe), ainsi que d'autres initiatives régionales dans ce domaine. Elle mentionnait également une proposition concernant l'élaboration d'un document de référence général visant à faciliter la tâche des législateurs et des responsables politiques, en particulier dans les pays en développement, lorsqu'ils traitaient de questions relatives au commerce électronique.

⁴² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 195.

⁴³ *Ibid.*, *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 336 et 338.

338. La Commission avait reçu des États d'autres propositions relatives aux travaux futurs dans le domaine du commerce électronique. L'une d'entre elles prévoyait l'élaboration de normes juridiques sur la transférabilité électronique des droits sur des marchandises en transit ainsi que sur les documents électroniques pour les connaissements, les lettres de crédit, l'assurance et autres échanges et transport de marchandises (A/CN.9/681 et Add.1). Une proposition également formulée dans ce domaine préconisait l'élaboration de règles uniformes pour le transfert ou la négociation électronique de droits ou de documents afin de favoriser la migration des opérations internationales de ce type vers l'environnement électronique; l'approche proposée reposait sur le rôle des registres électroniques et des tiers de confiance dans ces processus (A/CN.9/682). Une troisième proposition visait l'élaboration d'une étude sur les travaux futurs qui pourraient être entrepris sur le sujet du règlement des conflits en ligne dans les opérations de commerce électronique internationales (A/CN.9/681/Add.2).

339. La Commission a entendu une déclaration d'un représentant de l'OMD sur les travaux de l'Équipe juridique spéciale conjointe (voir par. 411 ci-dessous). Elle a également entendu une déclaration de l'Assemblée interparlementaire de la Communauté économique eurasienne sur la structure de cet organisme et ses activités dans le domaine de la législation sur le commerce électronique et des guichets uniques (voir par. 407 à 409 ci-dessous).

340. La Commission a souligné l'importance des travaux menés par l'Équipe juridique spéciale conjointe et, de manière plus générale, des aspects juridiques des guichets uniques pour la facilitation du commerce. On a également noté qu'il était souhaitable que ces travaux visent des résultats pratiques, notamment en impliquant des organismes chargés de les appliquer tels que l'OMD. Après discussion, la Commission a prié le Secrétariat de continuer à participer à l'Équipe juridique spéciale conjointe, de faire régulièrement rapport sur les progrès réalisés et d'organiser une session de Groupe de travail si l'avancement des travaux le justifiait (voir par. 437 c) ci-dessous).

341. La Commission a reconnu l'importance des propositions relatives aux travaux futurs sur les documents transférables électroniques et le règlement des conflits en ligne en vue de promouvoir le commerce électronique, pour les raisons indiquées dans les propositions qui lui avaient été soumises. S'agissant des documents transférables électroniques, on a rappelé, comme il avait déjà été noté à la quarante et unième session, que, les différents documents et droits transférés présentant peu de points communs entre eux, il ne serait pas judicieux que le Groupe de travail entreprenne des travaux dans l'immédiat⁴⁴. Il a été indiqué que des informations supplémentaires étaient par conséquent nécessaires pour évaluer pleinement la portée et le mandat des travaux futurs possibles du Groupe de travail IV sur ces questions.

342. Concernant la proposition relative au règlement des conflits en ligne, il a été proposé que des études plus poussées identifient les différents groupes intéressés par d'éventuelles normes futures, y compris les consommateurs. Il a été noté à cet égard que la diversité des règles de protection des consommateurs rendait l'harmonisation dans ce domaine particulièrement difficile. Des vues divergentes

⁴⁴ Ibid., par. 337.

ont été exprimées sur l'opportunité d'examiner la question de l'exécution des sentences prononcées dans le cadre d'une procédure arbitrale en ligne. Il a été expliqué que des difficultés pratiques surgissaient du fait que les litiges réglés grâce à ces sentences portaient généralement sur de petits montants, en particulier dans les litiges impliquant des consommateurs, et également en raison du coût de l'exécution des sentences au niveau international en vertu des instruments existants.

343. La Commission a prié le Secrétariat d'élaborer des études à partir des propositions formulées dans les documents A/CN.9/681, Add.1 et Add.2 et A/CN.9/682, en vue de réexaminer la question à une session ultérieure. Elle l'a également prié d'organiser des colloques sur ces mêmes questions, si ses ressources le lui permettaient.

344. La Commission a reconnu qu'il était important de fournir l'assistance adéquate aux pays en développement pour combler le fossé numérique et de promouvoir l'adoption d'une législation moderne sur le commerce électronique. Toutefois, elle a considéré qu'elle ne disposait pas d'informations suffisantes pour appuyer la proposition d'élaboration d'un document de référence général visant à faciliter la tâche des législateurs et des responsables politiques. À cet égard, il a été noté que, même si de nombreuses informations avaient déjà été mises à la disposition du public, notamment sur le site Web de la CNUDCI, les études déjà demandées par la Commission au Secrétariat mobilisaient toutes ses capacités dans le futur proche. Il a donc été suggéré que la proposition soit réexaminée ultérieurement, sous réserve de ressources disponibles et à condition de définir plus précisément les questions qui seraient traitées dans ce document.

X. Travaux futurs possibles dans le domaine de la fraude commerciale

345. On a rappelé que la Commission avait examiné le sujet de la fraude commerciale de ses trente-cinquième à quarante et unième sessions, de 2002 à 2008, respectivement⁴⁵. On a également rappelé que, à sa trente-septième session, en 2004, elle était convenue qu'il serait utile d'examiner, le cas échéant, des exemples de fraude commerciale dans le contexte particulier des projets sur lesquels elle travaillait, afin que les représentants participant à ces projets puissent prendre en compte le problème de la fraude dans leurs délibérations. En 2004, elle était convenue également qu'il pourrait être utile d'élaborer des listes de caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques (les "indicateurs de fraude commerciale") pour sensibiliser les acteurs du commerce international et d'autres cibles potentielles des fraudeurs, dans la mesure où elles les aideraient à se protéger et à ne pas devenir victimes de telles pratiques⁴⁶.

⁴⁵ Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17 (A/57/17)*, par. 279 à 290; *ibid.*, *cinquante-huitième session, Supplément n° 17 (A/58/17)*, par. 231 à 241; *ibid.*, *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/59/17)*, par. 108 à 112; *ibid.*, *soixantième session, Supplément n° 17 (A/60/17)*, par. 216 à 220; *ibid.*, *soixante et unième session, Supplément n° 17 (A/61/17)*, par. 211 à 217; *ibid.*, *soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17)*, Part I, par. 196 à 203; et *ibid.*, *soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/63/17)*, par. 339 à 347.

⁴⁶ Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/59/17)*, par. 112.

346. La Commission a également rappelé que, à sa trente-huitième session, en 2005, son attention avait été appelée sur la résolution 2004/26 du Conseil économique et social en date du 21 juillet 2004, en application de laquelle l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (UNODC) avait entamé ses travaux sur la criminalité économique et l'usurpation d'identité. Dans cette même résolution, le Conseil avait recommandé au Secrétaire général de charger l'UNODC d'assurer le secrétariat d'un groupe intergouvernemental d'experts qui aurait pour tâche de réaliser une étude sur la fraude et l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles et d'élaborer, à partir de l'étude, des pratiques, principes directeurs et autres éléments utiles, en consultation avec le secrétariat de la CNUDCI⁴⁷.

347. Il a été rappelé qu'à sa quarante et unième session, en 2008, le Secrétariat avait fait rapport sur ses travaux relatifs aux indicateurs de fraude commerciale⁴⁸ et sur les commentaires reçus des États après que les indicateurs leur eurent été communiqués. Il a également été rappelé qu'à cette session la Commission avait prié le Secrétariat de procéder aux modifications et aux ajouts souhaitables en vue d'améliorer les documents, puis de publier ces derniers dans une note d'information du Secrétariat⁴⁹. La Commission a en outre rappelé qu'à cette même session, il lui avait été rendu compte de la collaboration que le Secrétariat avait engagée avec l'UNODC dans le cadre des travaux menés par ce dernier sur la fraude économique et l'usurpation d'identité et qu'elle avait de nouveau prié le Secrétariat de continuer d'apporter à l'UNODC coopération et assistance dans ses travaux relatifs à la fraude et à la criminalité économique, et de lui rendre compte de tout fait nouveau dans ce domaine⁵⁰.

348. À la session en cours de la Commission, le Secrétariat a indiqué que plusieurs exemples de pratiques frauduleuses qui avaient été mis au jour depuis le début de la crise économique mondiale étaient actuellement ajoutés aux indicateurs, lesquels étaient en train d'être actualisés et préparés en vue de leur publication et diffusion. La Commission a dit qu'elle approuvait et qu'elle continuait de soutenir la publication et la diffusion des indicateurs de fraude commerciale.

349. le Secrétariat a en outre indiqué qu'il avait participé à toutes les réunions du groupe restreint d'experts sur la criminalité liée à l'identité de l'UNODC, qui avait été créé pour examiner les questions de fraude économique et d'usurpation d'identité. Ce groupe avait tenu trois réunions en novembre 2007, juin 2008 et janvier 2009, dont les conclusions avaient été examinées par la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale à sa dix-huitième session (18 avril 2008 et 16 au 24 avril 2009), au titre du point de l'ordre du jour intitulé "La fraude économique et la criminalité liée à l'identité"⁵¹.

350. La Commission a été informée que, à sa dix-huitième session, la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale avait examiné un certain nombre de textes ayant trait à la question de la fraude économique, dont: les rapports des trois premières réunions du groupe restreint d'experts (E/CN.15/2009/CRP.10,

⁴⁷ Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17 (A/60/17)*, par. 217.

⁴⁸ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/63/17)*, par. 339 à 342.

⁴⁹ Ibid., par. 343 et 344.

⁵⁰ Ibid., par. 345 à 347.

⁵¹ Pour le rapport de la session, voir *Documents officiels du Conseil économique et social, 2009, Supplément n° 10 (E/2009/30-E/CN.15/2009/20)*.

E/CN.15/2009/CRP.11 et E/CN.15/2009/CRP.12); un rapport du Secrétaire général sur la coopération internationale pour prévenir, poursuivre et réprimer la fraude économique et la criminalité liée à l'identité et mener des enquêtes sur ces infractions (E/CN.15/2009/2 et Corr.1); une note du Secrétariat dont la section II portait sur la fraude économique et la criminalité liée à l'identité (E/CN.15/2009/15); un document de séance sur les éléments essentiels du droit pénal pour lutter contre la criminalité liée à l'identité (E/CN.15/2009/CRP.9); un document de séance sur les approches juridiques de l'incrimination de l'usurpation d'identité (E/CN.15/2009/CRP.13); et un document de travail sur les questions relatives aux victimes d'infractions liées à l'identité (E/CN.15/2009/CRP.14)⁵².

351. La Commission a été informée qu'à sa dix-huitième session la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale avait abordé deux thèmes susceptibles de présenter un intérêt particulier pour elle: d'une part, la prévention de la criminalité économique et de la criminalité liée à l'identité et la coopération avec le secteur privé dans ce domaine et, d'autre part, la coopération internationale dans la prévention de la fraude économique et de la criminalité liée à l'identité, notamment la sensibilisation au problème et la fourniture d'une assistance technique. Il a été dit à la Commission que les conclusions suivantes, auxquelles était parvenue la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale à l'issue de ses discussions thématiques sur la criminalité économique et la criminalité liée à l'identité, pourraient l'intéresser:

a) On était généralement convenu que, face au caractère de plus en plus transnational de la fraude économique et de la criminalité liée à l'identité, il était indispensable de renforcer les mécanismes de coopération internationale;

b) On avait insisté, entre autres choses, sur la nécessité d'accorder une attention particulière à la protection des victimes de la fraude économique et de la criminalité liée à l'identité, au moyen notamment de programmes de sensibilisation et d'information;

c) La sensibilisation et l'information des victimes potentielles de la fraude et de la criminalité liée à l'identité avaient été considérées comme des éléments déterminants des stratégies de prévention du crime; et

d) Il avait été reconnu que la coopération entre les secteurs public et privé était essentielle pour se faire une idée précise et complète des problèmes que posaient la fraude économique et la criminalité liée à l'identité ainsi que pour adopter et mettre en œuvre des mesures à la fois préventives et répressives face à ces infractions.

352. À sa dix-huitième session, la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale avait recommandé au Conseil économique et social d'adopter⁵³ un projet de résolution dans lequel le Conseil saluait les efforts déployés par l'UNODC pour constituer, en consultation avec la CNUDCI, un groupe restreint d'experts sur la criminalité liée à l'identité et réunir de manière régulière des représentants des gouvernements, des entités du secteur privé, des organisations internationales et régionales et des milieux universitaires pour mettre en commun des données d'expérience, élaborer des stratégies, faciliter la poursuite des travaux de recherche

⁵² Ibid., chap. II.

⁵³ Id., chap. I, B, projet de résolution I.

et convenir de mesures pratiques pour lutter contre la criminalité liée à l'identité. Dans ce projet de résolution, la Commission recommandait également que le Conseil prie l'UNODC de collecter, d'élaborer et de diffuser divers documents et supports, dont on a dit que les plus intéressants pour la CNUDCI étaient les suivants: du matériel de formation technique afin d'améliorer les connaissances techniques et les moyens pour prévenir et combattre la fraude économique et la criminalité liée à l'identité; un recueil de pratiques et de lignes directrices utiles destiné à déterminer l'impact de ces infractions sur les victimes; et un recueil de pratiques exemplaires sur les partenariats public-privé tendant à prévenir la fraude économique et la criminalité liée à l'identité. Enfin, dans ce même projet de résolution l'UNODC était prié de poursuivre ses efforts, en consultation avec la CNUDCI, en vue de promouvoir une compréhension mutuelle et un échange de vues entre les entités des secteurs public et privé sur les questions se rapportant à la fraude économique et à la criminalité liée à l'identité, afin de faciliter la coopération, par la poursuite des travaux du groupe restreint d'experts, et de faire régulièrement rapport à la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale sur les résultats de ses travaux.

353. La Commission a noté que certaines tâches que la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale avait confiées à l'UNODC dans son projet de résolution permettraient dans une large mesure d'intégrer les travaux de la CNUDCI sur les indicateurs de fraude commerciale, en tant qu'outil important de prévention et d'information et en tant qu'élément pouvant s'inscrire dans toute action plus large menée par l'UNODC dans ce domaine. En réponse à une question sur la possibilité que la CNUDCI entreprenne des travaux dans ce domaine, par exemple l'élaboration d'un code de conduite, il a été dit à la Commission que, après approbation du projet de résolution par le Conseil économique et social, le Secrétariat consulterait le secrétariat de l'UNODC sur les possibilités de travaux et de collaboration futurs et ferait rapport à la CNUDCI sur ce point à une session prochaine.

354. La Commission a remercié le Secrétariat pour ses travaux dans le domaine de la fraude commerciale et exprimé le souhait qu'il poursuive ses efforts de coopération et de collaboration avec le secrétariat de l'UNODC dans les travaux que réalisait ce dernier sur la fraude économique et la criminalité liée à l'identité, et qu'il continue à la tenir informée de la situation à ses sessions futures.

355. Une délégation a proposé que les travaux de la Commission dans le domaine de la fraude commerciale soient étendus au domaine de la fraude financière, compte tenu de la situation actuelle et des faits récents observés sur les marchés financiers, qui avaient des incidences transfrontières et internationales. Il a été proposé qu'à l'avenir les travaux consacrés à la fraude financière soient axés sur l'élaboration de nouveaux indicateurs de ce type d'infraction et sur le recensement de mesures de prévention. Il a aussi été proposé que ces travaux comprennent également une étude de mesures permettant de remédier aux conséquences de la fraude financière, l'objectif étant de préserver l'intégrité du marché financier mondial. Parmi les mesures qui pourraient être envisagées à cet égard, on a mentionné la création d'un organe d'arbitrage institutionnel. La Commission a pris note de ces propositions.

XI. Approbation de textes d'autres organisations: Révision 2007 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires publiées par la Chambre de commerce internationale

356. La Chambre de commerce internationale (CCI) a demandé à la Commission d'envisager de recommander l'utilisation, dans le commerce international, de la révision 2007 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires de la CCI (RUU 600), comme elle l'avait fait pour les versions des RUU de 1962, 1974, 1983 et 1993.

357. La Commission a reconnu que les RUU 600, qui visaient à assurer l'uniformité de la pratique du crédit documentaire, étaient des règles contractuelles internationales propres à régir avec efficacité ce type de crédit. Compte tenu des importantes modifications apportées à la précédente version des RUU, la Commission est convenue de recommander l'utilisation des RUU 600 et d'adopter à cette fin la décision suivante:

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

Remerciant la Chambre de commerce internationale de lui avoir communiqué le texte révisé des “Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires”, qui ont été approuvées par la Commission de technique et pratiques bancaires de la Chambre de commerce internationale le 25 octobre 2006, avec effet au 1^{er} juillet 2007,

Félicitant la Chambre de commerce internationale d'avoir apporté une nouvelle contribution à la facilitation du commerce international en mettant à jour ses règles sur la pratique du crédit documentaire pour tenir compte des évolutions survenues dans le système bancaire, les transports et le secteur de l'assurance, ainsi que des nouvelles applications technologiques,

Notant que les “Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires” représentent une précieuse contribution à la facilitation du commerce international,

Recommande l'utilisation de la révision 2007, selon qu'il conviendra, dans les opérations impliquant l'établissement d'un crédit documentaire.”

XII. Suivi de l'application de la Convention de New York

358. La Commission a rappelé qu'à sa vingt-huitième session, en 1995, elle avait approuvé un projet, entrepris conjointement avec le Comité D (aujourd'hui appelé “Comité sur l'arbitrage”) de l'Association internationale du barreau, qui visait à suivre dans la législation l'application de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁵⁴ (la Convention de New York) et à examiner les mécanismes procéduraux que les États avaient adoptés pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales en vertu de cette

⁵⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739. Voir également par. 376 j) ci-dessous.

convention⁵⁵. Un questionnaire avait été distribué aux États afin de déterminer comment la Convention avait été incorporée dans les systèmes juridiques nationaux et comment elle était interprétée et appliquée. L'une des principales questions à examiner dans ce projet était de savoir si les États parties soumettaient la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales à des conditions supplémentaires qui n'étaient pas prévues dans la Convention de New York. Il a aussi été rappelé à la Commission que le Secrétariat lui avait présenté, à sa trente-huitième session, en 2005, un rapport préliminaire qui exposait les questions soulevées par les réponses reçues au questionnaire précité (A/CN.9/585)⁵⁶.

359. À sa session en cours, la Commission a rappelé qu'à sa quarante et unième session, en 2008, elle avait examiné un rapport écrit sur ce projet, qui avait été élaboré à partir des réponses envoyées par 108 États parties à la Convention (A/CN.9/656 et Add.1) et qui couvrait la mise en œuvre de la Convention de New York par les États, son interprétation et son application, ainsi que les conditions et les procédures prévues par les États pour l'exécution des sentences en vertu de la Convention. La Commission avait accueilli favorablement les recommandations et les conclusions du rapport, notant qu'elles mettaient en évidence les domaines où des travaux supplémentaires pourraient s'avérer nécessaires pour renforcer l'interprétation uniforme et l'application effective de la Convention de New York. D'une manière générale, elle avait été d'avis que ce projet devrait aboutir à l'élaboration d'un guide pour l'incorporation de la Convention de New York afin de promouvoir une interprétation et une application uniformes du texte de façon à éviter les incertitudes de sa mise en œuvre imparfaite ou partielle et à réduire le risque de voir la pratique des États s'écarter de l'esprit de la Convention. Elle avait demandé au Secrétariat d'étudier la possibilité d'élaborer un tel guide. Elle lui avait également demandé de publier les informations recueillies au cours du projet sur le site Web de la CNUDCI, dans la langue dans laquelle elles avaient été reçues. Elle était en outre convenue que, si les ressources le permettaient, les activités du Secrétariat dans le contexte de son programme d'assistance technique pourraient, à toutes fins utiles, comprendre la diffusion d'informations sur l'interprétation judiciaire de la Convention de New York, ce qui pourrait utilement compléter d'autres activités en faveur de la Convention⁵⁷.

360. À sa session en cours, la Commission a entendu un rapport oral sur ce projet. Elle a noté qu'il était prévu d'élaborer la version préliminaire d'un guide pour l'incorporation de la Convention de New York et que les informations recueillies au cours du projet, sous réserve que l'exactitude en soit confirmée, seraient publiées sur son site Web. Elle a instamment prié les États de communiquer au Secrétariat des renseignements sur la manière dont ils mettaient en œuvre la Convention pour faire en sorte que les informations publiées sur le site soient actualisées. Elle a noté que les commentaires reçus des États concernant l'impact sur leur droit de la recommandation qu'elle avait adoptée à sa trente-neuvième session, en 2006, au sujet de l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention⁵⁸ seraient également publiés dans le cadre du projet.

⁵⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 401 à 404.

⁵⁶ *Ibid.*, *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 188 à 191.

⁵⁷ *Ibid.*, *soixantième-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 353 à 360.

⁵⁸ *Ibid.*, *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), annexe II.

On a constaté que, dans l'ensemble, les États étaient favorables à la recommandation comme moyen de promouvoir une interprétation uniforme et souple, dans différents pays, de l'exigence de l'écrit pour les conventions d'arbitrage énoncée au paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York. La Commission a fait observer que les activités d'assistance technique seraient conçues et exécutées en coordination avec d'autres organisations internationales pour prendre en compte les questions spécifiques recensées au cours de l'exécution du projet. Elle est convenue qu'un exposé plus concret sur les progrès accomplis dans le cadre du projet concernant la mise en œuvre de la Convention devrait être présenté lors d'une future session.

361. La Commission a rappelé que la Commission d'arbitrage de la CCI avait créé une équipe spéciale chargée d'examiner, dans chaque pays, les règles de procédure nationales pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Elle a remercié la Commission d'arbitrage et félicité le Secrétariat d'avoir maintenu une collaboration étroite entre les deux institutions. Il a été noté que l'Association internationale du barreau, à sa réunion annuelle de 2008, avait invité un représentant de la CNUDCI et un représentant de la Commission d'arbitrage de la CCI à exposer leurs projets respectifs. Compte tenu des caractéristiques communes aux travaux de la Commission et de la CCI en matière de promotion de la Convention de New York, la Commission a exprimé le souhait que d'autres occasions de travail conjoint soient trouvées dans le futur. Le Secrétariat a été encouragé à développer de nouvelles initiatives à cet égard.

XIII. Assistance et coopération techniques

A. Activités de coopération et d'assistance techniques

362. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/675 et Add.1) décrivant les activités de coopération et d'assistance techniques entreprises après la date de la note sur ce sujet qui lui avait été soumise à sa quarante et unième session, en 2008 (A/CN.9/652). Elle a souligné l'importance de cette coopération technique et exprimé sa satisfaction quant aux activités du Secrétariat qui étaient mentionnées dans le document A/CN.9/675, aux paragraphes 8 à 31. Il a été souligné que l'assistance technique dans le domaine législatif, en particulier à l'intention des pays en développement, était une activité qui n'avait pas moins d'importance que l'élaboration de règles uniformes. Pour cette raison, le Secrétariat a été encouragé à continuer de fournir une telle assistance dans la mesure la plus large possible et à améliorer l'ouverture vers les pays en développement en particulier.

363. L'organisation d'activités d'assistance et de coopération techniques sur une base régionale a été appuyée comme étant particulièrement utile. La Commission a prié le Secrétariat d'explorer la possibilité d'établir une présence dans des régions ou des pays déterminés, par exemple en ayant du personnel spécialisé dans les bureaux extérieurs des Nations Unies, en collaborant avec les bureaux extérieurs existants ou en créant des bureaux de pays de la CNUDCI. Outre l'assistance technique concernant l'utilisation et l'adoption des textes de la CNUDCI, il a également été souligné que de nombreux pays avaient des difficultés à maintenir une présence durable au sein de la Commission et de ses groupes de travail et qu'ils pourraient avoir besoin d'une assistance pour se préparer et participer aux travaux

de ces organes, en particulier lorsque les questions examinées étaient hautement techniques, l'objectif étant qu'ils puissent acquérir les moyens de participer efficacement aux activités pertinentes. On a dit qu'il pourrait aussi être utile de mettre en place des canaux d'information pour faciliter le suivi en continu des travaux qui étaient effectués.

364. La Commission a noté qu'elle ne pourrait continuer à participer aux activités de coopération et d'assistance techniques pour répondre aux demandes des États et des organisations régionales que si elle disposait de fonds pour couvrir les dépenses y afférentes. Elle a fait observer en particulier que, malgré les efforts déployés par le Secrétariat pour obtenir de nouveaux dons, les ressources financières disponibles dans le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI étaient très limitées. Les demandes d'activités d'assistance technique devaient donc être examinées très soigneusement et le nombre de ces activités limité. La Commission a prié le Secrétariat d'explorer les possibilités d'utiliser les ressources extrabudgétaires d'une manière similaire à celle adoptée par l'UNODC en matière d'assistance technique, et noté qu'elle devrait avoir à sa disposition les moyens nécessaires pour mener des activités de coopération et d'assistance techniques.

365. La Commission a appelé tous les États à aider le Secrétariat à identifier les sources de financement disponibles, à l'échelle nationale ou au sein de leurs organisations, qui pourraient être des partenaires de la CNUDCI pour appuyer les activités de coopération et d'assistance techniques destinées à promouvoir l'utilisation et l'adoption des textes de cette dernière, ainsi qu'une plus grande participation à leur élaboration.

366. La Commission a également appelé de nouveau tous les États, les organisations internationales et les autres organismes intéressés à envisager de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI, si possible sous la forme de contributions pluriannuelles ou de contributions à des fins spéciales, afin de faciliter la planification et de permettre au Secrétariat de répondre à la demande croissante d'activités de coopération et d'assistance techniques émanant de pays en développement et de pays à économie en transition. Elle a remercié le Cameroun, le Mexique et Singapour d'avoir contribué au Fonds depuis la quarante et unième session et les organisations qui avaient contribué à son programme en fournissant des fonds ou en accueillant des séminaires. Elle a également remercié la France, qui avait financé le détachement d'un administrateur auxiliaire auprès du Secrétariat.

367. La Commission a appelé les organismes du système des Nations Unies, les organisations, les institutions et les particuliers intéressés à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale créé pour aider les pays en développement membres à financer leurs frais de voyage. Elle a remercié l'Autriche, qui avait contribué au Fonds d'affectation spéciale et ainsi permis d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI.

B. Appui à l'interprétation uniforme des textes de la CNUDCI

368. La Commission a noté avec satisfaction le travail continu dans le cadre du système établi pour la collecte et la diffusion de la jurisprudence concernant les

textes de la CNUDCI (CLOUT). À la date du 8 avril 2009, 83 numéros du Recueil de jurisprudence, rendant compte de 851 affaires, liées principalement à la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, et comprenant quelques affaires sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, avaient été préparés en vue de publication.

369. Il a été largement convenu que le Recueil de jurisprudence continuait d'être un outil important pour la promotion d'une plus large utilisation et d'une meilleure compréhension des normes juridiques élaborées par la CNUDCI. Il a été estimé aussi que l'amélioration du Recueil pour la diffusion de la jurisprudence et d'autres documents juridiques dans les six langues officielles de l'ONU était fondamentale pour une interprétation et une application plus uniformes des textes de la CNUDCI et qu'elle devrait avoir un caractère prioritaire, parallèlement à l'assistance technique pour la réforme du droit entreprise par la CNUDCI.

370. La Commission a exprimé sa reconnaissance aux correspondants nationaux et aux autres collaborateurs pour avoir contribué au développement du Recueil de jurisprudence. Elle a également noté la nécessité d'un système de collecte qui soit durable et capable de s'adapter à l'évolution des circonstances. Elle est convenue que les États qui avaient désigné des correspondants nationaux devraient être priés de reconfirmer cette désignation tous les cinq ans, pour permettre aux correspondants qui le souhaitaient de rester activement impliqués dans la poursuite de leurs travaux et donner l'occasion à de nouveaux correspondants de rejoindre le réseau. Afin de faciliter l'application de cette disposition, le mandat des correspondants nationaux actuels viendrait à expiration en 2012 et il serait demandé aux États de reconfirmer la désignation de leurs correspondants nationaux cette année-là, puis tous les cinq ans. Le Secrétariat a été prié de mettre à jour le guide de l'utilisateur (voir A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.1) pour tenir compte de ces changements.

371. La Commission a noté la nécessité d'améliorer le degré de complétude de la collection de jurisprudence tant des pays qui participaient déjà au Recueil de jurisprudence que des pays qui étaient actuellement sous-représentés. Elle a demandé au Secrétariat d'utiliser toutes les sources d'information disponibles, propres à compléter les informations fournies par les correspondants nationaux. Le Secrétariat a été prié de mener cette tâche en collaboration avec les correspondants nationaux là où ils étaient désignés.

372. La Commission a noté que le Recueil de jurisprudence ne pourrait continuer à fournir des informations significatives que si le système était tenu à jour et développé régulièrement. Elle a noté aussi que ces activités consommaient beaucoup de ressources et que le Secrétariat utilisait au maximum celles dont il disposait pour assurer la coordination du système. Elle a appelé tous les États à aider le Secrétariat à chercher des fonds disponibles au niveau national pour assurer la coordination et le développement du Recueil de jurisprudence.

373. La Commission a noté que le Recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes avait été publié et que la préparation d'une édition révisée pour publication éventuelle en 2010 avait commencé. Il a également été noté qu'un bulletin trimestriel et une brochure d'information avaient

été mis au point pour faciliter la diffusion d'informations sur le Recueil de jurisprudence.

C. Bibliothèque et ressources en ligne

374. La Commission a également pris note des derniers développements concernant son site Web (www.uncitral.org); elle a souligné son importance en tant qu'élément du programme d'activités d'information et d'assistance technique, s'est félicitée qu'il soit accessible dans les six langues officielles de l'ONU et a encouragé le Secrétariat à continuer de le tenir à jour et de l'améliorer conformément aux directives en vigueur. On a noté avec une satisfaction particulière que, depuis la tenue de la quarante et unième session de la Commission, le site Web avait reçu plus d'un million de visites. On s'est félicité du suivi des nouvelles et informations traitant des activités de la CNUDCI et de leur disponibilité sur le site Web.

375. La Commission a pris note avec satisfaction des faits nouveaux concernant sa Bibliothèque de droit, notamment ceux qui avaient trait au développement des ressources en ligne et des matériaux audiovisuels. Elle a également pris note des éléments récents concernant ses publications, dont la note du Secrétariat contenant la bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI (A/CN.9/673) et la disponibilité de mises à jour en ligne du document annuel.

XIV. État et promotion des textes de la CNUDCI

376. La Commission a examiné l'état des conventions et des lois types issues de ses travaux ainsi que l'état de la Convention de New York en se fondant sur une note du Secrétariat (A/CN.9/674) et sur des informations actualisées disponibles sur son site Web. Elle a pris acte avec satisfaction des informations communiquées depuis sa quarante et unième session sur les instruments déposés et les législations adoptées concernant les textes ci-après:

a) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1974 (New York)⁵⁹ [non modifiée] (dépôt d'un instrument par la Belgique; nombre d'États parties: 28);

b) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, telle que modifiée, 1980 (New York)⁶⁰ (dépôt d'un instrument par la Belgique; nombre d'États parties: 20);

c) Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)⁶¹ (nombre d'États parties: 34);

d) Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 1980 (Vienne)⁶² (dépôt d'un instrument par l'Albanie, l'Arménie, le Japon et le Liban; nombre d'États parties: 74);

⁵⁹ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels, New York, 20 mai-14 juin 1974* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.74.V.8), première partie.

⁶⁰ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.13.

⁶¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.14.

e) Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, 1988 (New York)⁶³ (La Convention compte 5 dépôts d'instrument; 10 dépôts sont requis pour qu'elle entre en vigueur);

f) Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, 1991 (Vienne)⁶⁴ (La Convention compte quatre dépôts d'instrument; cinq dépôts sont requis pour qu'elle entre en vigueur);

g) Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, 1995 (New York)⁶⁵ (nombre d'États parties: 8);

h) Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, 2001 (New York)⁶⁶ (La Convention compte un dépôt d'instrument; cinq dépôts sont requis pour qu'elle entre en vigueur);

i) Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, 2005 (New York)⁶⁷ (Trois dépôts d'instrument sont requis pour qu'elle entre en vigueur);

j) Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 1958 (New York)⁶⁸ (dépôt d'un instrument par les îles Cook et le Rwanda; nombre d'États parties: 144);

k) Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985, modifiée en 2006)⁶⁹ (adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type: Honduras (2000), République dominicaine (2008), ex-République yougoslave de Macédoine (2006) et Serbie (2006); adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type modifiée en 2006: Maurice (2008), Nouvelle-Zélande (2007), Pérou (2008) et Slovénie (2008));

l) Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)⁷⁰;

m) Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994)⁷¹ (adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type: Bangladesh, Ghana, Guyana, Madagascar, Népal, Rwanda et Zambie);

n) Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)⁷² (adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type: Brunei Darussalam (2000), Cap-Vert (2003) et Guatemala (2008));

⁶² Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12.

⁶³ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.16.

⁶⁴ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, Vienne, 2-19 avril 1991* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.XI.3), première partie, document A/CONF.152/13, annexe.

⁶⁵ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.V.12.

⁶⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14.

⁶⁷ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2.

⁶⁸ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

⁶⁹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.08.V.4.

⁷⁰ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.11.

⁷¹ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.13.

⁷² Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.

o) Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997)⁷³ (adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type: Maurice (2009) et Slovénie (2008));

p) Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)⁷⁴ (adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type: Cap-Vert (2003) et Guatemala (2008); adoption d'une loi s'inspirant des principes sur lesquels est fondée la Loi type: Costa Rica (2005));

q) Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)⁷⁵ (adoption d'une loi s'inspirant de la Loi type et des principes sur lesquels elle repose par les États des États-Unis d'Amérique suivants: Dakota du Sud, Idaho, Utah et Vermont ainsi que District de Columbia).

377. S'agissant des lois types et des guides législatifs, la Commission a noté que l'utilisation qui en était faite dans les travaux législatifs des États et des organisations intergouvernementales et l'influence qu'ils exerçaient sur ces travaux étaient sensiblement plus importantes que ne le laissaient entendre les informations limitées communiquées au Secrétariat et reproduites dans la note susmentionnée.

378. La Commission a été informée et a noté avec satisfaction qu'un certain nombre d'États avaient adopté des lois qui leur permettraient de devenir parties à la Convention des Nations Unies sur les ventes et à la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux⁷⁶, et que les instruments exprimant leur consentement à être liés seraient déposés auprès du Secrétaire général en temps voulu.

XV. Méthodes de travail de la CNUDCI

379. La Commission a rappelé que, à la première partie de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007), elle était saisie d'un document renfermant les observations et propositions du Gouvernement français sur ses méthodes de travail (A/CN.9/635) et avait procédé à un échange de vues préliminaire sur ces observations et propositions. Elle était convenue, à cette session, que la question des méthodes de travail ferait l'objet d'un point spécifique de son ordre du jour à la reprise de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007). Pour faciliter les consultations informelles entre tous les États intéressés, le Secrétariat avait été prié de préparer une compilation des règles de procédure et des pratiques établies par la CNUDCI elle-même ou par l'Assemblée générale dans ses résolutions concernant les travaux de la Commission. Le Secrétariat avait également été prié de faire le nécessaire, en fonction des ressources disponibles, pour que les représentants de tous les États intéressés se réunissent la veille de l'ouverture de la reprise de la quarantième session de la Commission et, si possible, pendant la reprise de la session⁷⁷.

⁷³ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.3.

⁷⁴ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8.

⁷⁵ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.4.

⁷⁶ Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.02.

⁷⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 234 à 241.

380. La Commission a également rappelé que, à la reprise de sa quarantième session, elle avait examiné la question des méthodes de travail en se fondant sur les observations et les propositions du Gouvernement français (A/CN.9/635), les observations des États-Unis (A/CN.9/639) et la note que le Secrétariat avait été prié de rédiger sur le Règlement intérieur et les méthodes de travail de la CNUDCI (A/CN.9/638 et Add.1 à 6). La Commission avait été informée que, le 7 décembre 2007, les représentants de tous les États intéressés avaient tenu des consultations informelles sur son Règlement intérieur et ses méthodes de travail. À cette session, la Commission était convenue que tout examen futur devrait être fondé sur les délibérations antérieures sur le sujet au sein de la Commission, les observations de la France et des États-Unis (A/CN.9/635 et A/CN.9/639) et la note du Secrétariat (A/CN.9/638 et Add.1 à 6), dont on considérait qu'elle donnait un aperçu historique particulièrement important de l'établissement et de l'évolution du Règlement intérieur et des méthodes de travail de la CNUDCI. La Commission était également convenue que le Secrétariat devrait être chargé de préparer, à partir des informations pertinentes présentées dans sa précédente note (A/CN.9/638 et Add.1 à 6), un document de travail décrivant les pratiques actuelles de la Commission s'agissant de l'application du Règlement intérieur et des méthodes de travail, en particulier en ce qui concernait la prise de décisions et la participation d'entités non étatiques à ses travaux. Ce document de travail servirait de base aux futures délibérations sur la question au sein de la Commission, dans un cadre formel ou informel. Il était entendu que le Secrétariat indiquerait au besoin ses observations sur le Règlement intérieur et les méthodes de travail pour examen par la Commission. Celle-ci était en outre convenue que le Secrétariat devrait distribuer le document de travail à tous les États pour commentaires et regrouper ensuite tous les commentaires qu'il pourrait recevoir, que des consultations informelles entre tous les États intéressés pourraient se tenir, si possible, avant sa quarante et unième session et que le document de travail pourrait être examiné dès sa quarante et unième session, si elle en avait le temps⁷⁸.

381. La Commission a également rappelé que, à sa quarante et unième session, en 2008, elle était saisie d'une note du Secrétariat décrivant ses pratiques actuelles en ce qui concernait la prise de décisions, le statut d'observateur auprès de la CNUDCI et les travaux préparatoires entrepris par le Secrétariat (A/CN.9/653). À cette même session, elle était également saisie d'une note du Secrétariat regroupant les commentaires sur la note A/CN.9/653 reçus avant la session (A/CN.9/660 et Add.1 à 5). Elle avait prié le Secrétariat d'établir un premier projet de document de référence, à partir de sa note (A/CN.9/653), à l'intention des présidents, représentants et observateurs, ainsi que du Secrétariat lui-même. Il était entendu que ce document de référence devrait présenter un caractère un peu plus normatif que la note (A/CN.9/653). Si le terme "guide" avait le plus souvent été employé pour décrire le futur document de référence, aucune décision sur sa forme définitive n'avait été prise. Le Secrétariat avait été prié de distribuer le projet de document de référence aux États et aux organisations internationales intéressées pour commentaires ainsi que de regrouper ces commentaires pour que la Commission les examine à sa quarante-deuxième session. Sans préjudice des autres formes de consultation, la Commission avait décidé qu'au début de sa quarante-deuxième session deux jours seraient réservés à la tenue de réunions informelles, avec

⁷⁸ Ibid., Part II, par. 101 à 107.

interprétation dans les six langues officielles de l'ONU, pour examiner le projet de document de référence⁷⁹.

382. À sa session en cours, la Commission était saisie d'une note du Secrétariat contenant un premier projet de document de référence (A/CN.9/676). Il lui a été fait savoir que, comme elle l'avait demandé à sa quarante et unième session, ce document avait été distribué aux États et aux organisations internationales intéressées pour commentaires, et que les commentaires reçus par le Secrétariat avaient été regroupés dans le document A/CN.9/676/Add.1 à 9. La Commission était également saisie d'une proposition de la France (A/CN.9/680) visant à modifier le document de référence (A/CN.9/676). Comme elle l'avait également demandé à sa quarante et unième session, la Commission a consacré les deux premiers jours de sa session aux consultations informelles sur la question des méthodes de travail.

383. La Commission s'est félicitée des documents et elle est convenue, d'une manière générale, qu'ils constituaient une base solide pour formuler un ensemble de principes directeurs qui serviraient de référence aux présidents, aux représentants et à son secrétariat. La discussion qui a suivi était fondée sur le document A/CN.9/676.

384. La Commission a noté que les paragraphes 1 à 14 et 37 à 43 du document A/CN.9/676 avaient été examinés lors des consultations informelles. À l'issue de ces consultations, des modifications susceptibles d'être apportées aux paragraphes 11, 12 et 14 avaient été communiquées à la Commission pour examen.

385. Il avait été proposé que le paragraphe 11 soit révisé comme suit:

“11. Le consensus n'a pas de définition établie aux Nations Unies. Dans la pratique toutefois, il s'entend généralement de l'adoption d'une décision sans objection formelle et sans vote, ce qui implique l'absence d'opposition formelle à ce qu'il en soit pris acte mais n'exclut pas la possibilité de réserves de la part de certaines délégations sur le fond ou sur certains aspects de la question en jeu. La constatation d'un consensus n'implique pas nécessairement qu'il y a unanimité, c'est-à-dire accord complet sur le fond et, par voie de conséquence, absence de réserves¹². Le 'consensus' devrait donc être distingué de l'unanimité, qui renvoie à une décision prise par vote, sans aucun vote négatif mais tenant compte des abstentions. Il arrive souvent, dans la pratique des Nations Unies, que les États fassent des déclarations ou forment des réserves sur la question en jeu mais ils ne s'opposent pas pour autant à ce qu'il soit pris acte de l'existence d'un consensus¹³, qui comprend une décision prise 'sans vote'.

¹² Voir l'avis juridique dans l'Annuaire juridique des Nations Unies, 1987 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.96.V.6), p. 221 et 222, sous le point 5.

¹³ Ibid. L'avis juridique de 1987 est reproduit dans une note du Secrétariat publiée sous la cote A/CN.9/638/Add.4, par. 22. Les paragraphes 16 à 24 de la note précisent le sens de la notion de 'consensus' dans la pratique de l'Organisation des Nations Unies. Certains organes distinguent entre 'consensus' et 'décision sans vote'. Le terme 'consensus' est employé simplement pour décrire une situation où les délégations en désaccord avec une décision n'ont pas insisté sur ce désaccord au point d'empêcher toute 'décision par

⁷⁹ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/63/17)*, par. 373 à 381.

consensus'. Dans ce cas, ces délégations auraient pu, bien entendu, exprimer leur désaccord et, si elles le souhaitent, faire consigner leurs vues dans le procès-verbal. Lorsque des délégations ne souhaitent pas être étroitement associées à la décision, elles demandent parfois qu'il soit consigné que la décision a été prise 'sans vote'. Une telle décision aurait une apparence moins catégorique et, pourrait-on dire, ne représente pas un 'consensus' dans sa forme la plus authentique. D'autres organes emploient indifféremment les termes 'par consensus', 'sans vote' ou 'par assentiment général'. En tout état de cause, ainsi qu'il est noté dans l'avis juridique de 1987, 'le poids juridique d'une décision ne dépend pas des conditions de son adoption. Une décision a, de par son adoption, le poids d'une décision régulièrement adoptée'."

386. Il a été généralement admis que la révision proposée tenait pleinement compte des débats qui s'étaient déroulés pendant la consultation informelle. Toutefois, on s'est inquiété du point de savoir si un tel paragraphe, qui décrivait la pratique du consensus à l'échelle de l'Organisation des Nations Unies dans son ensemble et qui donc intéressait des organismes des Nations Unies autres que la Commission, pourrait former partie intégrante d'un document établi par cette dernière. La Commission a pris note de ces réserves. Après un débat, elle a estimé que le paragraphe 11 tel que reproduit au paragraphe 385 du présent rapport était dans l'ensemble acceptable.

387. La Commission a jugé que le texte ci-après du paragraphe 12, qui avait été révisé par souci de cohérence avec le libellé du paragraphe 11, était dans l'ensemble acceptable:

"12. Au sein de la Commission, le consensus peut refléter un accord complet sur le fond et, par voie de conséquence, l'absence de réserves. Il peut aussi être fondé sur l'"avis l'emportant largement', notion souple qui ne renvoie pas à un mode prédéfini de calcul et se caractérise par une forte majorité d'opinions et l'absence d'objection formelle et de vote. Les délégations peuvent demander qu'il soit consigné que la décision a été prise sans vote."

388. Bien qu'un certain soutien ait été apporté à la proposition tendant à supprimer la dernière phrase ou à la transférer à la section 3 sur le vote, il a été décidé qu'il fallait la conserver dans le paragraphe 12.

389. La Commission a souligné que le rôle de la présidence consistait notamment à faire avancer les négociations, à faciliter le consensus et à déterminer l'existence et la nature exacte de celui-ci. À l'issue d'un débat, elle a estimé qu'un texte pour le chapeau du paragraphe 14 libellé comme suit serait dans l'ensemble acceptable, sous réserve d'une éventuelle amélioration d'ordre rédactionnel dont le Secrétariat a été chargé en vue d'un examen lors d'une prochaine session (la teneur de la note de bas de page n'a pas été examinée):

"14. La présidence joue un rôle important pour ce qui est de favoriser un consensus et d'en déterminer l'existence et la nature exacte¹⁵. Elle devrait s'attacher à faire avancer les négociations afin qu'il soit possible de parvenir à une solution largement acceptable. Dans la pratique, lorsque la présidence annonce qu'elle croit comprendre que la Commission souhaite adopter une décision par consensus, les scénarios suivants sont possibles:

¹⁵ Il convient de noter que la présidence, dans l'exercice de ses fonctions, demeure sous l'autorité de la Commission (article 107 du Règlement intérieur de l'Assemblée générale), qui peut rejeter ses décisions à la majorité des membres présents et votants (article 125 du Règlement intérieur précité). Il est donc recommandé, en règle générale, que la présidence s'enquière du point de vue des États membres de la Commission avant d'annoncer ses décisions."

390. On a estimé qu'une délégation qui formulait une objection devait être tenue de présenter de nouvelles solutions. Cette proposition n'a pas été appuyée.

391. La Commission a estimé que le texte ci-après du paragraphe 14 a) était dans l'ensemble acceptable:

"a) Si cette annonce est accueillie par le silence, ou par un appui implicite ou explicite, la présidence peut déclarer que la décision est adoptée par consensus;"

392. La Commission n'a pas eu le temps de mener à terme ses délibérations sur le paragraphe 14 b). Le texte ci-après, qui n'avait pas fait l'objet d'un consensus au sein de la Commission, a été proposé aux fins d'un examen ultérieur:

"b) Si un État membre de la Commission s'oppose à ce qu'il soit consigné que la décision a été adoptée par consensus, la présidence invite la délégation qui formule l'objection à motiver celle-ci. Elle se doit généralement de trouver un moyen consensuel de sortir d'une situation de blocage. Si après avoir déployé tous les efforts possibles une solution ne peut être trouvée, la présidence peut vouloir, à ce stade, expliquer [à cette délégation] que l'objection formelle d'une délégation à l'adoption d'une décision par consensus [n'a pas d'effet semblable à un veto mais doit être traitée comme une demande implicite de vote formel] [peut donner lieu à un vote]. Elle peut alors souhaiter demander à la délégation concernée de confirmer son intention. Si l'objection formelle est maintenue, elle peut procéder au vote formel (voir la section 3 ci-dessous)."

393. S'agissant de la première phrase, on a estimé que le droit de s'opposer à ce qu'il soit consigné qu'une décision avait été adoptée par consensus devait aussi pouvoir être exercé par les États non membres. Il a été rappelé que la principale différence entre les États membres et les États non membres de la Commission résidait dans le droit de vote. On a émis l'avis que, hormis le droit de vote, les États observateurs devaient jouir de tous les droits dont les États membres bénéficiaient, conformément à la pratique établie au fil des ans depuis la création de la Commission et aux objectifs de cette dernière qui étaient d'assurer l'agrément universel de ses normes et la plus large participation possible d'États. Selon un avis divergent, seuls les États membres de la Commission devaient avoir le droit d'opposer une objection formelle à un consensus.

394. S'agissant de la troisième phrase de l'alinéa b), on s'est inquiété de l'emploi du mot "veto" dans la première variante entre crochets. Le Secrétariat a été prié de chercher une autre formule pour rendre compte de l'impossibilité d'adopter une décision lorsqu'un État maintenait une objection formelle. On a estimé qu'une objection formelle et une demande de vote étaient des initiatives indépendantes et

que la première ne devait pas être traitée comme une demande implicite de vote. C'était pour cette raison que la deuxième variante entre crochets était proposée.

395. Il a été suggéré que le texte précise les différentes intentions que pourrait avoir la délégation qui formulait une objection, à savoir notamment demander que la décision soit consignée comme une décision prise sans vote ou demander un vote. Cependant, on a fait observer que le guide devrait aider la présidence à traiter de la question du processus décisionnel dans la situation bien précise où une délégation formulait une objection essayait de maintenir celle-ci après une longue phase de négociations sans demander un vote, et cherchait par là même à prolonger indéfiniment les négociations. Il a été noté que la dernière phrase avait pour but de remédier à une telle difficulté. La Commission n'a pas arrêté sa décision sur ce point et les débats ont été ajournés.

396. On a estimé, à la lumière de l'examen de la version révisée des paragraphes 12 et 14 b) ci-dessus, que le paragraphe 13 du document A/CN.9/676 devrait également être remanié.

397. Les versions révisées des alinéas c) à e) du paragraphe 14 et des paragraphes 37, 39, 41 et 43, qui avaient été établies par le Secrétariat mais que la Commission n'a pu examiner faute de temps, se lisaient comme suit:

“14. c) Si une délégation annonce qu'elle ne participe pas au processus décisionnel mais ne s'oppose pas à ce que la présidence déclare la décision adoptée par consensus, cette dernière peut faire une déclaration à cet effet et tout se passe en fait comme si la délégation en question avait été absente au moment où la décision a été prise¹⁶;

d) Les délégations qui n'indiquent pas *expressis verbis* qu'elles ne participent pas au consensus doivent être considérées comme s'y étant associées¹⁷;

e) Les États non membres de la Commission et les organisations dotées du statut d'observateur peuvent participer à l'effort collectif pour parvenir à un texte généralement acceptable¹⁸. Ils ne sont toutefois pas autorisés à soulever d'objection formelle à ce qu'une décision soit consignée comme ayant été adoptée par consensus.

37. Le secrétariat est libre de déterminer ses méthodes de travail⁴⁰.

39. Le secrétariat peut avoir recours à l'aide d'experts extérieurs de différentes traditions juridiques et de différents milieux, tels que fonctionnaires, universitaires, avocats en exercice, juges, banquiers, arbitres ou autres experts de la question et membres de diverses organisations internationales, régionales et professionnelles⁴².

41. Lorsque le secrétariat décide de convoquer une réunion d'experts, les informations sur cette réunion (les dates et le format de la réunion, la ou les questions devant y être examinées et les participants invités) sont communiquées aux États dans la mesure où cela est compatible avec les articles 100 et 101 de la Charte des Nations Unies. Les conférences et les colloques organisés font l'objet d'une large publicité, notamment par la publication d'informations les concernant sur le site Web de la CNUDCI.

43. Comme l'a démontré la pratique jusqu'à présent, l'utilisation d'une seule langue de travail lors des réunions d'experts convoquées par le secrétariat de la CNUDCI n'a pas gêné, mais plutôt facilité le processus de consultation pendant ces réunions. Néanmoins, le secrétariat de la CNUDCI est résolu de s'efforcer, si ses ressources le lui permettent, de fournir à ces réunions des services de traduction et d'interprétation dans l'autre langue de travail du Secrétariat, en fonction de ses besoins et des besoins des participants. En outre ou alternativement, selon les cas, le Secrétariat peut juger nécessaire, dans certaines circonstances, que des services de traduction et/ou d'interprétation soient proposés à ces réunions dans une autre langue officielle de l'Organisation des Nations Unies (par exemple, lorsqu'il est nécessaire de faire appel à des experts de certains pays ou régions, qui ne sont ni anglophones ni francophones mais qui peuvent s'exprimer dans une autre langue officielle de l'ONU). Lorsqu'il demande que les réunions d'experts bénéficient de services de traduction et d'interprétation, le secrétariat doit tenir compte du fait qu'ils ne peuvent être fournis qu'en fonction des disponibilités, attendu que les réunions intergouvernementales, formelles ou informelles, en bénéficient en priorité.

¹⁶ Tiré du libellé de l'avis juridique dans l'Annuaire juridique des Nations Unies, 1987 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.96.V.6), p. 221 et 222, sous le point 5.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

⁴⁰ Il est rappelé qu'aux termes de l'article 100 de la Charte des Nations Unies le personnel du Secrétariat, dans l'accomplissement de ses devoirs, ne sollicite ni n'accepte d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune autorité extérieure à l'Organisation. Chaque Membre de l'Organisation s'engage à respecter le caractère exclusivement international des fonctions du personnel du Secrétariat et à ne pas chercher à l'influencer dans l'exécution de sa tâche. Il est aussi rappelé qu'aux termes de l'article 101-3 de la Charte la considération dominante dans le recrutement du personnel est la nécessité d'assurer les services de personnes possédant les plus hautes qualités de travail, de compétence et d'intégrité.

⁴² Dès les premières années, la Commission envisageait déjà que son secrétariat tiendrait des consultations avec les organes et organisations concernés selon qu'il conviendrait aux différentes phases des travaux. En particulier, elle envisageait que des études et d'autres documents préparatoires seraient rédigés par le secrétariat avec l'aide d'experts si nécessaire, dans les limites budgétaires autorisées. La Commission est convenue que le budget et les estimations prévisionnelles établis par le secrétariat pour les années suivantes devraient tenir compte de la nécessité d'obtenir les services de consultants ou d'organisations ayant des compétences spéciales dans les matières traitées par elle pour lui permettre d'exécuter ses tâches. Voir par exemple A/8017, par. 219 à 221."

XVI. Coordination et coopération

A. Généralités

398. Le secrétariat a présenté à la Commission un rapport oral rendant brièvement compte des travaux des organisations internationales dans le domaine de l'harmonisation du droit commercial international. La Commission a rappelé qu'à sa

quarante et unième session, en 2008, le Secrétariat avait proposé que son rapport annuel général sur les activités en cours des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international ainsi que sa série de rapports spécialisés sur des thèmes particuliers ne soient pas, à l'avenir, nécessairement publiés avant sa session annuelle⁸⁰. Elle a noté que le Secrétariat publierait au quatrième trimestre 2009 son rapport annuel de 2009 sur les activités d'autres organisations internationales. Elle a aussi noté que, compte tenu de l'intérêt croissant suscité par les questions d'insolvabilité dans le contexte de la crise économique mondiale actuelle, le Secrétariat publierait une étude plus détaillée sur les activités relatives à l'insolvabilité.

399. Il a été rappelé qu'à sa trente-septième session, en 2004, la Commission était convenue d'adopter une attitude plus proactive, par l'intermédiaire de son secrétariat, pour s'acquitter de son mandat en matière de coordination⁸¹. Rappelant la résolution 63/120 de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 2008 (voir par. 428 et 429 ci-dessous), dans laquelle l'Assemblée approuvait les efforts déployés et les initiatives prises par la CNUDCI en vue de coordonner les activités des organisations internationales dans le domaine du droit commercial international, la Commission a noté avec satisfaction que le secrétariat prenait des mesures pour engager un dialogue, sur les activités d'assistance législative et d'assistance technique, avec un certain nombre d'organisations, comme la Conférence de La Haye de droit international privé, Unidroit, la Banque mondiale, l'Organisation de coopération et de développement économiques, l'Organisation des États américains, l'OMC, l'OMD, et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle). Elle a noté que ce travail impliquait souvent de se rendre aux réunions de ces organisations et d'utiliser les fonds alloués aux voyages officiels. Elle a rappelé l'importance du travail de coordination qu'elle effectuait en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international et a approuvé l'utilisation à cette fin des fonds alloués aux voyages.

400. La Commission a cité comme exemples d'activités de coordination en cours celles mentionnées aux paragraphes 32 à 35 du document A/CN.9/675 et en particulier les réunions avec le secrétariat de la Conférence de La Haye de droit international privé et Unidroit.

B. Rapports d'autres organisations internationales

401. La Commission a pris note des déclarations faites au nom des organisations internationales et régionales ci-après.

Banque européenne pour la reconstruction et le développement

402. La Commission a été informée que le secrétariat avait reçu du conseiller juridique de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) une déclaration confirmant que la BERD était disposée à répondre à l'invitation que l'Assemblée générale avait adressée aux banques régionales de développement dans sa résolution 63/120 (par. 7 d)) (voir par. 428 et 429

⁸⁰ Ibid., par. 382.

⁸¹ Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/59/17)*, par. 114.

ci-dessous) pour qu'elles coopèrent et coordonnent leur action avec la CNUDCI et appuient le programme d'assistance technique de cette dernière. Le conseiller juridique de la BERD a cité comme exemple réussi de coopération et de collaboration la conférence sur le thème "Les opérations garanties et l'insolvabilité: les réformes à un tournant" que la CNUDCI, la BERD et la Banque mondiale avaient organisée conjointement à Washington, les 5 et 6 mai 2008 (A/CN.9/675, par. 25 a)).

Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture

403. La Commission a entendu une déclaration concernant le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture⁸², qui définissait un "système multilatéral d'accès et de partage des avantages" concernant les 64 plantes cultivées les plus importantes pour la sécurité alimentaire mondiale, dont la mise en œuvre était assurée par un contrat type, appelé accord type de transfert de matériel, régissant le transfert des ressources phytogénétiques et le partage des avantages qui en résultaient.

404. Il a été noté que le secrétariat de la CNUDCI avait participé à des consultations d'experts sur divers aspects des technologies de l'information actuellement en cours de développement pour faciliter le transfert de ressources génétiques et le partage des avantages découlant de l'utilisation de ces ressources et qu'il avait également fourni des services d'experts pour l'élaboration de mécanismes de règlement des litiges. La Commission a été informée que l'importance de sa contribution à la mise en œuvre du Traité avait été reconnue par les 122 Parties contractantes dont l'Organe directeur avait tenu sa troisième session du 1^{er} au 5 juin 2009 à Tunis. La contribution de la CNUDCI était particulièrement appréciée par les pays en développement qui avaient besoin qu'on leur conseille des solutions pratiques, efficaces et économiques pour mettre en œuvre le système multilatéral d'accès et de partage des avantages.

405. À sa troisième session, l'Organe directeur, de même que les Parties contractantes, avaient approuvé les procédures concernant les tiers bénéficiaires et, à cette occasion, avaient remercié la CNUDCI pour les conseils excellents qu'elle avait fournis au secrétariat (résolution 5/2009 de l'Organe directeur). Les Parties contractantes s'étaient également prononcées pour une extension de la collaboration en invitant le secrétariat du Traité à encourager la coopération avec d'autres organisations et à renforcer les accords de coopération existants en vue de développer les synergies et de réduire les facteurs d'inefficacité (résolution 8/2009 de l'Organe directeur).

406. Il a été noté que la poursuite de la collaboration avec la CNUDCI contribuerait à la mise en œuvre du Traité et serait profitable tant à l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture qu'à la Commission.

Assemblée interparlementaire de la Communauté économique eurasienne

407. La Commission a entendu une déclaration concernant l'Assemblée interparlementaire de la Communauté économique eurasienne et, plus

⁸² Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, *Rapport de la Conférence de la FAO, trente et unième session, Rome, 2-13 novembre 2001* (C 2001/REP) appendice D.

particulièrement, sa structure et ses projets en rapport avec les travaux de la CNUDCI. Il a été noté que l'Assemblée participait à la mise en place d'une union douanière aux frontières des États membres de la Communauté économique eurasiennne (Biélarus, Fédération de Russie, Kazakhstan, Kirghizistan, Ouzbékistan et Tadjikistan) et à l'unification des politiques économiques étrangères, tarifs douaniers, prix et autres éléments en vue de l'instauration d'un marché commun opérationnel. Il a également été noté que l'Assemblée, en tant qu'organe de coopération parlementaire entre les États membres de la Communauté économique eurasiennne, examinait des questions liées à l'harmonisation des législations nationales avec les accords conclus dans le cadre de l'Assemblée afin de réaliser les objectifs de la Communauté.

408. Il a été expliqué que l'Assemblée interparlementaire travaillait notamment sur des projets visant à élaborer des instruments juridiques normatifs, comme des projets de législation type et des recommandations sur l'harmonisation des lois nationales. L'une des activités signalées consistait à établir un cadre juridique pour le commerce électronique, dans l'optique de la facilitation du commerce et de la création d'un guichet unique.

409. Il a été dit à la Commission que des principes fondamentaux types pour le commerce électronique, inspirés notamment de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique⁸³, avaient été élaborés pour servir de référence aux législations nationales, afin d'améliorer les lois dans ce domaine et favoriser le développement du commerce électronique dans les États membres. Il a en outre été indiqué que l'Assemblée interparlementaire avait tiré parti de l'expertise et de l'expérience du secrétariat de la CNUDCI, et avait notamment reçu des suggestions sur des projets de recommandations devant être présentés à la réunion du Comité permanent de l'Assemblée sur les politiques commerciales et la coopération internationale, prévue en novembre 2009 à Minsk.

Institut international pour l'unification du droit privé

410. Une déclaration a été faite au nom d'Unidroit, qui s'est félicité de la coordination et de la coopération actuelles avec la CNUDCI et a réaffirmé sa ferme volonté de travailler en étroite collaboration avec cette dernière de manière à assurer la cohérence des travaux menés par les deux organismes, éviter les chevauchements et garantir ainsi une utilisation optimale des ressources allouées par leurs États membres respectifs. Unidroit a communiqué les informations suivantes:

a) À la soixante-troisième session de l'Assemblée générale d'Unidroit, tenue à Rome le 11 décembre 2008, les membres du Conseil de direction de l'Institut avaient été élus pour les cinq années suivantes. L'Assemblée générale d'Unidroit avait également approuvé les recommandations formulées par le Conseil de direction sur le programme de travail de l'Institut pour 2009-2011, en accordant la priorité absolue à la finalisation du projet de convention sur les titres intermédiaires, à la finalisation des chapitres supplémentaires des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, et à la réalisation des travaux consacrés à un protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux à la Convention

⁸³ Voir par. 376 n) ci-dessous.

relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Convention du Cap);

b) La première session de la conférence diplomatique pour l'adoption d'une convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés avait eu lieu à Genève du 1^{er} au 12 septembre 2008. La session finale, à laquelle seraient finalisés les travaux sur le projet de convention, se tiendrait du 5 au 9 octobre 2009 à Genève. Un comité pilote avait été constitué pour rédiger un commentaire officiel sur la convention. La version anglaise du projet de commentaire avait été affichée sur le site Web d'Unidroit et la version française serait disponible sous peu;

c) Une Loi type sur le leasing avait été achevée en 2008. Elle servait de référence à des lois déjà élaborées sur la question en Jordanie, en Tanzanie (République-Unie de) et au Yémen ou en cours d'élaboration, par exemple, en Afghanistan. Le secrétariat d'Unidroit rédigeait actuellement un commentaire officiel sur la loi type, en étroite coopération avec un groupe d'experts, et devait l'achever dans le courant de 2009;

d) Le groupe de travail chargé d'élaborer une troisième édition des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international avait tenu sa troisième session à Rome du 26 au 29 mai 2008 et sa quatrième session également à Rome du 25 au 29 mai 2009. Il avait examiné un projet de chapitre sur l'enrichissement sans cause ou la restitution, un projet de chapitre sur l'illicéité, un projet de chapitre sur la pluralité de débiteurs et/ou de créanciers, un projet de chapitre sur les conditions et une note d'information contenant des projets de dispositions relatives à la résolution des contrats à long terme "for cause". Le groupe de travail avait décidé de laisser temporairement de côté les travaux sur la résolution des contrats à long terme "for cause" de manière à se concentrer uniquement sur les quatre autres chapitres afin de les soumettre au Conseil de direction pour approbation en 2010;

e) Une autre activité menée dans le cadre général de la Convention du Cap était l'élaboration d'un projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux. Un comité pilote avait été constitué en 2007 pour rédiger le projet et, compte tenu de l'avancement de ses travaux, une conférence diplomatique chargée d'adopter un projet de protocole pourrait se tenir en 2010. Une commission préparatoire avait été établie en application d'une résolution de la conférence diplomatique de Luxembourg afin d'élaborer le registre international dans le cadre du Protocole de Luxembourg portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire. Elle avait tenu, à l'invitation d'Unidroit et de l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF), une réunion à Rome en avril 2008. Une autre réunion était prévue les 1^{er} et 2 octobre 2009;

f) Unidroit envisageait des travaux dans les domaines suivants notamment:
i) protocole à la Convention du Cap portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement agricole, de construction et minier; ii) étude sur la responsabilité civile pour les services satellitaires; iii) proposition d'élaboration d'une loi type sur la protection des biens culturels; iv) convention sur la compensation globale d'instruments financiers; et v) travaux futurs éventuels en matière de droit privé et de développement, s'agissant en particulier de la sécurité alimentaire et de l'agriculture.

Organisation mondiale des douanes

411. L'OMD a fait part à la Commission de son souhait de continuer à collaborer avec elle par l'intermédiaire de l'Équipe juridique spéciale conjointe (voir par. 337 ci-dessus), en tant que moyen de fournir une feuille de route que pourraient suivre les utilisateurs potentiels du guichet unique pour créer un environnement juridique permettant une telle utilisation. L'OMD a exprimé son intention de continuer à tout mettre en œuvre pour que ses membres participent activement à l'analyse des cadres théoriques, opérationnels et procéduraux des guichets uniques et à la fourniture d'orientations stratégiques aux utilisateurs potentiels de ces guichets. Les six régions du monde couvertes par l'OMD, soit au total 174 administrations de douanes, devraient en principe être représentées dans le cadre de cette participation. L'OMD s'est déclarée convaincue que, à ce stade, le processus pouvait être géré de manière satisfaisante par l'organisation de réunions entre personnes à son siège de Bruxelles et par les divers autres moyens décrits dans le mandat initial de l'Équipe juridique spéciale conjointe, comme l'espace partagé sur Internet.

XVII. Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international

412. La Commission a rappelé que, à la reprise de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007), elle avait décidé d'inscrire la question intitulée "Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit" à l'ordre du jour de sa quarante et unième session et avait invité tous ses États membres ainsi que les observateurs à procéder au cours de ladite session à un échange de vues sur cette question. Elle a également rappelé que cette décision avait été prise en application de la résolution 62/70 de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international, dans laquelle l'Assemblée, au paragraphe 3, invitait la Commission à rendre compte dans les rapports qu'elle lui soumettait de ce qu'elle faisait actuellement pour promouvoir l'état de droit⁸⁴. La Commission a en outre rappelé qu'elle avait fait un compte rendu, comme demandé, à l'Assemblée générale dans son rapport annuel sur les travaux de sa quarante et unième session, en 2008⁸⁵.

413. À sa session en cours, la Commission a pris note de la résolution 63/128 de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international. Elle a relevé en particulier qu'au paragraphe 4 de cette résolution l'Assemblée générale appelait le système des Nations Unies à aborder systématiquement les aspects de ses activités relevant de l'état de droit et qu'au paragraphe 6 elle engageait le Secrétaire général et le système des Nations Unies à accorder un rang de priorité élevé aux activités relatives à l'état de droit. Elle a également noté qu'au paragraphe 7 de cette résolution, l'Assemblée l'invitait à continuer de lui rendre compte, dans les rapports qu'elle lui soumettait, de ce qu'elle faisait actuellement pour promouvoir l'état de droit.

414. La Commission a noté qu'au paragraphe 10 de sa résolution 63/128, l'Assemblée générale avait décidé qu'à sa soixante-quatrième session, en 2009, les

⁸⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17 (A/62/17), Part II, par. 111 à 113.*

⁸⁵ *Ibid., soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/63/17), par. 386.*

débats de la Sixième Commission sur le point de l'ordre du jour consacré à l'état de droit porteraient sur le sous-thème suivant: "La promotion de l'état de droit au niveau international", sans préjudice de l'examen de la question dans son ensemble. Aussi, la Commission a-t-elle décidé qu'à sa session en cours elle rendrait compte à l'Assemblée générale de ce qu'elle faisait actuellement pour promouvoir l'état de droit au niveau international.

415. La Commission a rappelé le mandat que lui avait confié l'Assemblée générale dans sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966 portant création de la CNUDCI en tant que seul organe du système des Nations Unies spécialisé dans le domaine du droit commercial international. On a souligné que, conformément à ce mandat, la Commission contribuait au développement et à l'harmonisation progressifs du droit commercial international en formulant des règles et normes internationales modernes pour favoriser le commerce international et en veillant à ce que ces règles et normes soient acceptables pour les États ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents ainsi que pour les autres acteurs internationaux, comme les donateurs multilatéraux, qui utilisaient ces règles et normes. La Commission s'employait également à mieux faire connaître et à mieux faire comprendre ces règles, par des activités de formation et d'assistance technique, le CLOUT, son site Web et des publications, et en diffusant des informations sur le droit commercial international par d'autres moyens.

416. Il a également été noté que la Commission attachait toujours une grande importance à un autre aspect de son mandat, à savoir la coopération et la coordination qui s'exerçaient avec les organisations internationales, y compris les organisations non gouvernementales, qui s'employaient à formuler, interpréter et/ou appliquer des normes du droit commercial international. La coopération et la coordination étaient perçues comme le moyen d'éviter les règles contraires ou les interprétations et confusions quant aux sources de droit, et par là même d'assurer l'ordre, la clarté, l'efficacité et la cohérence dans la réglementation internationale du commerce. À cet égard, la Commission a mentionné une nouvelle fois les nombreux appels appuyés par l'Assemblée générale, tout récemment dans la résolution 63/120 (voir par. 428 ci-dessous), qu'elle avait adressés aux organisations internationales et régionales compétentes pour qu'elles coordonnent leurs activités de normalisation et/ou d'assistance technique avec les siennes. Ayant noté que la coordination et la coopération souhaitées restaient encore à mettre en place, elle s'est félicitée du fait que l'Assemblée générale examinerait à sa soixante-cinquième session, en 2010, les différents moyens de renforcer et d'améliorer la coordination et la cohérence dans le cadre des activités menées à l'appui de l'état de droit (voir par. 420 ci-dessous).

417. La Commission encourageait également le règlement pacifique et indépendant des litiges dans le cadre du commerce et des investissements, y compris entre les États, le respect des engagements contraignants, la confiance dans l'état de droit et le traitement équitable, moyennant le renforcement de mécanismes non judiciaires tels que l'arbitrage et la conciliation. À cet égard, elle a rappelé son projet en cours sur la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (voir par. 286 à 298 ci-dessus), qui était largement utilisé dans de nombreuses et différentes instances, notamment pour résoudre des litiges impliquant des États et des organisations internationales, ainsi que ses projets en cours et nouveaux concernant la Convention de New York qui visaient à obtenir la reconnaissance et l'exécution universelles des

sentences arbitrales étrangères (voir par. 358 à 361 ci-dessus). Elle a également rappelé ses projets de travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges en matière d'investissements, qui touchaient des questions de droit international telles que la responsabilité des États, la transparence et les droits de l'homme.

418. La Commission œuvrait également à l'interface critique entre l'état de droit international et l'état de droit national en aidant les États à mettre en œuvre sur le plan interne des règles et normes internationales et à les interpréter de manière uniforme. Ayant noté que les lois et pratiques des États Membres en matière d'application du droit international feraient l'objet d'un examen distinct de l'Assemblée générale à sa soixante-cinquième session (voir par. 420 ci-dessous), la Commission voulait, à ce stade, simplement rappeler sa préoccupation devant l'insuffisance de ressources qui compromettrait l'efficacité de la poursuite de son programme d'assistance technique dans le domaine de la réforme du droit interne. À cet égard, elle a réitéré la demande formulée lors de précédentes sessions, que l'Assemblée générale avait appuyée et qu'elle avait renouvelée à la session en cours (voir par. 364 à 366 ci-dessus et par. 428 ci-dessous), en vue d'obtenir des ressources supplémentaires pour satisfaire les besoins croissants en assistance technique des pays en développement et des pays à économie en transition aux fins de l'application du droit commercial international.

419. La Commission a estimé qu'une plus grande sensibilisation au droit commercial international ainsi qu'une meilleure compréhension et une plus large application de ce droit étaient aussi importantes pour le commerce moderne et le développement économique durable que pour une bonne gouvernance, une justice efficace et l'autonomisation juridique. Aussi, a-t-elle rappelé sa conviction que la promotion de l'état de droit dans les relations commerciales devait faire partie intégrante du programme plus large de l'ONU visant à favoriser l'état de droit aux niveaux national et international, notamment par le biais du Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit, qui était appuyé par le Groupe de l'état de droit du Cabinet du Secrétaire général. La Commission se réjouissait à la perspective de jouer un rôle dans le renforcement et la coordination des activités menées par l'Organisation en faveur de l'état de droit.

420. La Commission a appelé l'attention de ses États membres et des observateurs sur les sous-thèmes ci-après du point de l'ordre du jour sur l'état de droit aux niveaux national et international, qui devaient être examinés par l'Assemblée générale à ses soixante-cinquième et soixante-sixième sessions en 2010 et 2011, à savoir: "Les lois et les pratiques des États Membres en matière d'application du droit international" et "L'état de droit et la justice transitionnelle dans les situations de conflit et d'après conflit"⁸⁶. Compte tenu de la pertinence de ses activités pour les questions recensées dans ces sous-thèmes, la Commission a invité ses États

⁸⁶ La Sixième Commission est convenue que les observations relatives au premier sous-thème devraient porter, notamment, sur les lois et les pratiques dans l'application et l'interprétation du droit international à l'échelle nationale, le renforcement et l'amélioration de la coordination et de l'harmonisation de l'assistance technique et le renforcement des capacités dans ce domaine, les mécanismes et critères permettant d'évaluer l'efficacité de cette assistance, les moyens d'améliorer la cohérence entre les donateurs et les perspectives des États bénéficiaires. Les observations relatives à l'autre sous-thème devraient porter, notamment, sur le rôle et l'avenir de la justice nationale et internationale en période de transition et des mécanismes de contrôle et les systèmes de justice informels (A/63/443, par. 7).

membres et les observateurs à soumettre des commentaires par écrit ou oralement sur le rôle qu'elle jouait dans le contexte considéré afin qu'elle puisse en rendre compte dans les rapports qu'elle adresserait à l'Assemblée générale au cours des années correspondantes.

XVIII. Concours d'arbitrage commercial international

A. Remarques générales

421. La Commission a rappelé que, conformément aux propositions faites au Congrès de la CNUDCI en 1992⁸⁷ et suite aux délibérations qu'elle avait eues à sa vingt-sixième session en 1993⁸⁸, le premier Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis avait été organisé à Vienne par l'Institut de droit commercial international de la Pace University (New York). Ce concours d'arbitrage avait été conçu dans un but éducatif pour mieux faire connaître et comprendre les textes juridiques de la CNUDCI⁸⁹, en particulier la Convention des Nations Unies sur les ventes⁹⁰ et les travaux de la Commission dans le domaine de l'arbitrage commercial international.

422. À sa session en cours, la Commission a noté avec satisfaction que le Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, qui réunissait des participants venus du monde entier, était une initiative éducative très concluante qui avait contribué à la fois à la diffusion d'informations sur les instruments de la CNUDCI et à l'élaboration de programmes d'enseignement universitaire sur l'arbitrage commercial international. Elle a été informée que des concours d'arbitrage inspirés du Concours Willem C. Vis étaient organisés en Argentine, en Chine (Hong Kong) (voir par. 425 ci-dessous) et en Espagne (voir par. 426 ci-dessous).

423. La Commission a exprimé sa gratitude aux organisateurs et aux parrains du Concours Willem C. Vis, en particulier à l'Association pour l'organisation et la promotion du Concours et aux institutions qui en étaient membres (la Faculté de droit de la Pace University, États-Unis; la Queen Mary University, Royaume-Uni; l'Université de Stockholm, Suède; l'Université de Vienne, l'Association autrichienne d'arbitrage et la Chambre fédérale de commerce, Autriche), pour les efforts qu'ils avaient déployés afin d'assurer le succès du Concours et elle a formulé l'espoir que la portée internationale et l'impact positif de celui-ci continueraient à se développer. Elle a remercié en particulier Eric E. Bergsten, ancien Secrétaire de la Commission, d'avoir développé et orienté le Concours depuis sa création en 1993-1994. Elle a aussi félicité Rafael Illescas Ortiz et Pilar Perales Viscasillas d'avoir pris l'initiative de créer le Concours d'arbitrage commercial de Madrid.

⁸⁷ "Le droit commercial uniforme au XXI^e siècle", *Actes du Congrès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New York, 18-22 mai 1992* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.94.V.14).

⁸⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 17* (A/48/17), par. 312.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Voir la note 47 ci-dessus.

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

424. Il a été noté que l'Association pour l'organisation et la promotion du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis avait organisé le seizième Concours à Vienne, du 2 au 9 avril 2009. Comme les précédentes années, le Concours avait été coparrainé par la Commission. Il a été noté que les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants qui participaient au Concours avaient porté sur la Convention des Nations Unies sur les ventes⁹¹, le règlement d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm⁹² et la Loi type sur l'arbitrage⁹³. Au total, 228 équipes représentant des facultés de droit de 57 pays avaient participé au Concours. L'équipe qui avait le mieux plaidé était celle de la Victoria University de Wellington. Le dix-septième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis était prévu à Vienne du 26 mars au 1^{er} avril 2010.

425. Il a aussi été noté que le sixième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis (Est), organisé par la section pour l'Asie de l'Est du Chartered Institute of Arbitrators et coparrainé par la Commission, avait eu lieu en Chine (Hong Kong) du 23 au 29 mars 2009. Un total de 64 équipes représentant 17 pays y avaient participé. L'équipe qui avait le mieux plaidé était celle de la Loyola Law School de Los Angeles (États-Unis). Le septième Concours (Est) était prévu à Hong Kong (Chine) du 15 au 21 mars 2010.

C. Concours d'arbitrage international de Madrid

426. Il a été noté que l'Université Carlos III de Madrid, Universia et PromoMadrid avaient organisé du 22 au 26 juin 2009 le premier concours d'arbitrage commercial international à Madrid, également avec le coparrainage de la Commission. Les questions juridiques soumises aux participants au Concours avaient porté sur la Loi type sur l'arbitrage⁹⁴, la Loi type sur la conciliation commerciale internationale⁹⁵, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI⁹⁶, la Convention des Nations Unies sur les ventes⁹⁷ et la Convention de New York⁹⁸. Au total, neuf équipes de facultés de droit ou de programmes de maîtrise de cinq pays avaient participé au Concours de Madrid, en langue espagnole. L'équipe qui avait le mieux plaidé était celle de l'Université de Versailles, Saint-Quentin-en-Yvelines (France). Le deuxième Concours de Madrid était prévu dans cette ville du 28 juin au 2 juillet 2010.

XIX. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale

427. La Commission a pris note avec satisfaction des résolutions liées à ses travaux que l'Assemblée générale avait adoptées à sa soixante-troisième session sur

⁹¹ Ibid.

⁹² Consultable à la date du présent rapport à l'adresse: <http://www.sccinstitute.com/?id=23719>.

⁹³ Voir la note 31 ci-dessus.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Voir la note 84 ci-dessus.

⁹⁶ Voir la note 22 ci-dessus.

⁹⁷ Voir la note 47 ci-dessus.

⁹⁸ Voir la note 60 ci-dessus.

recommandation de la Sixième Commission: la résolution de l'Assemblée 63/120 concernant les rapports de la CNUDCI sur les travaux de la reprise de sa quarantième session et de sa quarante et unième session et la résolution de l'Assemblée 63/121 du 11 décembre 2008 concernant le Guide législatif de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les opérations garanties.

428. La Commission a noté que, dans sa résolution 63/120, l'Assemblée générale l'avait notamment félicitée d'avoir achevé le Guide législatif sur les opérations garanties et le projet de Convention sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer et avait salué l'élaboration de recueils analytiques de jurisprudence et les efforts que continuait de déployer la Commission pour tenir à jour et améliorer son site Web. L'Assemblée générale s'était par ailleurs félicitée que la Commission ait commencé à procéder à l'examen général de ses méthodes de travail et qu'elle examine le rôle qu'elle jouait dans la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international. Elle avait approuvé les efforts déployés et les initiatives prises par la Commission en vue de développer son programme d'assistance et de coopération techniques. Elle avait engagé les organisations compétentes à coordonner leurs activités juridiques avec celles de la Commission et lancé un appel à contributions aux fonds d'affectation spéciale de celle-ci.

429. La Commission a noté que, dans sa résolution 63/121, l'Assemblée générale avait prié le Secrétaire général de diffuser largement le texte du Guide législatif sur les opérations garanties en le transmettant aux gouvernements et aux organismes intéressés comme les institutions financières et chambres de commerce nationales et internationales. L'Assemblée avait recommandé à tous les États de tenir compte du Guide législatif lorsqu'ils modifieraient leur législation sur les opérations garanties ou en adopteraient une, et invité ceux qui l'auraient utilisé à en informer la Commission.

430. La Commission a noté en outre que, lors de l'examen du point 9 de l'ordre du jour, elle avait pris acte de la résolution 63/122 de l'Assemblée en date du 11 décembre 2008 concernant la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (voir par. 322 ci-dessus).

XX. Questions diverses

A. Programme de stages

431. Un rapport oral a été présenté sur le programme de stages au secrétariat de la Commission. Si on s'est généralement félicité de ce programme, qui visait à donner à de jeunes juristes l'occasion de se familiariser avec les travaux de la CNUDCI et d'améliorer leurs connaissances dans des domaines spécifiques du droit commercial international, il a été fait observer que seule une faible proportion des stagiaires étaient ressortissants de pays en développement. Il a été proposé d'envisager la mise en place de moyens financiers pour permettre une plus large participation de jeunes juristes de ces pays. Cette proposition a été appuyée.

B. Microfinance et développement économique international

432. On a indiqué à la Commission qu'il pourrait être opportun qu'elle procède à une étude sur la microfinance et le développement économique international, en coordination étroite avec les principales organisations opérant déjà dans ce domaine. Le but d'une telle étude serait de déterminer s'il fallait établir un cadre réglementaire et juridique pour protéger et développer le secteur de la microfinance et permettre ainsi son expansion continue, conformément à son objectif qui était de mettre en place des services financiers ouverts à tous en faveur du développement.

433. À l'issue du débat, la Commission a prié le Secrétariat, sous réserve que des ressources soient disponibles, d'établir une étude détaillée qui comprendrait une analyse des questions juridiques et réglementaires qui se posaient dans le domaine de la microfinance ainsi que des propositions concernant la forme et la nature d'un document de référence sur les divers éléments requis pour créer un cadre juridique favorable à la microfinance, qu'elle pourrait envisager d'élaborer dans l'avenir afin d'aider les législateurs et les responsables politiques du monde entier. Il a été dit que les pays en développement et les pays à économie en transition examinaient la question de savoir s'il fallait réglementer la microfinance, et de quelle manière; ainsi, la création d'instruments juridiques consensuels pourrait s'avérer très utile pour les pays à ce stade du développement du secteur de la microfinance. La Commission a prié le Secrétariat de travailler en collaboration avec des experts et de solliciter la coopération éventuelle d'autres organisations intéressées pour établir une telle étude, le cas échéant.

C. Évaluation du rôle du Secrétariat dans la facilitation du travail de la Commission

434. Il a été rappelé que, comme il avait été indiqué à la Commission à sa quarantième session⁹⁹, dans le budget-programme pour l'exercice biennal 2008-2009, la facilitation des travaux de la CNUDCI figurait parmi les "réalisations escomptées du Secrétariat", l'indicateur de succès correspondant étant le degré de "satisfaction de la CNUDCI quant aux services fournis", mesuré sur une échelle de 1 à 5 (5 étant la meilleure note)¹⁰⁰. La Commission est convenue de faire part de son appréciation au Secrétariat. On a rappelé qu'une question similaire concernant le degré de satisfaction de la CNUDCI quant aux services fournis par le Secrétariat avait été posée à la fin de la quarante et unième session de la Commission, en 2008¹⁰¹. À cette session, les sept délégations qui avaient répondu avaient donné une note moyenne de 4,5.

⁹⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/62/17), Part I, par. 243.

¹⁰⁰ Projet de budget-programme pour l'exercice biennal 2008-2009, Titre III, Justice internationale et droit international, Chapitre 8, Affaires juridiques [Programme 6 (Plan-programme biennal et priorités pour la période 2008-2009)], Sous-programme 5, Harmonisation, modernisation et unification progressives du droit commercial international (A/62/6 (Sect. 8), tableau 8.19 d)).

¹⁰¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 392.

XXI. Date et lieu des réunions futures

A. Quarante-troisième session de la Commission

435. La Commission a approuvé la tenue de sa quarante-troisième session à New York, du 21 juin au 9 juillet 2010.

B. Sessions des groupes de travail

436. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission était convenue que: a) les groupes de travail devraient normalement se réunir pour une session d'une semaine deux fois par an; b) du temps supplémentaire pourrait être accordé, si nécessaire, à l'un des groupes de travail si un autre n'utilisait pas entièrement le sien, à condition de ne pas dépasser le nombre total de 12 semaines par an de services de conférence alloués actuellement à l'ensemble de ses six groupes de travail; et c) si une demande d'allongement du temps alloué présentée par un groupe de travail entraînait un tel dépassement, elle devrait l'examiner en priant ce groupe de travail de justifier la nécessité d'un tel changement¹⁰².

1. Sessions des groupes de travail avant la quarante-troisième session de la Commission

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

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa dix-septième session à Vienne du 7 au 11 décembre 2009 et sa dix-huitième session à New York du 12 au 16 avril 2010;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) tiendrait sa cinquante et unième session à Vienne du 14 au 18 septembre 2009 et sa cinquante-deuxième session à New York du 1^{er} au 5 février 2010;

c) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) serait autorisé à tenir sa quarante-cinquième session à New York du 17 au 21 mai 2010, si l'avancement des travaux effectués en coopération avec l'OMD le justifiait (voir par. 340 ci-dessus);

d) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendrait sa trente-septième session à Vienne du 9 au 13 novembre 2009 et sa trente-huitième session à New York du 19 au 23 avril 2010;

e) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa seizième session à Vienne du 2 au 6 novembre 2009 et sa dix-septième session à New York du 8 au 12 février 2010.

Temps supplémentaire

438. Il était prévu provisoirement d'organiser une session de quatre jours à Vienne, du 27 au 30 octobre 2009 (le 26 octobre étant un jour férié en Autriche), et une

¹⁰² Ibid., cinquante-huitième session, Supplément n° 17 (A/58/17), par. 275.

session d'une semaine à New York, du 24 au 28 mai 2010. Ce temps pourrait être utilisé en cas de nécessité par l'un des groupes de travail, en fonction de leurs besoins et après consultation des États.

2. Sessions des groupes de travail en 2010 après la quarante-troisième session de la Commission

439. La Commission a noté qu'un calendrier provisoire avait été établi pour les sessions que ses groupes de travail tiendraient en 2010 après sa quarante-troisième session (ce calendrier était subordonné à son approbation à cette session):

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa dix-neuvième session à Vienne du 11 au 15 octobre 2010;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) tiendrait sa cinquante-troisième session à Vienne du 4 au 8 octobre 2010;

c) Le Groupe de travail III (Droit des transports) tiendrait sa vingt-deuxième session à Vienne du 13 au 17 décembre 2010;

d) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) tiendrait sa quarante-sixième session à Vienne du 6 au 10 décembre 2010;

e) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendrait sa trente-neuvième session à Vienne du 1^{er} au 5 novembre 2010;

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa dix-huitième session à Vienne du 8 au 12 novembre 2010.

Annexe

Liste des documents dont la Commission était saisie à sa quarante-deuxième session

| <i>Cote</i> | <i>Titre ou description</i> |
|--------------------------|---|
| A/CN.9/663 | Ordre du jour provisoire annoté et calendrier de la quarante-deuxième session |
| A/CN.9/664 | Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 8-12 septembre 2008) |
| A/CN.9/665 | Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa quarante-neuvième session (Vienne, 15-19 septembre 2008) |
| A/CN.9/666 | Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-cinquième session (Vienne, 17-21 novembre 2008) |
| A/CN.9/667 | Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa quatorzième session (Vienne, 20-24 octobre 2008) |
| A/CN.9/668 | Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa quinzième session (New York, 2-6 février 2009) |
| A/CN.9/669 | Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquantième session (New York, 9-13 février 2009) |
| A/CN.9/670 | Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa quinzième session (New York, 27 avril-1 ^{er} mai 2009) |
| A/CN.9/671 | Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-sixième session (New York, 18-22 mai 2009) |
| A/CN.9/672 | Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa seizième session (New York, 26-29 mai 2009) |
| A/CN.9/673 | Bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI |
| A/CN.9/674 | État des conventions et des lois types |
| A/CN.9/675 et Add.1 | Coopération et assistance techniques |
| A/CN.9/676 | Règlement intérieur et méthodes de travail de la CNUDCI |
| A/CN.9/676/Add.1 à Add.9 | Règlement intérieur et méthodes de travail de la CNUDCI – Commentaires reçus d'États Membres et d'organisations internationales intéressées |
| A/CN.9/677 | Règlement des litiges commerciaux – Règlement d'arbitrage de la CNUDCI: Autorités de désignation et de nomination prévues dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI |
| A/CN.9/678 | Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique |
| A/CN.9/679 | Travaux futurs possibles dans le domaine du droit des transports: commentaire ou notes explicatives sur la Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer ("Règles de Rotterdam") |

| <i>Cote</i> | <i>Titre ou description</i> |
|------------------|---|
| A/CN.9/680 | Règlement intérieur et méthodes de travail de la CNUDCI – Proposition de la France |
| A/CN.9/681 | Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique – Recommandations concernant les travaux futurs du Groupe de travail IV (Commerce électronique) soumises par les États-Unis d'Amérique |
| A/CN.9/681/Add.1 | Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique – Proposition des États-Unis d'Amérique sur les documents transférables électroniques |
| A/CN.9/681/Add.2 | Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique – Proposition des États-Unis d'Amérique sur le règlement des conflits en ligne |
| A/CN.9/682 | Proposition de l'Espagne concernant les travaux futurs du Groupe de travail IV |
