



Nations Unies

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

**sur les travaux
de sa vingt-huitième session**

2-26 mai 1995

**Assemblée générale
Documents officiels · Cinquantième session
Supplément No 17 (A/50/17)**

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

sur les travaux
de sa vingt-huitième session

2-26 mai 1995

Assemblée générale
Documents officiels · Cinquantième session
Supplément No 17 (A/50/17)



Nations Unies · New York, 1995

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.

TABLE DES MATIÈRES

<u>Chapitre</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
INTRODUCTION	1 - 2	1
I. ORGANISATION DE LA SESSION	3 - 10	2
A. Ouverture de la session	3	2
B. Composition et participation	4 - 7	2
C. Election du bureau	8	3
D. Ordre du jour	9	3
E. Adoption du rapport	10	3
II. PROJET DE CONVENTION SUR LES GARANTIES INDEPENDANTES ET LES LETTRES DE CREDIT STAND-BY	11 - 201	4
A. Introduction	11 - 13	4
B. Examen des projets d'articles	14 - 181	4
C. Examen du rapport du groupe de rédaction	182 - 198	41
D. Procédure à suivre pour l'adoption du projet de Convention en tant que convention	199 - 200	44
E. Décision de la Commission et recommandation à l'Assemblée générale	201	45
III. PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR CERTAINS ASPECTS JURIDIQUES DE L'ECHANGE DE DONNEES INFORMATISEES (EDI) ET DES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION	202 - 313	46
A. Introduction	202 - 207	46
B. Examen des projets d'articles	208 - 303	47
C. Rapport du groupe de rédaction	304 - 305	73
D. Travaux futurs relatifs au projet de loi type	306	74
E. Travaux futurs dans le domaine de l'échange de données informatisées	307 - 309	74
F. Reconfiguration du WP.4	310 - 313	75

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<u>Chapitre</u>	<u>Paragrap</u> hes	<u>Page</u>
IV. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL	314 - 373	77
A. Introduction	314	77
B. Examen du projet d'aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales	315 - 369	77
C. Conclusion	370 - 373	86
V. FINANCEMENT PAR CESSIION DE CREANCES	374 - 381	87
VI. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES	382 - 404	90
A. Aspects transnationaux de l'insolvabilité	382 - 393	90
B. Projets de construction-exploitation-transfert (CET)	394 - 400	92
C. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958	401 - 404	95
VII. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX INSTRUMENTS DE LA CNUDCI . .	405 - 411	96
A. Introduction	405	96
B. Examen par la Commission	406 - 411	96
VIII. FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE	412 - 423	98
IX. ETAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI .	424 - 436	101
X. RESOLUTIONS DE L'ASSEMBLEE GENERALE SUR LES TRAVAUX DE LA COMMISSION	437 - 443	103
XI. QUESTIONS DIVERSES	444 - 451	105
A. Bibliographie	444 - 445	105
B. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis	446 - 447	105
C. Date et lieu de la vingt-neuvième session de la Commission	448	105
D. Sessions des groupes de travail	449 - 451	105

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<u>Annexes</u>	<u>Page</u>
I. PROJET DE CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDEPENDANTES ET LES LETTRES DE CREDIT STAND-BY	108
II. PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR CERTAINS ASPECTS JURIDIQUES DE L'ÉCHANGE DE DONNEES INFORMATISEES (EDI) ET DES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION DES DONNEES	118
III. LISTE DES DOCUMENTS DONT LA COMMISSION ETAIT SAISIE A SA VINGT-HUITIEME SESSION	125

INTRODUCTION

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international rend compte des travaux de la vingt-huitième session de la Commission, qui s'est tenue à Vienne, du 2 au 26 mai 1995.
2. Conformément à la résolution 2205 (XXI) adoptée par l'Assemblée générale le 17 décembre 1966, ce rapport est soumis à l'Assemblée; il est également soumis pour observations à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED).

I. ORGANISATION DE LA SESSION

A. Ouverture de la session

3. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a commencé sa vingt-huitième session le 2 mai 1995. La session a été ouverte par M. Hans Corell, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique.

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 Etats élus par l'Assemblée. Par sa résolution 3108 (XXVIII) du 12 décembre 1973, l'Assemblée a porté de 29 à 36 le nombre des membres de la Commission. Les membres actuels de la Commission, élus le 4 novembre 1991 et le 28 novembre 1994, sont les Etats ci-après, dont le mandat expire la veille de l'ouverture de la session annuelle de la Commission pour l'année indiquée¹ :

Algérie (2001), Allemagne (2001), Arabie saoudite (1998), Argentine (1998), Australie (2001), Autriche (1998), Botswana (2001), Brésil (2001), Bulgarie (2001), Cameroun (2001), Chili (1998), Chine (2001), Egypte (2001), Equateur (1998), Espagne (1998), Etats-Unis d'Amérique (1998), Fédération de Russie (2001), Finlande (2001), France (2001), Hongrie (1998), Inde (1998), Iran (République islamique d') (1998), Italie (1998), Japon (2001), Kenya (1998), Mexique (2001), Nigéria (2001), Ouganda (1998), Pologne (1998), République-Unie de Tanzanie (1998), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2001), Singapour (2001), Slovaquie (1998), Soudan (1998), Thaïlande (1998) et Uruguay (1998).

5. A l'exception du Botswana, du Cameroun, de l'Egypte, de l'Equateur, du Kenya, de la République-Unie de Tanzanie et de la Slovaquie, tous les membres de la Commission étaient représentés à la session.

6. Ont assisté à la session les observateurs des Etats suivants : Angola, Bélarus, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Canada, Colombie, Croatie, Danemark, Gabon, Grèce, Indonésie, Iraq, Jordanie, Koweït, Maroc, Myanmar, Monaco, Pakistan, Paraguay, Pays-Bas, Pérou, Portugal, République de Corée, République tchèque, Roumanie, Saint-Siège, Suède, Suisse, Swaziland, Tunisie, Turquie, Ukraine, Venezuela et Yémen.

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

a) Organes des Nations Unies

Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI)

b) Organisations intergouvernementales

Comité consultatif juridique africano-asiatique (AALCC)

Conférence de La Haye de droit international privé

Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)

Ligue des Etats arabes

c) Autres organisations internationales

Association arabe pour l'arbitrage international
Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international
Fédération bancaire de l'Union européenne
Grupo Latinoamericano de Abogados para el Derecho del Comercio
Internacional (GRULACI)
Commission interaméricaine d'arbitrage commercial
Association internationale des praticiens de l'insolvabilité (INSOL)
Chambre de commerce internationale (CCI)
Conseil international pour l'arbitrage commercial
Tribunal Internacional de Conciliación y de Arbitraje del Mercosur
(TICAMER)
Union internationale des avocats

C. Election du bureau²

8. La Commission a élu le bureau ci-après :

Président : M. Goh Phai Cheng (Singapour)
Vice-Présidents : M. Gavan Griffith, Q.C. (Australie)
M. José María Abascal Zamora (Mexique)
M. Tadeusz Szurski (Pologne)
Rapporteur : M. Joseph Fred Bossa (Ouganda)

D. Ordre du jour

9. A sa 547^{ème} séance, le 2 mai 1995, la Commission a adopté l'ordre du jour suivant :

1. Ouverture de la session.
2. Election du bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Projet de Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by.
5. Echanges de données informatisées : projet de Loi type.
6. Arbitrage commercial international : projet de Notes sur l'organisation des procédures arbitrales.
7. Financement par cession de créances.
8. Travaux futurs possibles : aspects transnationaux de l'insolvabilité; projets de type construction-exploitation-transfert; suivi de l'application de la Convention de New York de 1958.
9. Jurisprudence relative aux travaux de la CNUDCI.
10. Formation et assistance.
11. Etat et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
12. Résolutions de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission.
13. Questions diverses.
14. Date et lieu des réunions futures.
15. Adoption du rapport de la Commission.

E. Adoption du rapport

10. A ses 580^{ème}, 581^{ème} et 582^{ème} séances, les 24, 25 et 26 mai 1995, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

II. PROJET DE CONVENTION SUR LES GARANTIES INDEPENDANTES
ET LES LETTRES DE CREDIT STAND-BY

A. Introduction

11. Conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt et unième session en 1988³, le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux s'est attaché, à sa douzième session, à examiner le projet de règles uniformes sur les garanties en cours d'élaboration par la Chambre de commerce internationale (CCI) et à déterminer s'il serait souhaitable et possible d'entreprendre des travaux en vue d'uniformiser davantage les lois relatives aux garanties et aux lettres de crédit stand-by. Le Groupe de travail a recommandé que l'on commence d'élaborer une loi uniforme, que ce soit sous la forme d'une loi type ou d'une convention.

12. La recommandation a été acceptée par la Commission à sa vingt-deuxième session en 1989⁴. Le Groupe de travail a consacré ses treizième à vingt-troisième sessions à l'élaboration d'une loi uniforme (les rapports de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/330, 342, 345, 358, 361, 372, 374, 388, 391, 405 et 408). Pour s'acquitter de cette tâche, il s'est fondé sur les documents de travail élaborés par le Secrétariat relatifs aux questions dont pourrait traiter la loi uniforme. Ces documents étaient les suivants : A/CN.9/WG.II/WP.63 (réflexions préliminaires sur l'élaboration d'une loi uniforme); WP.65 (champ d'application de la loi uniforme quant au fond, l'autonomie des parties et ses limites, règles d'interprétation); WP.68 (modification, transfert, expiration et obligations du garant); et WP.70 et WP.71 (fraude et autres motifs de non-paiement, mesures conservatoires et autres mesures judiciaires, conflit de lois et juridiction compétente). Les projets d'articles de la loi uniforme qui, conformément à une décision du Groupe de travail, étaient soumis, à titre d'hypothèse de travail, sous la forme d'un projet de convention, ont été présentés par le Secrétariat dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.67, WP.73 et Add.1, WP.76 et Add.1, WP.80 et WP.83. Le Groupe de travail était également saisi d'une proposition des Etats-Unis d'Amérique relative aux règles concernant les lettres de crédit stand-by (A/CN.9/WG.II/WP.77). Le texte des projets d'articles de la Convention, présenté à la Commission par le Groupe de travail, figurait en annexe au document A/CN.9/408.

13. La Commission a élu M. Jacques Gauthier (Canada), à titre personnel, président du Comité plénier chargé d'examiner le projet de Convention.

B. Examen des projets d'articles

CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION

Article premier. Champ d'application

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

"1. La présente Convention s'applique à tout engagement international mentionné à l'article 2 :

a) si l'établissement du garant/émetteur dans lequel l'engagement a été émis est situé dans un Etat contractant, ou

b) si les règles du droit international privé aboutissent à l'application de la législation d'un Etat contractant,

à moins que l'engagement n'exclue l'application de la présente Convention.

2. La présente Convention s'applique aussi à une lettre de crédit internationale autre qu'une lettre de crédit stand-by s'il y est expressément mentionné qu'elle est soumise à la Convention.

3. Les dispositions des articles 21 et 22 s'appliquent aux engagements internationaux tels qu'ils sont définis à l'article 2, que la Convention soit ou non applicable dans un cas donné selon le paragraphe 1 du présent article."

15. La Commission a procédé à un échange de vues sur le point de savoir si le projet de texte dont elle était saisie devrait être adopté sous la forme d'une convention ou d'une loi type. A l'appui de l'adoption d'une loi type, il a été déclaré que cette solution donnerait aux Etats davantage de souplesse en leur permettant de décider quelles dispositions étaient acceptables et pouvaient être incorporées dans leur législation nationale. Il a également été déclaré que l'une des principales raisons pour lesquelles le Groupe de travail était parti de l'hypothèse que son texte revêtirait la forme d'une convention était que les dispositions relatives à la compétence seraient plus faciles à appliquer dans le cas d'une convention; mais, comme le Groupe de travail avait décidé de ne pas conserver les dispositions sur la compétence, le texte devrait être adopté sous la forme d'une loi type.

16. Un large appui s'est toutefois exprimé en faveur de la recommandation du Groupe de travail aux termes de laquelle le projet de texte devrait être adopté sous la forme d'une convention. A l'appui de cet avis, il a été déclaré que seule une convention permettrait d'assurer l'uniformité et l'harmonisation requises pour permettre le bon fonctionnement des garanties indépendantes et des lettres de crédit stand-by dans un contexte international. Pour ce qui est de la souplesse nécessaire, il a été souligné que le projet de texte énonçait déjà un régime relativement souple en donnant la possibilité d'écarter tant l'ensemble de la convention que certaines de ses dispositions. Après un débat, la Commission a convenu d'adopter le projet de texte sous la forme d'une convention.

Paragraphe 1

Alinéa a)

17. Il a été proposé de modifier l'alinéa a) du paragraphe 1, afin de tenir compte des cas où le garant/émetteur avait plus d'un établissement. A l'appui de cette proposition, il a été déclaré que, dans son libellé actuel, la disposition ne tenait pas compte des cas où l'engagement n'était pas émis dans l'établissement du garant/émetteur. De ce fait, il a été proposé de modifier comme suit l'alinéa a) :

"a) Si l'établissement du garant/émetteur est situé dans un Etat contractant ou, lorsque le garant/émetteur a plus d'un établissement, si l'établissement à partir duquel est ordonnée l'émission de l'engagement est situé dans un Etat contractant, ou..."

18. Cette proposition a toutefois reçu un appui insuffisant. Il a été jugé dans l'ensemble que les mots "dans lequel l'engagement a été émis", retenus dans le libellé actuel de l'alinéa a), étaient adaptés à de tels cas.

19. Il a été demandé si l'article premier avait pour effet de ne donner aux parties que le choix d'écarter ou de retenir la Convention dans son ensemble, sans leur laisser la possibilité de modifier ou d'exclure certaines dispositions seulement. Il a été proposé que le projet de Convention comporte une disposition similaire à l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises ("La Convention des Nations Unies sur les ventes") autorisant les parties à écarter la Convention intégralement ou partiellement. Il a été répondu que la disposition actuelle ne traitait que du point de savoir si la Convention dans son ensemble pouvait être exclue et que les dispositions auxquelles les parties pouvaient déroger étaient indiquées par l'utilisation de mots tels que "sauf disposition contraire de l'engagement...".

20. Il a également été demandé quelles seraient les incidences juridiques pour des parties qui écarteraient le projet de Convention, mais qui auraient leur établissement dans un Etat ayant adopté la Convention en tant que loi nationale. Il a été avancé que, dans un tel cas, le fait d'écarter la Convention n'aurait pas de conséquences pratiques. Il a été répondu que le projet de Convention ne saurait traiter de la question de savoir quelles seraient les conséquences juridiques si les parties choisissaient d'exclure la Convention, notamment parce cela dépendrait de la situation de chaque Etat contractant.

21. Il a été proposé d'ajouter à la fin du paragraphe 1 des mots tels que "ou, pour ce qui est de la relation entre le garant/émetteur et le donneur d'ordre, à moins que ces parties n'excluent l'application de la Convention". Cette proposition avait pour objet de faire en sorte que le donneur d'ordre ne soit pas privé de la protection offerte par la Convention du fait d'un accord entre le garant/émetteur et le bénéficiaire. Une telle conséquence pour des tiers était incompatible, a-t-on déclaré, avec certains systèmes juridiques. Cette proposition n'a toutefois pas reçu un appui suffisant.

22. Une proposition tendant à mettre au pluriel, dans le chapeau du paragraphe 1, les mots "tout engagement international" a été renvoyée au groupe de rédaction.

Alinéa b)

23. Selon un avis, l'alinéa b) pouvait être supprimé, car il n'ajoutait rien de substantiel quant aux motifs d'application de la Convention. A l'appui de cet avis, il a été déclaré que l'applicabilité sur la base des règles du droit international privé se fonderait invariablement sur le facteur de rattachement mentionné à l'alinéa a), sauf dans les cas où cette disposition servirait à reconnaître le choix par les parties du projet de Convention en tant que loi applicable. Il a été déclaré que, pour de tels cas, il serait préférable d'inclure simplement dans le projet de Convention une clause reconnaissant expressément le droit des parties d'opter pour la Convention. Il a été également déclaré que la disposition ne faisait peut-être qu'énoncer ce que les tribunaux feraient de toute façon, que cette disposition soit ou non incorporée, et qu'elle était donc sans doute superflue.

24. Selon l'avis qui a prévalu, l'alinéa b) avait un champ d'application potentiel plus large, ne se limitant pas aux cas où les parties optaient pour la

Convention, et qu'il faudrait donc le conserver. Cette solution était également plus conforme à l'approche retenue dans la Convention sur les ventes. On pouvait toutefois juger que le champ de l'alinéa b) dans le projet de Convention était limité par le fait que le texte comportait déjà des règles de conflit particulières, aux articles 21 et 22. En outre, la Commission a noté que l'alinéa b) pourrait être revu lors de l'examen d'une clause finale traitant des réserves relatives au projet de Convention.

25. Sous réserve de la décision ci-dessus, la Commission a approuvé la teneur du paragraphe 1 et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

26. Selon un avis, le paragraphe 2, qui avait pour objet de reconnaître aux parties à une lettre de crédit commerciale le droit d'opter pour la Convention, devrait être supprimé car il risquait d'entraver ou de contredire les normes et pratiques juridiques actuelles, telles qu'elles ressortaient des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU) élaborées par la Chambre de commerce internationale. On a également craint que le libellé de cette disposition ne soit pas suffisamment clair quant aux types d'instruments auxquels pourrait s'appliquer ce mécanisme d'option positive et on a jugé que, quoi qu'il en soit, il n'était pas nécessaire de reconnaître expressément le droit de choisir d'appliquer le projet de Convention aux lettres de crédit commerciales, car ce droit serait en général reconnu.

27. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu au sein de la Commission, il faudrait conserver une disposition du type de celle énoncée au paragraphe 2. Il a été noté que le droit des parties à des lettres de crédit commerciales d'opter pour le projet de Convention n'était pas en soi le problème, car aucune objection n'avait été soulevée à ce propos. Cela permettrait donc d'écarter le principal motif d'une controverse possible et il n'y aurait plus qu'à régler la question de savoir s'il serait utile de reconnaître expressément ce droit et de quelle manière une telle disposition devrait être libellée.

28. Pour ce qui est de la crainte d'une contradiction possible avec les normes et pratiques énoncées dans les RUU, il a été noté que l'objet essentiel du projet de Convention était d'appuyer l'application par les parties de règles contractuelles telles que les RUU. A ce propos, il a été rappelé que, durant tout le processus d'élaboration du projet de Convention, auquel avaient participé des personnalités ayant également pris part à l'élaboration des RUU, l'un des principes directeurs avait été de préserver la compatibilité avec les RUU et d'en assurer le respect dans son domaine d'application. La Commission a noté que le projet de Convention déférait à l'autonomie contractuelle des parties, comme il ressortait du fait que son texte était truffé de références à la liberté de déroger à diverses dispositions; si l'on jugeait qu'il subsistait des incompatibilités, il serait facile aux parties d'y remédier de cette manière au cas où elles le souhaiteraient.

29. En outre, il a été noté que les risques d'incompatibilité avec des règles contractuelles étaient réduits au minimum, car le projet de Convention avait avant tout pour objet de traiter de questions qui n'entraient pas dans le cadre de ces règles contractuelles et pour lesquelles l'absence d'uniformité constituait un sérieux obstacle à la pratique internationale en matière de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by (par exemple, des questions telles que l'uniformité internationale quant au moment de l'établissement de l'engagement et les mesures que les tribunaux pourraient être

habilités à prendre pour traiter du problème des demandes de paiement frauduleuses ou abusives). La Commission a en outre noté que, dans la mesure où l'on pourrait juger que le projet de Convention risquait de susciter des pratiques différentes des RUU, il fallait garder présent à l'esprit que les RUU elles-mêmes prévoyaient expressément la possibilité d'adopter des pratiques différentes, car un de leurs principes fondamentaux, qui s'appliquait aux accords contractuels, était que les parties pouvaient exclure ou modifier n'importe laquelle des dispositions des RUU.

30. Ayant convenu que la disposition permettant d'opter pour la Convention pour les lettres de crédit commerciales devrait être conservée, la commission a tourné son attention sur un autre problème : était-on suffisamment clair quant au type d'instruments auquel s'appliquerait cette clause d'option ? Il a été rappelé que le libellé actuel, qui visait en particulier les lettres de crédit commerciales sans les nommer expressément, tenait au fait que les termes "lettre de crédit commerciale" et "lettre de crédit stand-by" n'étaient pas universellement utilisés. De ce fait, la Commission a accepté et renvoyé au groupe de rédaction une suggestion selon laquelle on pourrait utiliser des termes tels que "lettres de crédit internationales autres qu'un engagement au sens de l'article 2".

Paragraphe 3

31. La Commission a confirmé la teneur du paragraphe 3, aux termes duquel les dispositions des articles 21 et 22 s'appliqueraient, de manière autonome, à tout cas dans lequel un choix devrait être effectué entre les lois d'Etats différents afin de déterminer la loi applicable à l'engagement, qu'il soit ou non décidé en dernière analyse que le projet de Convention s'appliquerait. Il a été noté que cette disposition avait donc pour objet d'énoncer une règle impérative de droit international privé qui serait utilisée pour déterminer la loi applicable et que sa portée n'était pas limitée à l'alinéa b) du paragraphe 1. Dans le même temps, il a été jugé dans l'ensemble que le libellé actuel n'était pas suffisamment clair. Il a été noté, par exemple, que l'on pouvait avoir des doutes non seulement sur le libellé lui-même, mais aussi sur le rapport entre cette disposition et le paragraphe 1. Pour ce qui est de savoir si l'on pouvait donner des sens différents au mot "international" figurant au paragraphe 3, à l'article 4 et aux articles 21 et 22, il a été jugé que la Convention ne devrait pas donner à ce mot des sens différents, mais devrait lui donner dans tous les cas le sens qu'il avait à l'article 4. La Commission a renvoyé le paragraphe 3 au groupe de rédaction, afin qu'il réponde aux préoccupations émises sur ce point.

Article 2. Engagement

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

"1. Aux fins de la présente Convention, un engagement est un engagement indépendant, habituellement désigné sous le nom de garantie indépendante ou lettre de crédit stand-by, pris par une banque ou une autre institution ou personne ("garant/émetteur), de payer au bénéficiaire un certain montant ou un montant déterminable sur simple demande ou sur présentation d'autres documents, conformément aux termes et à toutes conditions documentaires de l'engagement, indiquant, ou dont il peut être déduit, que le paiement est dû en raison de la non-exécution d'une obligation, ou pour toute autre éventualité, ou en raison d'un prêt ou d'une avance d'argent ou du fait de l'arrivée à échéance d'une dette du donneur d'ordre ou d'une autre personne.

2. L'engagement peut être pris :

a) à la demande ou sur les instructions du client ("donneur d'ordre") du garant/émetteur;

b) sur les instructions d'une autre banque, d'un autre établissement ou d'une autre personne ("partie ordonnatrice") agissant à la demande de son client ("donneur d'ordre"); ou

c) pour le compte du garant/émetteur lui-même.

3. Il peut être stipulé dans l'engagement que le paiement sera effectué sous toute forme, y compris :

a) par paiement dans une monnaie ou unité de compte spécifiée;

b) par acceptation d'une lettre de change (traite);

c) par paiement différé;

d) par la fourniture d'un article de valeur spécifié.

4. Il peut être stipulé dans l'engagement que le garant/émetteur lui-même est le bénéficiaire lorsqu'il agit pour une autre personne."

Paragraphe 1

33. La Commission a noté que le mot "autres" dans l'expression "sur présentation d'autres documents" avait pour but d'indiquer qu'une demande devait être présentée sous forme documentaire pour entrer dans le champ d'application de la Convention. Une autre approche concernant les engagements autorisant une demande orale pourrait être, a-t-il été suggéré, d'invalider les demandes orales en insérant dans la Convention une disposition indiquant que ces demandes étaient invalides. Il a été noté à cet égard que si l'on incluait de tels engagements dans le champ d'application du projet de convention, une demande devait, conformément à l'article 15, être faite sous une forme visée au paragraphe 2 de l'article 7, ce qui aurait pour effet d'exclure les demandes orales. La préférence a été donnée cependant au maintien de la formulation actuelle, ce qui avait pour conséquence de ne pas inclure les engagements prévoyant des demandes orales dans le champ d'application de la Convention.

34. Il a été demandé si les mots "sur simple demande ou sur présentation d'autres documents" ne risquaient pas de donner à penser que le projet de convention traitait uniquement les cas de simple demande ou de demande par présentation d'autres documents, en laissant de côté les cas où une demande serait accompagnée d'autres documents spécifiés. La Commission a reconnu que l'intention était de couvrir une demande accompagnée d'autres documents et a renvoyé la question au groupe de rédaction, qu'elle a chargé d'énoncer cette intention plus clairement.

35. Selon une suggestion, il faudrait préciser qu'un engagement ne pouvait être émis que par un garant/émetteur juridiquement habilité à le faire en vertu de la législation à laquelle il était soumis. On a fait remarquer que si l'on ajoutait une telle condition, il faudrait la formuler avec soin de façon à ne pas donner par inadvertance au garant/émetteur un moyen de défense ultra vires en vertu de la Convention. Il a été cependant demandé de faire preuve de

prudence car si l'on incluait une telle condition dans le projet de Convention, en particulier dans les dispositions traitant du champ d'application, les parties pourraient alors devoir se renseigner sur la capacité juridique du garant/émetteur pour établir si un engagement entraînait dans le champ d'application du projet de Convention. Après délibération, la Commission a décidé de garder la formulation actuelle, dans laquelle le projet de Convention ne traitait pas de la question de la capacité juridique des parties à un engagement.

36. Il a été proposé de supprimer les mots "habituellement désigné sous le nom de garantie indépendante ou lettre de crédit stand-by" au motif que cette formulation était étrangère à certains systèmes juridiques et pourrait entraîner une certaine confusion quant aux types exacts d'instruments que le projet de Convention était censé couvrir. Il a été fait observer, en réponse, que l'intention était de préciser que les lettres de crédit commerciales et autres instruments de caractère indépendant et promissoire n'étaient pas inclus dans la définition de l'"engagement" à l'article 2. Il a été noté par ailleurs que l'emploi des termes "habituellement désigné sous le nom de" était dû aux difficultés rencontrées pour parvenir à une définition généralement acceptable des termes "garantie indépendante" et "lettre de crédit stand-by". Plusieurs propositions d'ordre rédactionnel ont été faites, en vue d'apaiser les craintes exprimées par l'emploi des mots "habituellement désigné". Il a été proposé notamment de remplacer ces termes par des mots tels que "communément connu", "connu dans la pratique" ou "connu dans l'activité commerciale courante". Après délibération, la Commission a convenu de remplacer les mots "habituellement désigné" par les mots "connu dans la pratique internationale".

Paragraphe 2, 3 et 4

37. La Commission a jugé la teneur des paragraphes 2, 3 et 4 généralement acceptable.

38. Sous réserve des décisions susmentionnées, la Commission a jugé la teneur de l'article 2 généralement acceptable et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 3. Indépendance de l'engagement

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

"Aux fins de la présente Convention, un engagement est indépendant lorsque l'obligation du garant/émetteur envers le bénéficiaire n'est pas subordonnée à l'existence ou à la validité d'une opération sous-jacente, ni à tout autre engagement (y compris une lettre de crédit stand-by ou garantie indépendante à laquelle se rapporte une confirmation ou une contre-garantie), ni à tout terme ou condition ne figurant pas dans l'engagement, ni à tout acte ou fait futur et incertain, à l'exception de la présentation de documents ou d'un autre acte ou fait de même nature susceptible d'être constaté par un garant/émetteur dans l'exercice de son activité."

40. On s'est demandé s'il n'y avait pas incompatibilité entre l'article 3, qui disposait, en tant qu'élément essentiel de l'indépendance, que l'engagement n'était pas subordonné à la validité de l'opération sous-jacente, et l'article 19 -2 b), aux termes duquel l'un des types de situation dans lesquels une demande n'avait pas de justification concevable était le cas où l'obligation sous-jacente avait été déclarée invalide par un tribunal. Il a été avancé que

l'on pourrait remédier à cet incompatibilité en disposant que l'article 3 s'entendait sous réserve des dispositions de l'article 19-2 b). Il a été répondu que ces deux dispositions n'étaient pas incompatibles, car l'article 3 visait à définir la notion d'indépendance aux fins de déterminer les instruments qui entraient dans le champ d'application du projet de convention et à différencier de tels engagements des instruments accessoires qui étaient directement subordonnés à l'existence et à la validité de l'obligation sous-jacente; par contre, l'article 19-2 b) visait à invalider, pour des raisons de fraude, certains des engagements qui étaient régis par le projet de convention. Il a toutefois été avancé que l'on pourrait préciser la disposition en remplaçant les mots "n'est pas subordonnée à" par les mots "ne dépend pas de". Cette suggestion a été acceptée et renvoyée au groupe de rédaction.

41. Sous réserve des décisions ci-dessus, la Commission a jugé que le projet d'article 3 était dans l'ensemble acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 4. Internationalité de l'engagement

42. Le texte du projet d'article examiné par la Convention était le suivant :

"1. Un engagement est international si les établissements, tels qu'ils sont spécifiés dans l'engagement, de deux des personnes suivantes sont situés dans des Etats différents : garant/émetteur, bénéficiaire, donneur d'ordre, partie ordonnatrice, confirmateur.

2. Aux fins du paragraphe précédent :

a) si l'engagement mentionne plus d'un établissement pour une personne donnée, l'établissement à prendre en considération est celui qui présente la relation la plus étroite avec l'engagement;

b) si l'engagement ne spécifie pas d'établissement pour une personne donnée, mais indique sa résidence habituelle, cette résidence est à prendre en considération pour la détermination du caractère international de l'engagement."

43. Il a été proposé de supprimer l'alinéa 2 b) et de remplacer au paragraphe 1 les mots "... tels qu'ils sont spécifiés dans l'engagement..." par le libellé suivant :

"1. Un engagement est international si les établissements de deux des personnes suivantes sont situés dans des Etats différents et si ces établissements sont spécifiés dans l'engagement : garant/émetteur, bénéficiaire, donneur d'ordre, partie ordonnatrice, confirmateur.

2. Si l'engagement mentionne plus d'un établissement pour une personne donnée, l'établissement à prendre en considération est celui qui présente la relation la plus étroite avec l'engagement."

44. Cette modification proposée avait pour objet d'énoncer une règle dans les cas où un ou plusieurs des établissements n'étaient pas expressément indiqués dans l'engagement et donc de se conformer plus étroitement à l'approche plus objective retenue au paragraphe 2 de l'article premier de la Convention sur les ventes. Il s'agissait également de donner plus de précisions dans les cas où l'engagement spécifiait un établissement objectivement erroné. En effet, le

libellé actuel permettrait aux parties d'opter pour la Convention en énumérant un établissement erroné, alors qu'il ne faudrait accepter qu'une option positive sans arrière-pensées. La proposition supprimait également la référence à la résidence habituelle des parties n'ayant pas d'établissement en tant que tel.

45. Cette proposition n'a toutefois pas reçu un appui suffisant. Il a été jugé dans l'ensemble que le libellé actuel, selon lequel l'internationalité serait déterminée sur la base des informations figurant sur l'engagement, était mieux adapté au caractère documentaire et au contexte des opérations régies par le projet de convention. Il a été souligné que les types d'opérations régis par le projet de convention n'exigeaient du garant/émetteur qu'il n'examine que le texte même de l'engagement et qu'en ce sens, ils différaient des opérations régies par la Convention sur les ventes. Il a donc été jugé approprié que le texte ait retenu une approche similaire à celle adoptée dans la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, qui était également axée sur les renseignements figurant sur l'instrument même. En outre, la proposition ci-dessus était trop complexe, car elle exigeait que l'on s'assure à la fois de l'établissement effectif et de celui figurant sur l'instrument, étant entendu qu'en cas de différence entre les deux, la Convention ne s'appliquerait pas.

46. La Commission a ensuite examiné plusieurs questions concernant les catégories de parties énumérées au paragraphe 1 dont l'établissement était pertinent pour déterminer l'internationalité de l'engagement. Comme il avait été demandé pourquoi il était nécessaire de faire figurer le confirmateur à l'article 4, alors qu'en vertu de l'article 6, il était inclus dans la définition du "garant/émetteur", la Commission a rappelé pourquoi le Groupe de travail en avait décidé ainsi et elle a réaffirmé cette décision. Le Groupe de travail avait inclus une référence au confirmateur, alors qu'il n'avait pas jugé approprié de faire référence à l'établissement du contre-garant. Le Groupe de travail avait noté que, dans le cas typique d'une confirmation, le garant/émetteur et le bénéficiaire seraient dans des pays différents et que le confirmateur serait dans le même pays que le bénéficiaire. En revanche, le garant/émetteur d'une garantie appuyée par une contre-garantie serait normalement dans le même pays que le bénéficiaire, de telle sorte qu'une garantie nationale deviendrait un engagement international relevant de la Convention du fait de l'ajout au paragraphe 1 d'une référence à l'établissement du contre-garant (A/CN.9/405, par. 92).

47. Il a également été souligné que le système terminologique établi à l'article 6 et utilisé dans le projet de Convention prévoyait l'utilisation générale du terme "garant/émetteur"; de ce fait, les dispositions faisant référence au garant/émetteur pourraient, selon le contexte d'une opération donnée, s'appliquer séparément et individuellement à un contre-garant ou à un confirmateur. Dans le même temps, cette approche terminologique générale ne signifiait pas, notamment aux fins de l'article 4, que les établissements du garant/émetteur et d'un confirmateur ne pourraient être pris en compte pour déterminer l'internationalité d'un engagement dans un cas donné.

48. Il a été proposé d'ajouter aux catégories de parties énumérées au paragraphe 1 une référence aux établissements des cessionnaires d'engagements et des bénéficiaires des produits des engagements. Il a été jugé qu'un tel ajout renforcerait l'uniformité visée par le projet de Convention et réduirait les incertitudes juridiques, notamment pour des engagements tels que "les lettres de crédit stand-by à paiement direct" pour lesquelles il pourrait y avoir une multiplicité de cessionnaires dans différents pays. A l'appui de cette

proposition, on a avancé qu'il serait acceptable d'élargir ainsi le champ de cette disposition aux cas où il y aurait par exemple, sur l'engagement, une indication de sa cessibilité, ou aux cas où un engagement distinct serait émis afin d'effectuer le paiement en faveur d'un tiers. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il ne serait pas approprié d'élargir la liste des catégories visées au paragraphe 1 comme il était proposé. On craignait en effet que l'ajout, au paragraphe 1, d'une mention des cessionnaires et bénéficiaires ne fasse courir aux parties à un engagement le risque de voir modifiée la base contractuelle de l'engagement, simplement du fait d'un transfert ou d'une cession du produit. Il a été noté que l'objectif visé par la proposition serait atteint en application du texte actuel dans les cas fréquents où le transfert ait été effectué par émission d'un nouvel engagement.

49. Après un débat, la Commission a jugé que le projet d'article 4 était dans l'ensemble acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

CHAPITRE II. INTERPRETATION

Article 5. Principes d'interprétation

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

"Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et d'assurer le respect de la bonne foi dans la pratique internationale en matière de garantie indépendante et de lettre de crédit stand-by".

51. La Commission a jugé le projet d'article 5 acceptable dans l'ensemble quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 6. Définitions

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

"Aux fins de la présente Convention et sauf disposition contraire de ladite Convention, ou à moins que le contexte ne s'y oppose :

a) Le terme "engagement" inclut une "contre-garantie" et la "confirmation d'un engagement";

b) Le terme "garant/émetteur" inclut le "contre-garant" et le "confirmateur".

c) Le terme "contre-garantie" désigne un engagement pris envers le garant/émetteur d'un autre engagement par sa partie ordonnatrice et prévoyant un paiement sur simple demande ou sur présentation d'autres documents, conformément aux termes et à toutes conditions documentaires de l'engagement, indiquant, ou dont il peut être déduit, que le paiement en vertu de cet engagement a été demandé à la personne émettant cet autre engagement ou effectué par elle;

d) Le terme "contre-garant" désigne la personne qui émet une contre-garantie;

e) Le terme "confirmation" d'un engagement désigne un engagement s'ajoutant à celui du garant/émetteur, et autorisé par le garant/émetteur, donnant au bénéficiaire la possibilité de demander paiement au confirmateur, au lieu du garant/émetteur, sur simple demande ou sur présentation d'autres documents, conformément aux termes et à toutes conditions documentaires de l'engagement confirmé, sans préjudice du droit du bénéficiaire à demander paiement au garant/émetteur;

f) Le terme "confirmateur" désigne la personne confirmant un engagement;

g) Le terme "document" désigne une communication faite sous une forme permettant d'en préserver un enregistrement complet."

53. La Commission a jugé que le projet de l'article 6 était acceptable dans l'ensemble quant au fond, notant que les éclaircissements proposés pour l'article 2, concernant les mots "sur simple demande ou sur présentation d'autres documents", seraient examinés par le groupe de rédaction pour ce qui est des alinéas c) et e) également.

54. Sous réserve de la décision ci-dessus, la Commission a jugé que le projet de l'article 6 était acceptable dans l'ensemble quant au fond.

CHAPITRE III. FORME ET TENEUR DE L'ENGAGEMENT

Article 7. Emission, forme et irrévocabilité de l'engagement

55. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"1. L'émission d'un engagement se produit au moment et au lieu où l'engagement cesse d'être sous le contrôle du garant/émetteur intéressé.

2. Un engagement peut être émis sous toute forme préservant un enregistrement complet du texte dudit engagement et permettant une authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou selon une procédure convenue entre le garant/émetteur et le bénéficiaire.

3. Dès le moment de l'émission d'un engagement, une demande de paiement peut être faite, conformément aux termes et conditions de l'engagement, à moins que celui-ci ne stipule un autre moment.

4. L'engagement est irrévocable dès son émission, à moins qu'il n'ait été stipulé qu'il est révocable."

56. On a demandé si les paragraphes 1 et 2 étaient impératifs, dans ce sens que les parties ne pouvaient ni s'accorder sur d'autres moments pour l'émission, ni convenir de passer des engagements oraux. Il a été fait observer, en réponse, que le paragraphe 1 donnait simplement une définition de l'émission. Il était important d'établir le moment de cette émission comme un point précis dans le temps, dans la mesure où il s'agissait du moment à partir duquel le garant/émetteur était lié par l'engagement. Pour ce qui était du paragraphe 2, il a été indiqué qu'il traduisait le principe convenu dans le Groupe de travail, à savoir que le projet de convention ne couvrirait pas les engagements oraux.

57. Il a été proposé de stipuler au paragraphe 1 que l'émission ne se produisait que lorsque l'engagement pris par le garant/émetteur vis-à-vis du bénéficiaire était un acte volontaire, de façon à éliminer les cas où ledit engagement pourrait cesser d'être sous le contrôle du garant/émetteur sans que celui-ci n'exprime explicitement le souhait d'être lié par l'engagement, par exemple en cas de vol. On a fait observer cependant que, selon le libellé actuel du projet de convention, toute émission d'engagement qui n'était pas autorisée par le garant/émetteur pouvait être considérée comme une fraude, dûment traitée dans les dispositions de l'article 19.

58. On a fait valoir que la définition actuelle du terme "émission" au paragraphe 1 laissait une lacune dans le projet de convention. Pour illustrer cet argument, on a cité le cas hypothétique d'une banque dans un pays A qui donnait pour instruction à une banque dans un pays B d'émettre un engagement à un moment donné. Il a été déclaré que, dans une telle situation, même si les deux pays étaient des Etats contractants, l'engagement n'entrerait pas dans le champ d'application de la Convention, car l'établissement où l'engagement aurait été émis ne serait pas celui de la banque du pays A. Il a été fait remarquer cependant qu'un tel cas montrait que, lors de l'application d'une règle générale sur l'émission, il pourrait être nécessaire d'examiner la nature des relations entre les banques pour déterminer quand l'engagement cessait effectivement d'être sous le contrôle du garant/émetteur. Après délibération, la Commission a décidé de ne pas modifier la teneur de l'article 7.

Article 8. Modification

59. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"1. Un engagement ne peut être modifié, sauf sous la forme stipulée dans l'engagement ou, faute d'une telle stipulation, sous la forme visée au paragraphe 1 de l'article 7.

2. Sauf disposition contraire de l'engagement ou convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, un engagement est modifié lors de l'émission de la modification si :

a) la modification a été autorisée au préalable par le bénéficiaire;
ou

b) la modification ne porte que sur la prolongation de la période de validité de l'engagement;

dans le cas où une modification n'entre pas dans le champ d'application des alinéas a) et b) du présent paragraphe, l'engagement n'est modifié que lorsque le garant/émetteur reçoit un avis d'acceptation de la modification par le bénéficiaire dans une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7.

3. La modification d'un engagement n'a d'effet sur les droits et obligations du donneur d'ordre (ou d'une partie ordonnatrice) ou d'un confirmateur de l'engagement que s'ils acceptent ladite modification."

Paragraphe 1

60. Après avoir pris note du fait que la référence au paragraphe 1 de l'article 7 serait remplacée par une référence au paragraphe 2 de cet article,

la Commission a jugé que le paragraphe 1 était généralement acceptable et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Paragraphe 2

61. Il a été proposé de supprimer le paragraphe 2 au motif qu'il était axé sur la relation entre le garant/émetteur et le bénéficiaire et que, contrairement aux dispositions des RUU concernant la modification, il n'exigeait pas le consentement du confirmateur, même si l'on tenait compte du fait que le paragraphe 3 faisait référence aux incidences d'une modification sur la situation d'un confirmateur. Il a été déclaré qu'il y avait donc risque de créer une contradiction entre les deux textes. Selon l'avis qui a prévalu, cependant, il était utile de garder une disposition traitant les questions soulevées au paragraphe 2, sans aller pour autant à l'encontre des RUU. Un appui insuffisant a été exprimé en faveur d'une proposition tendant à inclure dans le texte une définition de la notion d'"émission" d'une modification, dans la mesure où l'on n'entendait pas ainsi soulever nécessairement des questions foncièrement différentes de la notion d'émission d'un engagement.

62. Selon un avis, le paragraphe 2 était libellé de telle manière qu'il pourrait concerner les engagements tant révocables qu'irrévocables, alors que l'article 8 des RUU permettait à l'émetteur de modifier son engagement révocable à tout moment avant que le bénéficiaire fasse une demande à ce titre. Toutefois, après délibération, la Commission a estimé que l'approche actuelle était satisfaisante sur ce point et qu'il n'était pas nécessaire de préciser davantage la question de la modification des crédits révocables. On a fait observer, par exemple, qu'il était possible d'établir une distinction entre la question de la révocation et la question de la procédure à suivre pour les modifications et du moment où celles-ci prenaient effet. On a fait remarquer par ailleurs que l'on pouvait juger la question dûment traitée par l'interprétation de la clause faisant référence à la liberté contractuelle des parties d'écartier la disposition au début du paragraphe 2.

63. S'agissant de la teneur précise du paragraphe 2, l'avis général a été qu'il faudrait retenir l'admissibilité de la notion d'autorisation préalable des modifications par le bénéficiaire mentionnée à l'alinéa a). Il a été convenu par ailleurs que, contrairement à une proposition qui avait été faite, une autorisation préalable ne devrait pas être soumise à une condition de forme telle que le paragraphe 2 de l'article 7. Toutefois, plusieurs propositions ont été faites tendant à affiner la formulation de cette notion. Il a été proposé par exemple de parler non pas de modifications préalablement autorisées mais plutôt de modifications "demandées" par le bénéficiaire, de façon à tenir compte du fait que, dans de nombreux cas, c'était une demande du bénéficiaire qui donnait effectivement lieu à une modification. On a cependant quelque peu hésité à parler de "demande", car une telle notion pourrait, a-t-on fait remarquer, créer des incertitudes au niveau opérationnel, en particulier dans le cas d'engagements où les modifications étaient autorisées au préalable et non pas vraiment demandées. Un tel cas pouvait se produire, par exemple, lorsque le montant de l'engagement était augmenté ou diminuait automatiquement et qu'en tirant, le bénéficiaire consentait à un accroissement ou à une diminution de ce montant, la condition d'un tel consentement étant indiquée dans le mémorandum ou dans d'autres documents relatifs à une émission d'obligations pour laquelle l'engagement servait d'instrument de paiement.

64. La Commission a examiné plus avant les objections soulevées dans le Groupe de travail concernant l'inclusion de l'alinéa b), en vertu duquel les

modifications consistant uniquement en une prolongation de la période de validité de l'engagement prenaient effet au moment de l'émission, sans le consentement du bénéficiaire. Ces objections visaient essentiellement le cas des "stand-by financiers à taux d'intérêt variable" qui, s'ils étaient prolongés, pouvaient priver le bénéficiaire de la possibilité de choisir un taux d'intérêt fixe plus avantageux à la fin de la période de validité initiale, bien que, dans un tel cas, la prolongation de la période de validité ne soit pas véritablement le seul effet de la modification. On a exprimé la crainte cependant qu'en l'absence d'une disposition allant dans le sens de l'alinéa b), il ne soit difficile dans certains cas de savoir si le bénéficiaire pouvait se fier à un avis de prolongation émanant du garant/émetteur, car il arrivait souvent dans la pratique que le bénéficiaire ne réponde pas à un tel avis, mais fasse une demande de paiement dans les nouveaux délais. En cas de suppression de l'alinéa b), il pourrait être tenu compte de cette crainte en choisissant pour l'alinéa a) un libellé tel que "autorisée au préalable ou acceptée de toute autre manière par le bénéficiaire". Après délibération, la Commission a émis l'avis que l'alinéa b) devrait être supprimé en raison des problèmes qu'il risquait de soulever dans la pratique des lettres de crédit stand-by.

65. Après l'échange de vues sur le libellé du paragraphe 2, il a été suggéré de se limiter dans cette disposition à indiquer que, sauf accord contraire, un engagement était modifié lorsque la modification était acceptée. On a fait valoir qu'une disposition plus limitée et simplifiée permettrait d'éviter de stipuler de façon trop précise le moment auquel une modification prenait effet et serait donc plus facilement applicable dans une multitude de situations différentes et dans lesquelles il pourrait être difficile d'appliquer une règle plus précise concernant le moment où les modifications entrent en vigueur. La Commission n'a toutefois pas voulu adopter une telle approche, estimant que l'approche fondamentale que reflétait le texte actuel contribuerait beaucoup plus à uniformiser le droit. Il a donc été décidé de conserver le paragraphe 2 dans sa forme actuelle, en supprimant toutefois l'alinéa b).

66. La Commission a renvoyé au groupe de rédaction une suggestion tendant à préciser que la disposition au début du paragraphe 2, reconnaissant l'autonomie des parties, s'étendait aussi à la deuxième partie du paragraphe, qui exposait une règle générale, à savoir que les modifications qui n'étaient pas autorisées au préalable prenaient effet au moment de leur acceptation.

Paragraphe 3

67. La Commission a estimé que le paragraphe 3 et, sous réserve des décisions susmentionnées, le reste du projet d'article 8, étaient généralement acceptables et a renvoyé cet article au groupe de rédaction.

Article 9. Transfert du droit du bénéficiaire de demander paiement

68. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"1. Le droit du bénéficiaire de demander paiement en vertu de l'engagement ne peut être transféré que si cela est autorisé, dans la mesure où cela est autorisé et de la manière dont cela est autorisé par l'engagement.

2. Si un engagement est désigné comme transférable sans qu'il soit spécifié si le consentement du garant/émetteur ou de toute autre personne autorisée est requis pour qu'il y ait effectivement transfert, ni le garant/émetteur, ni aucune autre personne autorisée n'est tenu d'effectuer

de transfert, si ce n'est dans la mesure et de la manière expressément acceptées par lui."

69. Une question a été soulevée quant au sens que l'on voulait donner aux mots "dans la mesure où cela est autorisé et de la manière dont cela est autorisé par engagement". En réponse à cette question, il a été indiqué que, dans le cas du transfert d'un engagement, se posaient non seulement la question du pouvoir même de transférer, mais aussi celle du pourcentage de l'engagement sur lequel portait le transfert ainsi que des questions de procédure, comme la question de savoir si le transfert devrait s'accompagner de l'émission d'un deuxième instrument contenant certaines modifications. Il a été noté en même temps que le groupe de rédaction pourrait essayer utilement de trouver un libellé qui établirait une distinction plus nette entre ces différents éléments de l'autorisation.

70. L'attention de la Commission a été attirée sur la question de savoir si, en cas d'insolvabilité du bénéficiaire, le droit de demander paiement en vertu de l'engagement serait considéré comme faisant partie de la masse de l'insolvabilité, de sorte qu'il pourrait être inclus dans les avoirs disponibles pour désintéresser les créanciers. Il a été convenu que cette question n'entraînait pas dans le cadre du projet de convention.

71. Après délibération, la Commission a jugé que le projet d'article était généralement acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 10. Cession du produit

72. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"1. Sauf disposition contraire de l'engagement ou sauf convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, le bénéficiaire peut céder à une autre personne tout produit auquel il peut ou pourra avoir droit en vertu de l'engagement.

2. Si le garant/émetteur, ou toute autre personne tenue d'effectuer le paiement, a reçu un avis du bénéficiaire sous une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7 faisant état de la cession irrévocable par le bénéficiaire, le paiement au cessionnaire libère le débiteur, dans la mesure du paiement qu'il effectue, de son obligation en vertu de l'engagement."

73. La Commission a confirmé la décision du Groupe de travail de n'imposer aucune exigence de forme particulière à la renonciation par le bénéficiaire au droit de cession qui lui était conféré au titre du paragraphe 1.

74. La Commission a noté que les termes "avis du bénéficiaire", au paragraphe 2, visaient à indiquer que seul le bénéficiaire, du point de vue de la pratique, pouvait être une source effective d'avis informant le garant/émetteur de la cession. On a cependant demandé pourquoi il devait en être ainsi puisque, en vertu des règles générales du droit applicables à la cession dans divers systèmes juridiques, le cessionnaire pouvait donner avis effectif de la cession au débiteur, le raisonnement étant que c'était le cessionnaire qui était la partie ayant intérêt à être payée du fait de la cession. En réponse à cette question, on a indiqué qu'il était important que le bénéficiaire soit l'auteur (mais pas nécessairement le remettant) de l'avis, car c'était son droit au paiement qui était cédé. On a également souligné que, dans

les opérations internationales couvertes par le projet de convention, qui différaient des autres contextes commerciaux, il était particulièrement important, du fait que seul le bénéficiaire désigné dans l'engagement pouvait faire une demande de paiement ou effectuer une cession irrévocable, qu'il soit aussi l'auteur de l'avis de cession pour que celui-ci fasse foi. On a fait observer aussi que l'article 10 ne visait pas à régler toutes les questions liées aux cessions et que le paragraphe 2 se limitait à l'avis de cession, qui aurait pour effet de libérer l'obligé au moment du paiement au cessionnaire. Selon une suggestion, une solution envisageable serait peut-être d'indiquer que l'avis de cession pourrait être émis par le cessionnaire avec le consentement ou l'autorisation du bénéficiaire. On a toutefois souligné qu'il faudrait qu'une telle disposition mette l'accent sur le bénéficiaire en tant qu'auteur de l'avis.

75. Il a été estimé que les termes "avis du bénéficiaire" étaient ambigus et que l'on risquait de mal comprendre qui devrait être la source de l'avis. Il a donc été décidé de préciser que l'avis devrait émaner du bénéficiaire, sans donner à entendre que celui-ci devait le remettre en personne.

76. La Commission s'est prononcée contre l'adjonction du terme "irrévocable" dans le titre du projet d'article, car il a été estimé que cela ne serait pas conforme au fait que le paragraphe 1 constituait une reconnaissance générale du droit du bénéficiaire de céder le produit, que la cession soit ou non irrévocable. En même temps, il a été noté que, dans la pratique, les cessions révocables de produits étaient d'un intérêt limité.

77. Sous réserve des décisions ci-dessus, la Commission a jugé l'article 10 généralement acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 11. Extinction du droit de demander paiement

78. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"1. Le droit du bénéficiaire de demander paiement en vertu de l'engagement s'éteint lorsque :

a) le garant/émetteur a reçu du bénéficiaire une déclaration le libérant de son obligation dans une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7;

b) le bénéficiaire et le garant/émetteur sont convenus de la résiliation de l'engagement dans une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7;

c) le montant énoncé dans l'engagement a été payé, à moins que l'engagement ne prévoie un renouvellement ou une augmentation automatique du montant disponible ou ne prévoie de toute autre manière la continuation de l'engagement;

d) la période de validité de l'engagement a expiré conformément aux dispositions de l'article 12.

2. L'engagement peut disposer, ou le garant/émetteur et le bénéficiaire peuvent convenir par ailleurs, que le renvoi au garant/émetteur du document contenant l'engagement, ou une procédure constituant un équivalent fonctionnel du renvoi du document dans le cas de l'émission d'un engagement

sous une forme autre que sur papier, est requis pour que s'éteigne le droit de demander paiement, soit à lui seul, soit en conjonction avec l'un des faits visés aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 du présent article. Toutefois, en aucun cas la conservation d'un tel document par le bénéficiaire après que le droit de demander paiement a cessé conformément aux alinéas c) ou d) du paragraphe 1 du présent article ne préserve un droit quelconque du bénéficiaire en vertu de l'engagement."

Paragraphe 1

Alinéa a)

79. La Commission a jugé que l'alinéa a) était dans l'ensemble acceptable quant au fond, notant que la référence au paragraphe 1 de l'article 7 serait remplacée par une référence au paragraphe 2 de cet article.

Alinéa b)

80. Il a été proposé de modifier l'alinéa b), afin de permettre le choix par les parties de la forme dans laquelle la résiliation de l'engagement peut être faite. Il a été noté que, puisque le paragraphe 1 de l'article 8 donnait aux parties la possibilité d'aller jusqu'à prévoir des modifications orales, les parties devraient se voir offrir la même possibilité pour ce qui est de la résiliation. La Commission a accepté la proposition et l'a renvoyée au groupe de rédaction.

Alinéa c)

81. Il a été proposé de supprimer les mots "à moins que l'engagement ne prévoie un renouvellement ou une augmentation automatiques du montant disponible ou ne prévoie de toute autre manière la continuation de l'engagement", car, comme ils faisaient référence à un cas dans lequel on ne pourrait pas considérer que le "montant énoncé" avait été intégralement payé, cette exemption n'était pas nécessaire. Il a toutefois été noté que cette référence aux engagements automatiquement renouvelables était justifiée par le fait qu'il fallait clairement indiquer que, même dans les cas où la valeur nominale de l'engagement avait été entièrement payée, l'engagement restait valide en attendant le renouvellement du montant. Cela étant entendu, la Commission a décidé de conserver le libellé actuel de l'alinéa c).

Alinéa d)

82. La Commission a jugé que l'alinéa d) était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Paragraphe 2

83. On a craint que le libellé actuel du paragraphe 2, autorisant les parties à convenir que seul le renvoi des documents contenant l'engagement pouvait entraîner l'extinction du droit de demander paiement, pourrait avoir l'effet indésirable suivant : même si le bénéficiaire émettait régulièrement une déclaration libérant le garant/émetteur de son obligation, une telle déclaration serait sans effet, à moins qu'elle ne s'accompagne d'un renvoi des documents. Il a été proposé d'améliorer ce libellé en disposant que la survenance d'un des faits visés aux alinéas a) à d) du paragraphe 1 éteindrait le droit de demander paiement, même si le bénéficiaire conservait le document contenant l'engagement.

84. Diverses suggestions ont été faites pour répondre à ces préoccupations. Selon une proposition, il faudrait modifier la première phrase du paragraphe 2 en supprimant les mots "soit à lui seul, soit en conjonction avec l'un des faits visés aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 du présent article" et en enlevant à la deuxième phrase les mots "aux alinéas c) ou d) du". Toutefois, il a été noté qu'il pouvait être important de préserver la différence entre les faits mentionnés aux alinéas a) et b) du paragraphe 1, qui dépendaient des mesures prises par le bénéficiaire, et ceux visés aux alinéas c) et d), qui n'en dépendaient pas. Selon une autre proposition, il fallait supprimer le paragraphe 2 et insérer au paragraphe 1 un alinéa e) aux termes duquel, si cela était stipulé dans l'engagement, le renvoi des documents contenant l'engagement éteindrait le droit de demander paiement, mais la conservation des documents après que se seraient produits les faits visés aux alinéas a) à d) ne préserverait aucun droit du bénéficiaire. Selon une proposition similaire, il fallait conserver le paragraphe 2, mais supprimer à la deuxième phrase les mots "aux alinéas c) ou d) du". Il a également été proposé, afin de déférer à la liberté contractuelle des parties, de disposer que l'engagement pouvait stipuler que le renvoi des documents était absolument nécessaire pour entraîner l'extinction du droit de demander paiement, même si les faits visés aux alinéas a) ou b) du paragraphe 1 s'étaient produits. Aucune de ces propositions n'a toutefois reçu un large appui.

85. Après un débat, l'avis qui a prévalu au sein de la Commission a été de conserver le texte dans son libellé actuel. En réaffirmant l'approche retenue, la Commission a noté qu'il importait d'indiquer clairement les cas dans lesquels la possession des documents ne préservait pas les droits du bénéficiaire, afin de ne pas laisser entendre que les engagements régis par le projet de convention pouvaient avoir les attributs de la négociabilité et d'éviter le risque de voir circuler frauduleusement des engagements au titre desquels le droit à paiement était éteint. Il a également été rappelé qu'une telle approche permettrait de préciser la situation dans les systèmes juridiques où la simple possession des documents pourrait être considérée comme une preuve suffisante de la légitimité d'une créance du bénéficiaire.

Article 12. Expiration

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

"La période de validité de l'engagement expire :

a) à la date d'expiration, qui peut être une date spécifiée ou le dernier jour d'un délai déterminé énoncé dans l'engagement, étant entendu que, si la date d'expiration n'est pas un jour ouvrable là où est situé l'établissement du garant/émetteur où l'engagement est émis, ou de toute autre personne, ou dans tout autre lieu spécifié dans l'engagement pour la présentation de la demande de paiement, la période de validité expire le premier jour ouvrable suivant cette date;

b) si l'expiration est fonction, selon l'engagement, de la survenance d'un acte ou d'un fait n'entrant pas dans la sphère d'activité du garant/émetteur, lorsque le garant/émetteur reçoit confirmation de la survenance de cet acte ou de ce fait par la présentation du document spécifié à cette fin dans l'engagement ou, si aucun document n'est spécifié, d'une attestation du bénéficiaire certifiant que l'acte ou le fait est survenu;

c) si l'engagement n'énonce pas une date d'expiration, ou si la survenance de l'acte ou du fait dont l'expiration est réputée dépendre n'a pas encore été établie par présentation du document requis, lorsque six ans se sont écoulés à compter de la date d'émission de l'engagement."

Alinéa a)

87. La Commission a jugé que l'alinéa a) était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Alinéa b)

88. Une suggestion tendant à remplacer le mot "confirmation" par un mot plus approprié a été acceptée et renvoyée au groupe de rédaction au motif que le terme "confirmation" avait dans le projet de convention un sens particulier défini qui n'était pas celui que l'on voulait lui donner à l'alinéa b).

89. On a demandé pourquoi l'alinéa b) faisait référence à "un acte ou un fait n'entrant pas dans la sphère d'activité du garant/émetteur". En réponse à cette question, il a été souligné que si l'alinéa b) visait à exclure les conditions non documentaires en général, les mots en question avaient pour but de permettre la prise en compte par le garant/émetteur de faits qui n'entraient pas dans sa sphère directe et immédiate d'activité et n'exigeaient donc pas qu'il entreprenne des recherches complémentaires, par exemple qu'il vérifie qu'un versement anticipé a été fait à ses propres guichets.

Alinéa c)

90. On s'est demandé si le libellé actuel de l'alinéa c) ne risquait pas d'être interprété comme couvrant le cas où l'engagement stipulait une date d'expiration et la survenance d'un fait dont dépendait l'expiration. Il a été proposé, pour préciser les choses, d'ajouter après la référence à la non-survenance de fait dont dépend l'expiration, les mots "et qu'une date d'expiration n'a pas été énoncée en plus." La question a été renvoyée au groupe de rédaction. On a toutefois fait observer que l'alinéa c), compte tenu de la restriction par laquelle il commence, ne serait en tout état de cause pas applicable lorsqu'une date d'expiration était stipulée, et que l'on pouvait comprendre que la situation était soumise à la règle générale de la limite des six ans sans l'ajout proposé. Il a été noté également que dans l'esprit du Groupe de travail, si l'engagement stipulait à la fois une date d'expiration et la survenance d'un fait, la première de ces deux conditions qui se réaliserait déclencherait l'expiration.

CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS

Article 13. Détermination des droits et obligations

91. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"1. Sous réserve des dispositions de la présente Convention, les droits et obligations du garant/émetteur et du bénéficiaire sont déterminés par les termes et conditions énoncés dans l'engagement, y compris toutes règles ou conditions générales ou tous usages qui y sont mentionnés expressément.

2. Pour l'interprétation des termes et conditions de l'engagement et pour le règlement de questions qui ne sont pas traitées dans les termes et

conditions de l'engagement ou dans les dispositions de la présente Convention, il sera tenu compte des règles et usages internationaux généralement acceptés de la pratique en matière de garanties indépendantes ou de lettres de crédit stand-by."

Paragraphe 1

92. Il a été demandé pourquoi le paragraphe 1 ne mentionnait pas les droits et obligations du donneur d'ordre, dont les droits et devoirs étaient mentionnés ou évoqués dans certaines des dispositions du projet de Convention. En réponse à cette question, on a indiqué que l'article 13 visait à régir uniquement les droits et obligations découlant de l'engagement, et qui étaient principalement ceux du garant/émetteur et du bénéficiaire. Une proposition a été faite visant à ajouter les mots "découlant de l'engagement" entre les mots "bénéficiaire" et "sont", de façon à préciser la portée de l'article 13. Bien que, selon un avis, l'ajout de ces mots ne soit pas nécessaire d'un point de vue rédactionnel, la Commission a décidé d'accepter la modification du libellé, dans l'espoir qu'elle rendrait plus clair le paragraphe 1.

93. La crainte a été exprimée que les mots "sous réserve des dispositions de la présente Convention" ne soient pas clairs et risquent d'être interprétés comme signifiant que l'engagement ne serait soumis qu'aux dispositions impératives de la Convention, ou que toutes les dispositions du projet de Convention avaient pour vocation d'être impératives, ou du moins toutes celles qui ne prévoyaient pas explicitement l'autonomie des parties. En réponse à cette crainte, il a été dit que les mots "sous réserve des dispositions de la présente Convention" avaient pour but d'indiquer que les droits et obligations des parties étaient soumis aux dispositions impératives de la Convention, aux termes et conditions de l'engagement, et à toutes les dispositions non impératives de la Convention qui n'étaient pas exclues ou modifiées par les parties. Il a également été souligné que ce libellé ne visait pas à aborder la question de savoir quelles dispositions étaient impératives et lesquelles ne l'étaient pas, car cette question était tranchée dans chaque article concerné.

94. Diverses suggestions de caractère rédactionnel ont été faites en vue d'éviter des erreurs d'interprétation possibles du fait notamment de l'emploi des mots "sous réserve". Il a été proposé par exemple de recourir à des formulations telles que "les droits et obligations découlant de l'engagement sont déterminés par la présente Convention", ou "sauf lorsque cela est prévu dans la présente Convention,". Après délibération, la Commission a décidé que l'on obtiendrait un libellé plus clair en supprimant les mots "sous réserve des dispositions de la présente Convention" et en ajoutant les mots "et par les dispositions de la présente Convention" à la fin du paragraphe 1. La Commission a prié le groupe de rédaction de mettre en application les décisions ci-dessus concernant le paragraphe 1.

Paragraphe 2

95. Selon une opinion, le libellé actuel du paragraphe 2 risquait de faire penser que, même si les parties excluaient expressément certains usages, un tribunal ou un tribunal arbitral pourrait, par interprétation, appliquer ces usages. Selon une suggestion, un moyen de rendre le texte plus clair serait d'ajouter un énoncé qui pourrait par exemple être libellé comme suit : "sauf si l'application de tels usages est spécifiquement exclue par les parties". Cette proposition a toutefois donné lieu à des objections. Il a été souligné, qu'en fait, toute stipulation expresse de ce type par les parties ferait probablement

partie des termes et conditions de l'engagement et ne serait donc pas ignorée par un tribunal ou un tribunal arbitral. Il a été indiqué en outre que le paragraphe 2 représentait un compromis équilibré auquel était parvenu le Groupe de travail, et que cet équilibre risquait d'être rompu par l'ajout suggéré, du fait notamment que, même si les parties stipulaient expressément dans l'engagement qu'elles ne recourraient pas à certains usages, un tribunal ou un tribunal arbitral pourrait néanmoins souhaiter se référer à de tels usages afin de s'appuyer sur une notion ou un principe de base pour résoudre un problème fondamental non prévu dans l'engagement. Après délibération, la Commission a décidé de conserver le paragraphe 2 tel quel.

96. Après délibération, la Commission a jugé que l'article 13, sous réserve des décisions ci-dessus, était dans l'ensemble acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 14. Normes de conduite et responsabilité du garant/émetteur

97. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"1. Lorsqu'il s'acquitte de ses obligations en vertu de l'engagement et de la présente Convention, le garant/émetteur agit de bonne foi et exerce un soin raisonnable compte tenu des normes généralement acceptées de la pratique internationale en matière de garanties indépendantes ou de lettres de crédit stand-by.

2. Le garant/émetteur ne peut être exonéré de sa responsabilité lorsqu'il n'agit pas de bonne foi ou s'il a commis une faute lourde."

Paragraphe 1

98. La Commission a jugé que le paragraphe 1 était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Paragraphe 2

99. La question a été posée de savoir si la responsabilité du garant/émetteur à laquelle il était fait référence au paragraphe 2 ne concernait que le bénéficiaire ou si elle concernait également le donneur d'ordre. Il a été répondu que le paragraphe 2 devait être lu avec le paragraphe 1, ce qui indiquerait que la responsabilité découlait de la non-exécution d'obligations en vertu de l'engagement ou de la Convention; si, pour l'essentiel, ces obligations concernaient le bénéficiaire, certaines concernaient le donneur d'ordre.

100. Il a été proposé de supprimer le mot "lourde" au paragraphe 2. A l'appui de cette proposition, il a été précisé que le garant/émetteur devrait être responsable non seulement en cas de faute lourde, mais également en cas de simple négligence. En réponse à cette proposition, il a été fait observer que cette disposition n'avait pas pour but d'exonérer le garant/émetteur de sa responsabilité en cas de négligence, mais de limiter la mesure dans laquelle les parties pouvaient convenir d'une exonération de responsabilité en cas de négligence. Il a été rappelé à cet égard que dans certaines situations commerciales, les parties convenaient librement d'une obligation de diligence moins stricte concernant l'examen des demandes de paiement, et que cette disposition était destinée à tenir compte de ces pratiques. Au vu de ces explications, la Commission a décidé de garder le libellé du paragraphe 2.

101. Après délibération, la Commission a considéré que l'article 14 était dans l'ensemble acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 15. Demande

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

"Toute demande de paiement en vertu de l'engagement est faite dans une forme visée au paragraphe 1 de l'article 7 et conformément aux termes et conditions de l'engagement. En particulier, toute attestation ou tout autre document requis par l'engagement sont présentés, durant la période où la demande de paiement peut être faite, au garant ou à l'émetteur au lieu où l'engagement a été émis, à moins qu'une autre personne ou un autre lieu n'ait été spécifié dans l'engagement. Si aucune attestation ou aucun autre document n'est requis, le bénéficiaire, lorsqu'il demande le paiement, est réputé certifié implicitement que la demande n'est pas de mauvaise foi ni incorrecte de toute autre manière."

103. La Commission a noté que la référence dans la première phrase au paragraphe 1 de l'article 7 serait modifiée et qu'il serait fait référence au paragraphe 2 dudit article.

104. La Commission a convenu que la deuxième phrase, qui autorise les parties à un engagement à s'écarter de la règle générale selon laquelle tous les documents devant être présentés pour obtenir le paiement devraient l'être au garant ou à l'émetteur au lieu où l'engagement a été émis, devrait également leur permettre de spécifier dans l'engagement une autre solution pour ce qui est du délai et, par exemple, de convenir que la seule expédition, au lieu de l'expédition et de la réception des documents, doit intervenir avant l'expiration de la période de validité.

105. Il a été proposé que la disposition énoncée à la dernière phrase de l'article 15, aux termes de laquelle le bénéficiaire qui présente une demande de paiement au titre d'un engagement sur simple demande certifiée implicitement que celle-ci n'est pas frauduleuse ou abusive conformément aux dispositions de l'article 19, soit élargie aux engagements pour lesquels la demande de paiement doit être accompagnée de documents.

106. La Commission a accepté les modifications proposées du texte et, sous réserve de ces décisions, a jugé que le projet de l'article 15 était dans l'ensemble acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 16. Examen de la demande et des documents joints

107. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"1. Le garant/émetteur examine la demande et tous autres documents conformément à la norme de conduite mentionnée au paragraphe 1 de l'article 14. Lorsqu'il détermine si les engagements sont conformes en apparence aux termes et conditions de l'engagement et sont cohérents entre eux, le garant/émetteur tient dûment compte de la norme applicable de la pratique internationale en matière de garanties indépendantes ou de lettres de crédit stand-by.

2. Sauf disposition contraire de l'engagement ou convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, le garant/émetteur dispose d'un délai raisonnable, mais d'un maximum de sept jours ouvrables, pour examiner la demande et tous autres documents joints et pour décider de payer ou non, et s'il décide de ne pas payer, pour émettre un avis en ce sens à l'intention du bénéficiaire. Sauf disposition contraire de l'engagement ou convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, pareil avis est adressé par télétransmission ou, si cela est impossible, par tout autre moyen rapide et il est motivé."

Paragraphe 1

108. La Commission a jugé que le texte du paragraphe 1 était généralement acceptable.

Paragraphe 2

109. Il a été proposé de préciser à quel moment le délai de sept jours ouvrables mentionné au paragraphe 2 commençait à courir. Il a été suggéré de le faire courir à partir du jour où la demande était présentée. Toutefois, la Commission a accepté une proposition tendant à le faire courir à partir du jour suivant la présentation, étant entendu qu'une telle règle serait conforme à la pratique courante dans ce domaine, telle que reflétée dans les RUU.

110. Il a aussi été proposé de réduire le délai de sept jours ouvrables à trois ou cinq jours. Il a été déclaré, à l'appui de cette proposition, que contrairement à ce qui était la pratique pour les lettres de crédit commerciales, l'examen des documents pour les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by n'exigeait pas un délai aussi long. Cette proposition n'a toutefois pas reçu un appui suffisant. Il a été noté que la règle énoncée au paragraphe 2 était que le garant/émetteur devait examiner les documents dans un délai raisonnable, le délai de sept jours constituant un maximum, et que cette règle était conforme à celle des RUU.

111. S'agissant toujours du délai de sept jours ouvrables, il a aussi été suggéré d'indiquer expressément au paragraphe 2 que chaque partie qui examinerait les documents pourrait se prévaloir d'un tel délai. Il a été déclaré, à l'appui de cette proposition, qu'une telle règle serait conforme à la pratique dans ce domaine, telle que reflétée à l'article 13 b) des RUU, qui prévoyait un délai de sept jours pour chaque banque examinante. La modification du texte actuel a cependant été accueillie avec une certaine réticence. La Commission a donc décidé de ne pas modifier le libellé et a noté, à cet égard, que puisqu'aux termes du paragraphe b) de l'article 6, le "garant/émetteur" incluait le "contre-garant" et le "confirmateur", le terme "garant/émetteur" au paragraphe 2 devait être considéré comme désignant également le contre-garant ou le confirmateur, en fonction du contexte. Il a été noté par ailleurs que la question de savoir si une banque "désignée" pour examiner les documents agissait en tant qu'agent du garant/émetteur se rattachait à la question de savoir combien de délais de sept jours il y aurait.

Article 17. Paiement de la demande

112. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"1. Sous réserve des dispositions de l'article 19, le garant/émetteur effectue le paiement en cas de demande conforme aux dispositions de

l'article 14. Après qu'il a été déterminé que la demande de paiement est conforme auxdites dispositions, le paiement est effectué promptement, à moins que l'engagement ne prévoie un paiement différé, auquel cas le paiement est effectué à la date stipulée.

2. Tout paiement comme suite à une demande qui n'est pas conforme aux dispositions de l'article 14 est sans préjudice des droits du donneur d'ordre."

113. La Commission a noté que la référence à l'article 14 avait changé en référence à l'article 15. Elle a aussi demandé au groupe de rédaction de déterminer dans quelle mesure il serait possible de limiter le titre, dans toutes les langues, au terme "paiement".

Paragraphe 1

114. On a fait valoir que les termes "sous réserve des dispositions de l'article 19" au début du paragraphe 1 semblaient mettre l'accent sur l'exception de paiement en vertu de l'article 19, aux dépens de la teneur de l'article 17, à savoir que sur présentation d'une demande conforme aux dispositions de l'article 15, le paiement devait être effectué. Il a été proposé de supprimer les mots "sous réserve des dispositions de l'article 19". On a aussi demandé quelle était l'interaction entre la disposition selon laquelle le bénéficiaire certifiait implicitement que la demande était de bonne foi, figurant à l'article 15, et les dispositions de l'article 19, où la fraude devait être claire et patente.

115. La préférence a été donnée cependant au maintien du texte actuel sans changements. On a fait observer, à cet égard, qu'il était important de conserver la différence entre la disposition de l'article 15 susmentionnée et les dispositions de l'article 19 en vertu desquelles cette attestation implicite se trouverait viciée si la fraude était patente et claire.

Paragraphe 2

116. La Commission a estimé que le paragraphe 2 était généralement acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 18. Compensation

117. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"Sauf disposition contraire de l'engagement ou convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, le garant/émetteur peut s'acquitter de l'obligation de paiement résultant de l'engagement en se prévalant d'un droit à compensation, sauf s'il invoque une créance qui lui a été cédée par le donneur d'ordre."

118. On a fait valoir que la référence à "une créance" était trop large dans la mesure où l'article 18 devait exclure les créances découlant d'une opération sous-jacente. On a fait valoir par ailleurs que les mots "qui lui a été cédée par le donneur d'ordre" étaient trop restrictifs car ils ne couvraient pas les cas où la cession de la créance au garant/émetteur pouvait être effectuée par l'intermédiaire de tierces parties. On a estimé qu'il vaudrait peut-être mieux définir les créances exemptées par des termes tels que "sauf s'il invoque toutes créances découlant d'une opération sous-jacente".

119. Diverses autres propositions ont été faites pour clarifier davantage ce point. Il a été fait objection à une proposition tendant à supprimer le mot "lui" pour écarter toute possibilité de tourner le texte par une créance indirecte, au motif que la disposition deviendrait alors trop vague concernant le bénéficiaire de la cession. Il a été proposé, dans le même ordre d'idée d'indiquer que toute cession de créance effectuée par le garant/émetteur ne pouvait faire l'objet d'une compensation. Aucune de ces propositions, cependant, n'a reçu un appui suffisant. La Commission a donc décidé de garder le libellé actuel et a noté, à cet égard, qu'en élargissant la disposition de la manière proposée, on mettrait le garant/émetteur dans une position intenable car il devrait vérifier, par des recherches risquant d'être excessives, la source des cessions faites aux fins de compensation. S'agissant des types de créances qui pourraient être exemptées, on a fait observer que l'intention de l'article 18 était d'exempter non seulement les créances résultant de l'opération sous-jacente, mais aussi toute autre créance que le donneur d'ordre pourrait céder au garant/émetteur.

120. On a demandé si le garant/émetteur pouvait se prévaloir à tout moment du droit à compensation et, dans l'affirmative, si cela impliquait que le garant/émetteur pouvait être libéré de l'engagement avant même qu'une demande de confirmation ait été effectuée. On a indiqué en réponse que, comme il était énoncé à l'article 18, la compensation était uniquement un moyen de paiement qui ne pouvait être utilisé qu'une fois la demande faite conformément aux termes et conditions de l'engagement.

121. Il a été proposé de préciser que le garant/émetteur ne pouvait exercer le droit à compensation qu'avec le consentement du bénéficiaire puisque, dans certains cas, une compensation pouvait porter atteinte aux droits du bénéficiaire, compte tenu en particulier des fluctuations des taux de change ou des différences dans les taux d'intérêt. La proposition n'a cependant pas reçu un appui suffisant.

122. La Commission a accepté une proposition tendant à ajouter les mots "ou la partie ordonnatrice" qu'elle a considérée comme une précision utile.

123. Sous réserve des décisions susmentionnées, la Commission a jugé l'article 18 généralement acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

Article 19. [Obligation de ne pas effectuer le paiement]

124. Le texte du projet d'article qu'a examiné la Commission était le suivant :

"[1. a) Si, aux yeux du garant/émetteur, il est clair et patent que :

- i) un document n'est pas authentique ou a été falsifié;
- ii) aucun paiement n'est dû sur la base des motifs invoqués dans la demande et des documents joints; ou
- iii) eu égard au type et à l'objet de l'engagement, la demande n'a pas de justification concevable;

et que, pour cette raison, le paiement ne serait pas de bonne foi, le paiement ne sera pas fait au bénéficiaire;

b) Dans pareil cas, [lorsque le donneur d'ordre appelle l'attention du garant/émetteur sur la présence d'un des éléments visés à l'alinéa a),] le donneur d'ordre est tenu [, sauf disposition contraire de l'engagement et sauf convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire] :

i) de garantir le garant/émetteur contre toute action ou responsabilité résultant du non-paiement; et

ii) si le garant/émetteur le demande, de saisir un tribunal ou un tribunal arbitral pour faire dire que le non-paiement est justifié.]

2. Au sens de l'alinéa a) iii) du paragraphe 1 du présent article, les types de situation dans lesquels une demande n'a pas de justification concevable sont notamment les suivants :

a) L'éventualité ou le risque contre lequel l'engagement est supposé protéger le bénéficiaire ne se sont indubitablement pas matérialisés;

b) L'obligation sous-jacente du donneur d'ordre a été déclarée invalide par un tribunal ou un tribunal arbitral, sauf s'il est indiqué dans l'engagement que cette éventualité relève du risque que l'engagement devait couvrir;

c) L'obligation sous-jacente a indubitablement été acquittée à la satisfaction du bénéficiaire;

d) Il apparaît clairement que l'exécution de l'obligation sous-jacente a été empêchée du fait d'une faute intentionnelle de la part du bénéficiaire."

125. Il a été estimé que le titre indiquerait mieux le sujet traité dans le projet d'article si l'on s'y référait directement à des demandes frauduleuses ou abusives. Il a été d'autre part noté qu'il existait d'autres motifs de non-paiement que ceux visés dans le projet d'article, comme les cas d'embargo ou de force majeure, et l'on pourrait donc envisager une expression plus générale comme "non-paiement". On a fait valoir, en réponse à ces observations, que le Groupe de travail avait jugé préférable d'éviter des termes tels que "fraude" ou "abus", eu égard aux sens divergents et au caractère plus ou moins usuel de ces mots, et qu'on devrait en tout cas attendre jusqu'au moment où le contenu et l'approche du projet d'article 19 auraient été déterminés en définitive avant de trancher la question de son titre.

126. La Commission a ensuite échangé des vues sur l'approche ressortant de ce projet d'article. La principale question soulevée lors de cet échange de vues a été celle de savoir si les dispositions devraient être énoncées en tant qu'obligation du garant/émetteur en cas de demande incorrecte, ou si, dans de tels cas, le garant/émetteur devrait simplement avoir le droit de s'abstenir de payer. Il a été noté que le libellé actuel faisait ressortir une approche imposant au garant/émetteur l'obligation de ne pas effectuer le paiement dans les cas où il était clair et patent qu'il s'agissait d'une demande incorrecte, puisqu'un tel paiement serait alors de mauvaise foi, tout en imposant au donneur d'ordre l'obligation de garantir le garant/émetteur contre toute responsabilité

résultant du non-paiement et d'obtenir d'un tribunal ou d'un tribunal arbitral l'ordre de bloquer le paiement s'il lui était demandé de le faire.

127. Plusieurs réserves ont été exprimées à l'égard de l'approche ressortant du libellé actuel. On a souligné en particulier qu'il mettait en cause le garant/émetteur lui-même et son crédit en matière de commerce international, et qu'il conviendrait donc mieux de ne pas imposer l'obligation de refuser une demande de paiement dans les circonstances visées dans le projet d'article. Une meilleure approche, a-t-on suggéré, serait de ne pas porter atteinte, dans un tel cas, à la liberté d'action du garant/émetteur, sans obliger par conséquent le donneur d'ordre à rembourser au garant/émetteur le paiement d'une demande incorrecte. On a émis une objection à propos des mots "la demande n'a pas de justification concevable" figurant au paragraphe 1 a) iii), au motif que l'approche actuelle basée sur la notion d'obligation risquait de compromettre l'indépendance de l'engagement en ouvrant au garant/émetteur la possibilité d'enquêter sur les conditions dans lesquelles l'opération sous-jacente aurait été effectuée.

128. Une approche respectant la liberté d'action a été jugée plus conforme à l'essence du rôle du garant/émetteur dans le contexte du type d'engagement indépendant visé dans le projet de Convention, qui était de vérifier la conformité apparente du document présenté à l'appui d'une demande de paiement avec les termes et conditions de l'engagement. Une approche imposant l'obligation de ne pas payer en cas de demande incorrecte, a-t-on souligné, serait inacceptable pour les garants/émetteurs, puisque cela aurait pour effet de leur imposer l'obligation de surveiller le comportement des parties aux transactions commerciales sous-jacentes. Il a été avancé que la structure des prix des opérations de garanties indépendantes et de lettres de crédit stand-by ne saurait tenir compte de l'accroissement des risques qu'entraînerait pour les garants/émetteurs l'obligation de ne pas payer, et que les parties commerciales disposaient d'autres mécanismes pour faire face aux risques dans de tels cas, notamment celui de l'assurance commerciale.

129. A l'appui de l'obligation de ne pas payer en cas de demande incorrecte, il a été fait valoir qu'une telle approche serait plus conforme à l'obligation fondamentale, au titre du projet de Convention, d'agir de bonne foi. En outre, on a attribué une importance particulière au fait que, si l'on fondait le projet d'article 19 sur la notion de droit de ne pas payer, l'article 20 serait inapplicable dans beaucoup de pays où il n'était pas possible d'obtenir des mesures judiciaires provisoires pour bloquer des demandes incorrectes si le garant/émetteur n'avait pas l'obligation de refuser une demande incorrecte. On a d'autre part déclaré qu'une approche fondée sur la notion d'obligation serait applicable puisque, comme il ressortait du projet actuel, on pourrait la circonscrire étroitement et prendre en compte la position du garant/émetteur grâce aux expressions comme "clair et patent", "aux yeux du garant/émetteur" et "de bonne foi", ainsi qu'en raison de la protection fournie au garant/émetteur par la disposition imposant au donneur d'ordre de garantir le garant/émetteur contre toute responsabilité résultant du non-paiement et de saisir un tribunal si le garant/émetteur le lui demandait. On a encore fait ressortir qu'une approche fondée sur l'obligation de ne pas payer serait conforme à l'idée selon laquelle, si la demande de paiement était en fait incorrecte, le garant/émetteur ne serait pas en définitive tenu de payer et devrait donc plutôt s'abstenir de le faire.

130. L'échange de vues de la Commission a fait apparaître un intérêt considérable pour la suggestion selon laquelle l'on pourrait estimer qu'une

référence aux relations différentes du garant/émetteur permettrait de prendre dûment en considération les opinions divergentes dont avait fait l'objet la question de l'obligation ou du droit de ne pas payer. Une telle approche reconnaîtrait que l'on pourrait considérer que le garant/émetteur aurait le droit, par rapport au bénéficiaire, de ne pas payer. Cela ne porterait pas atteinte à la possibilité de considérer le garant/émetteur, du point de vue de sa relation contractuelle avec le donneur d'ordre, comme ayant l'obligation de ne pas payer une demande incorrecte, puisque le paiement d'une telle demande priverait le garant/émetteur de son droit de demander au donneur d'ordre de le rembourser. Selon une suggestion analogue, on pourrait simplement prévoir qu'en cas de demande incorrecte, aucun paiement n'était dû au bénéficiaire.

131. Outre la question fondamentale de savoir s'il y avait lieu de formuler l'article 19 sur la base du devoir ou du droit de ne pas payer, diverses opinions ont été exprimées à l'égard d'éléments particuliers du libellé actuel du projet d'article. On a été d'avis que les mots "aux yeux du garant/émetteur" pourraient être supprimés, car il serait souhaitable de donner à la disposition un plus haut degré d'objectivité, en prenant comme base de référence le comportement d'un "garant/émetteur raisonnable". Il a été suggéré, dans le même ordre d'idée, que l'on pourrait se référer à un comportement normal découlant de la pratique bancaire internationale.

132. A propos de l'expression "s'il lui apparaît des faits", on a craint qu'elle ne soulève la menace d'une enquête sur les faits par le garant/émetteur, et qu'elle ne soit considérée comme obscure ou imprécise quant à la question de savoir si elle visait les deux scénarios possibles suivants : lorsque ce qui était clair et patent résultait de l'examen des documents, et lorsqu'on arrivait à cette conclusion sur la base de renseignements supplémentaires dont le garant/émetteur disposait déjà ou qui lui étaient communiqués.

133. Plusieurs interventions ont visé à supprimer le paragraphe 1 b), prévoyant l'obligation pour le donneur d'ordre de garantir le garant/émetteur contre toute responsabilité, puisque, a-t-on estimé, il s'agissait-là d'une question susceptible d'être réglée de manière adéquate au niveau contractuel.

134. Il a été fait valoir qu'une règle expresse devrait être prévue pour les contre-garanties en cas de demande incorrecte au titre de la garantie à laquelle se rapportait la contre-garantie. La règle proposée aurait pour effet qu'une demande frauduleuse ne rendrait pas automatiquement frauduleuse la demande au titre de la contre-garantie, et qu'une demande au titre de la contre-garantie ne serait considérée comme incorrecte qu'en cas de connivence entre le bénéficiaire auteur de la demande et le garant.

135. La discussion ci-dessus a fait ressortir un certain nombre d'approches possibles, fondées sur diverses combinaisons des avis et considérations exprimés. Une approche minimaliste consistait à énoncer simplement les motifs de non-paiement. Cette approche n'a pas recueilli un large appui, car la Commission a estimé qu'elle n'aboutirait pas à un degré satisfaisant d'uniformité, puisqu'elle ne trancherait pas nombre de questions importantes. Une autre approche, essentiellement basée sur le texte existant, revenait à une formulation de l'obligation de refuser le paiement, accompagnée de l'obligation, de la part du donneur d'ordre, de mettre le garant/émetteur hors de cause, sans se référer nécessairement à l'obligation du donneur d'ordre de saisir un tribunal à la demande du garant/émetteur. Une troisième approche possible était basée sur la liberté d'action, qu'elle fût formulée en tant que droit de payer ou de refuser le paiement, précisant que le garant/émetteur agissait de bonne

foi, avec une référence possible aux normes de la pratique internationale des garanties indépendantes et des lettres de crédit stand-by.

136. Une quatrième approche possible consistait à combiner des éléments de l'approche fondée sur la notion d'obligation et l'approche discrétionnaire, en se fondant sur la mesure dans laquelle le caractère incorrect de la demande était "clair et patent" ou simplement "hautement probable", tout en prévoyant également une formule tendant à ce que la décision du garant/émetteur ne porte pas atteinte au droit du donneur d'ordre ou du bénéficiaire de saisir un tribunal pour contester ou bloquer cette décision. Une telle approche combinée n'a cependant pas bénéficié d'un appui suffisant, étant donné en particulier qu'elle n'a pas été considérée comme susceptible de fournir un degré suffisant de certitude en ce qui concerne la position du garant/émetteur.

137. Parmi les diverses approches possibles ci-dessus, la Commission a penché en faveur d'une approche basée sur le droit du garant/émetteur de refuser le paiement. On a cependant estimé d'une manière générale que la disposition devait être formulée de manière à préciser qu'il s'agissait d'un droit "à l'égard du bénéficiaire" et à ne pas exclure que, à l'égard du donneur d'ordre, le garant/émetteur pouvait être considéré comme ayant l'obligation de ne pas payer une demande incorrecte.

138. Néanmoins, afin de tenir compte du risque que la formulation de l'article 19 sur la base du droit du garant/émetteur de refuser le paiement ne constitue, dans certains pays un obstacle à des mesures judiciaires provisoires, la Commission est convenue d'inclure à l'article 19 une disposition visant à surmonter ce problème dans ces pays. La disposition stipulerait expressément que, dans les cas de demande incorrecte visés à l'article 19, le donneur d'ordre avait droit à des mesures judiciaires provisoires conformément à l'article 20. Il n'a pas été considéré nécessaire, cependant, de se référer à cet égard au fait que le garant/émetteur ne devait pas porter préjudice aux droits du bénéficiaire, puisqu'il ne s'agissait pas là d'une question relevant de l'article 19. Il a été noté en particulier que cet article n'empêchait pas le bénéficiaire d'entamer une action pour refus indu d'une demande de paiement.

139. Il a été proposé de supprimer les termes "clair et patent" à l'article 19 car le garant/émetteur serait en fait tenu de ne pas payer s'il y avait effectivement fraude. Il a toutefois été affirmé que l'article retiendrait la référence au caractère "clair et patent", pour le garant/émetteur, d'une demande incorrecte. On a estimé d'une manière générale que ces mots étaient nécessaires pour préserver le caractère indépendant des obligations du garant/émetteur à l'égard du bénéficiaire. Compte tenu du débat, il a été en outre convenu que l'on pouvait supprimer les mots "aux yeux du garant/émetteur" et que l'on devrait préciser que le droit visé du garant/émetteur était un droit "à l'égard du bénéficiaire". La Commission est d'autre part convenue que le paragraphe 2 existant devait être maintenu dans son libellé actuel, et elle n'a pas donné suite à une suggestion tendant à ce que l'article 19 traite de la position de tierces parties innocentes. Il a été aussi convenu de supprimer la disposition du paragraphe 1 b) concernant l'obligation du donneur d'ordre de mettre le garant/émetteur hors de cause et de saisir un tribunal s'il lui était demandé de le faire, qui avait été ajoutée par le Groupe de travail dans le cadre d'une approche basée sur la notion d'obligation.

140. Cela étant entendu, la Commission a renvoyé au groupe de rédaction l'article 19 ainsi que la question de savoir s'il y avait lieu d'utiliser l'expression "s'abstenir de payer" ou "refuser de payer". Il a été suggéré que

l'expression "s'abstenir" pourrait mieux convenir, étant donné qu'elle supposerait la possibilité que la décision du garant/émetteur soit modifiée par le garant/émetteur lui-même ou par un tribunal.

CHAPITRE V. MESURES JUDICIAIRES PROVISOIRES

Article 20. Mesures judiciaires provisoires

141. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"1. Lorsque, sur requête du donneur d'ordre ou de la partie ordonnatrice, il apparaît qu'il y a une forte probabilité que, en ce qui concerne une demande présentée ou susceptible d'être présentée par le bénéficiaire, un des éléments visés au paragraphe 1 de l'article 19 est présent, le tribunal peut, sur la base d'éléments de preuve sérieux immédiatement disponibles, prononcer une mesure provisoire ou conservatoire tendant à ce que le bénéficiaire ne reçoive pas le paiement ou à ce que le montant de l'engagement détenu par le garant/émetteur ou le produit de la garantie payé au bénéficiaire soient bloqués, en prenant en considération le risque de préjudice grave que le donneur d'ordre courrait à défaut d'une telle mesure.

2. Lorsqu'il prononce une mesure provisoire ou conservatoire visée au paragraphe 1 du présent article, le tribunal peut demander au requérant de fournir la forme de garantie qu'il jugera appropriée.

3. Le tribunal ne peut prononcer une mesure provisoire ou conservatoire du type visé au paragraphe 1 du présent article pour toute objection au paiement autre que celle visée aux sous-alinéas i), ii) ou iii) du paragraphe 1 a) de l'article 19 ou l'utilisation de l'engagement à des fins délictueuses."

142. Des suggestions ont été faites en vue de la suppression de l'article 20. Une raison invoquée a été que la législation sur les mesures conservatoires était bien établie dans les droits nationaux et que la Convention ne devrait pas intervenir dans ce domaine du droit. En outre, le projet d'article 20 abordait un nombre limité de points concernant les mesures conservatoires, et les dispositions y relatives risquaient de ne pas s'intégrer harmonieusement aux autres dispositions de la loi nationale applicable en la matière. Une autre raison invoquée à l'appui de la suppression était que, dans le domaine particulier des garanties indépendantes et des lettres de crédit stand-by, des mesures conservatoires étaient inappropriées dans ce sens que les tribunaux, ou bien ne devraient pas intervenir dans l'obligation de paiement du garant/émetteur ou, dans des cas justifiés, devraient mettre fin à cette obligation de paiement par une décision définitive.

143. Si l'on ne supprimait pas le projet d'article 20, il a été proposé que, au lieu d'aborder la question par la formulation "... le tribunal peut ... prononcer une mesure provisoire ou conservatoire ...", la disposition devrait être fondée sur un libellé qui pourrait par exemple être le suivant : "le donneur d'ordre peut demander au tribunal ...". L'objet de cette modification était d'éviter de porter atteinte aux prérogatives du tribunal.

144. La Commission n'a pas adopté les suggestions visant à supprimer le projet d'article ou à modifier son approche. Il a été considéré important d'établir le

droit d'accès du donneur d'ordre au tribunal lorsque cela était nécessaire pour empêcher le bénéficiaire de recevoir un paiement dans les cas spécifiés dans le projet d'article 19. Il a aussi été jugé important que le droit d'accès au tribunal, dont il y avait des variantes dans de nombreuses juridictions, soit clairement circonscrit de façon à limiter une immixtion injustifiée des tribunaux dans les paiements au titre de garanties indépendantes ou de lettres de crédit stand-by. En même temps, les dispositions n'essayaient pas de traiter dans le détail des questions de procédure, qui relevaient de la loi nationale. En outre, comme cela avait été dit à maintes reprises durant les travaux préparatoires, l'un des principaux objectifs du projet de convention était d'harmoniser la législation dans le domaine de la fraude sans compromettre, ce faisant, le caractère indépendant de l'engagement; pour atteindre cet objectif, on ne pouvait éviter de traiter des mesures judiciaires provisoires. La disposition était d'autant plus utile que le libellé adopté par la Commission pour le projet d'article 19 (voir ci-dessus par. 137 et 138) faisait maintenant référence au droit du donneur d'ordre à des mesures judiciaires provisoires. Il a été noté qu'un projet d'article précédent sur l'insolvabilité du donneur d'ordre et sur toute autre circonstance pouvant avoir des incidences sur la capacité ou l'obligation du donneur d'ordre de rembourser le garant/émetteur avait été supprimé car il était entendu que l'insolvabilité du donneur d'ordre ou ces autres circonstances ne constitueraient pas des motifs justifiant une mesure conservatoire ou un refus de paiement (projet d'article 17-1 *ter*, A/CN.9/WG.II/WP.80 et A/CN.9/391, par. 127).

Paragraphe 1

145. L'expression "forte probabilité" a été critiquée, car considérée comme permettant trop facilement l'adoption de mesures provisoires ou conservatoires, et donc comme compromettant potentiellement la nature indépendante de l'engagement et pouvant inciter le donneur d'ordre à essayer de retarder le paiement. Il a été suggéré de souligner la nature indépendante de l'engagement en remplaçant cette expression par une autre, selon laquelle l'adoption d'une mesure provisoire ou conservatoire devrait s'appuyer sur une base "circonstanciée et patente". Dans ce contexte, une opinion a été exprimée selon laquelle le niveau de preuve prévu au paragraphe 1 actuel n'était pas compatible avec les dispositions de l'article 19, étant donné que, dans certains cas, le garant/émetteur aurait l'obligation de payer, alors même que le tribunal prendrait une mesure provisoire ou conservatoire de blocage du paiement. Il a également été suggéré de remplacer l'expression "éléments de preuve sérieux" par une expression telle que "éléments de preuve irréfutables". Il a été déclaré que les tribunaux étaient capables, y compris dans les procédures d'adoption de mesures provisoires, de déterminer si le donneur d'ordre établissait irréfutablement que la demande de paiement était manifestement et clairement non fondée. De même, il a été suggéré de remplacer la référence à un "préjudice grave" par une référence à un "préjudice irréparable".

146. A l'appui du texte existant, il a été dit que l'existence de critères différents dans les articles 19 et 20 était justifiée par le fait que les positions et les fonctions du garant/émetteur examinant la demande, d'une part, et d'un tribunal cherchant à déterminer s'il devait ou non prononcer une mesure provisoire ou conservatoire, d'autre part, n'étaient pas les mêmes. Il a également été dit que les modifications suggérées rendraient excessives les conditions à remplir pour obtenir une mesure provisoire ou conservatoire et rendraient donc quasiment impossible une mesure provisoire, ce qui porterait préjudice aux intérêts légitimes du donneur d'ordre. De plus, étant donné que les demandes de mesures provisoires étaient souvent examinées par les tribunaux

sans que ceux-ci aient entendu la partie contre laquelle la mesure était demandée, ou après ne l'avoir entendue que brièvement, il n'était pas réaliste de demander des "éléments de preuve irréfutables". En outre, les modifications suggérées ne tenaient pas dûment compte de la différence qui existait entre une procédure ayant pour but un règlement définitif d'un différend, qui exigeait une preuve patente de fraude, et une procédure d'adoption de mesures provisoires, pour laquelle le niveau de preuve du caractère incorrect d'une demande était légèrement moins élevé.

147. Il a également été proposé de supprimer le mot "sérieux" après les mots "éléments de preuve" de façon à laisser la question du niveau de preuve à la loi applicable autre que la Convention.

148. Observant que la formulation utilisée dans le paragraphe était destinée à être appliquée dans un grand nombre de juridictions, la Commission a décidé de la garder en l'état.

149. La Commission a convenu que les mots "éléments visés au paragraphe 1 de l'article 19" devaient être compris comme une référence aux cas prévus aux alinéas a), b) et c), et non pas également à la condition énoncée dans le chapeau du paragraphe 1, selon laquelle ces éléments, concernant le garant/émetteur, devaient être clairs et patents. Le groupe de rédaction a été prié de trouver une formulation plus claire à ce sujet.

150. Une préoccupation a été exprimée selon laquelle l'article 20 pourrait être interprété comme offrant une justification pour bloquer le remboursement par le garant/émetteur à une banque confirmatrice ou désignée qui avait effectué le paiement de bonne foi. En réponse à cette préoccupation, il a été fait observer que les conditions de remboursement interbancaire n'étaient pas couvertes par la Convention et que l'article 20 ne concernait que la question du blocage du paiement au bénéficiaire. Afin de préciser ce point, il a été convenu de reformuler le paragraphe 1 de la façon suivante : "... le tribunal peut, ... prononcer une mesure provisoire ou conservatoire tendant à ce que le bénéficiaire ne reçoive pas le paiement, y compris une mesure enjoignant au garant/émetteur de retenir le montant de l'engagement, ou une mesure bloquant le produit de la garantie payée au bénéficiaire, en prenant en considération ...".

Paragraphe 2

151. Il a été suggéré de supprimer le paragraphe 2 et de laisser la question de la fourniture de la garantie comme condition de l'adoption d'une mesure provisoire ou conservatoire à la loi applicable autre que la Convention. Il a également été avancé que la fourniture d'une garantie devait être une condition préalable à l'adoption d'une mesure provisoire ou conservatoire. La Commission a cependant conservé le libellé du paragraphe en l'état, estimant qu'il était important de laisser aux tribunaux la possibilité de demander la fourniture d'une garantie et de lui laisser toute discrétion pour décider si, dans une affaire donnée, une telle garantie devait être demandée.

Paragraphe 3

152. Il a été proposé de supprimer le paragraphe 3, celui-ci étant jugé trop restrictif. Cette proposition n'a toutefois pas reçu un appui suffisant.

153. Selon un avis, ce paragraphe n'avait pas pour objet d'empêcher le donneur d'ordre de solliciter des mesures conservatoires à propos de ses droits

contractuels à l'encontre du garant/émetteur en vertu de la législation nationale. Cette question n'a pas fait l'objet d'un débat.

Contre-garanties

154. Il a été suggéré de préciser clairement que, dans le cas d'une contre-garantie, l'article 20 ne fournissait pas au contre-garant une justification pour bloquer le paiement au garant qui avait payé de bonne foi. La Commission a décidé pour ce faire d'incorporer au paragraphe 2 de l'article 19 une disposition en vertu de laquelle il ne serait possible d'obtenir une mesure provisoire ou conservatoire de blocage du paiement en cas de contre-garantie que si le garant avait effectué le paiement de mauvaise foi.

155. Il a été suggéré d'énoncer clairement dans le projet de Convention le principe selon lequel les mesures provisoires ou conservatoires concernant le bénéficiaire qui demandait paiement en vertu d'une garantie ne s'étendaient pas automatiquement à la contre-garantie de cette garantie; de même, il a été suggéré de préciser que les mesures provisoires ou conservatoires concernant le garant en faveur duquel une contre-garantie avait été prise ne s'étendait pas automatiquement à la garantie en faveur du bénéficiaire final. La Commission n'a pas jugé nécessaire d'incorporer de telles précisions dans le projet de Convention, étant donné que, comme affirmé par le Groupe de travail lors de sessions successives, il découlait des articles 3 et 6 qu'une contre-garantie était un engagement indépendant de la garantie à laquelle elle se rapportait.

CHAPITRE VI. CONFLIT DE LOIS

Article 21. Choix de la loi applicable

156. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"L'engagement est régi par la loi dont le choix est :

a) stipulé dans l'engagement ou démontré par les termes et conditions de l'engagement; ou

b) convenu par ailleurs par le garant/émetteur et le bénéficiaire."

157. Selon un avis, les mots "ou démontré par les termes et conditions de l'engagement" à l'alinéa a) allaient à l'encontre des dispositions d'un certain nombre de conventions de droit international privé en vertu desquelles le choix par les parties de la loi applicable devait être expressément indiqué et non pas déduit en tant que volonté hypothétique des parties. Il a été proposé de supprimer ces mots de façon à indiquer que les parties devaient expressément choisir la loi applicable dans l'engagement.

158. Cette proposition, cependant, n'a pas reçu un appui suffisant. On a fait observer que le libellé actuel de l'alinéa a) représentait un compromis élaboré par le Groupe de travail qui reflétait les tendances actuelles concernant les clauses relatives au choix de la loi applicable dans les textes de droit commercial. On a fait en outre remarquer que l'alinéa a) ne pouvait être interprété comme donnant effet à la volonté hypothétique des parties dans la mesure où il faisait expressément référence aux termes et conditions de l'engagement.

159. On a fait valoir que, tel qu'il était actuellement formulé et en particulier lorsqu'on le mettait en regard du paragraphe 1 de l'article premier, l'article 21 impliquait que le garant/émetteur et le bénéficiaire pouvaient s'accorder sur le choix d'une loi qui aurait ensuite des incidences pour le donneur d'ordre sans que celui-ci n'ait donné son consentement, ou qu'ils pouvaient même exclure de l'engagement les dispositions de la Convention qui étaient censées apporter une certaine protection au donneur d'ordre. Il a été proposé d'ajouter à la fin du paragraphe 1 de l'article premier les mots "ou, en ce qui concerne la relation entre le garant/émetteur et le donneur d'ordre, à moins que ces parties n'excluent l'application de la Convention" pour veiller à ce que le bénéficiaire et le garant/émetteur ne puissent pas exclure, en ce qui concernait la relation entre le garant/émetteur et le donneur d'ordre, les dispositions ayant trait à cette relation, sans l'accord du donneur d'ordre et du garant/émetteur.

160. Après délibération, selon l'avis qui a prévalu, il fallait conserver le libellé actuel du paragraphe 1 de l'article premier et celui de l'article 21. La Commission a noté que l'approche générale adoptée pour le projet de Convention était de couvrir la relation entre le garant/émetteur et le bénéficiaire et que si il y avait quelques dispositions qui s'appliquaient à la relation entre le donneur d'ordre et le garant/émetteur, il y en avait certaines visant à protéger le donneur d'ordre, en ce qui concerne en particulier le principe de la bonne foi. On a fait en outre observer que l'ajout des mots proposés dans un article relatif au champ d'application compliquerait inutilement la disposition, qui devait être aisément déterminable, car elle portait sur la question de savoir si la Convention s'appliquait ou non à un engagement particulier.

Article 22. Détermination de la loi applicable

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

"Faute du choix d'une loi conformément à l'article 21, l'engagement est régi par la loi de l'Etat où le garant/émetteur a l'établissement dans lequel l'engagement a été émis."

162. On a fait valoir que l'article 22 ne couvrait pas les cas où le garant/émetteur pourrait être non pas une entreprise commerciale ayant un établissement mais un particulier ayant seulement un lieu de résidence, possibilité qui était envisagée à l'article 4. Il a été proposé d'indiquer que, dans de tels cas, l'engagement serait régi par la loi du lieu où le garant/émetteur avait sa résidence habituelle. La Commission a convenu que cette question devait être clarifiée également dans un certain nombre d'autres dispositions, et a prié le Groupe de travail de déterminer s'il serait possible d'inclure une disposition de caractère général couvrant les cas où le garant/émetteur avait une résidence habituelle plutôt qu'un établissement.

163. Sous réserve de la décision susmentionnée, la Commission a jugé l'article 22 généralement acceptable quant au fond et l'a renvoyé au groupe de rédaction.

CHAPITRE VII. CLAUSES FINALES

Article A. Dépositaire

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

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

165. La Commission a jugé le texte de l'article A acceptable.

Article B. Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion

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

"1. La présente Convention sera ouverte à la signature de tous les Etats au Siège de l'Organisation des Nations Unies, à New York, jusqu'au ... [date suivant de deux ans la date d'adoption].

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

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

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

167. Il a été demandé s'il ne faudrait pas envisager de donner un délai de trois ans à partir de la date d'adoption pour la signature du projet de Convention. Il a été néanmoins décidé de garder le délai de deux ans proposé dans le projet dont était saisie la Commission.

Article C. Application aux unités territoriales

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

"1. Tout Etat qui comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent dans les matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou plusieurs d'entre elles et pourra à tout moment remplacer cette déclaration par une nouvelle déclaration.

2. Ces déclarations désigneront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention ne s'applique pas à toutes les unités territoriales d'un Etat et si l'établissement du garant/émetteur ou du bénéficiaire est situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention ne s'applique pas, cet établissement ne sera pas considéré comme étant situé dans un Etat contractant.

4. Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat."

169. La Commission a noté que la façon dont la question des références éventuelles au lieu de résidence habituel était traitée dans d'autres parties de la Convention pourrait influencer sur le libellé du projet d'article. Cet article a été jugé par ailleurs généralement acceptable quant au fond.

Article D. Effet des déclarations

170. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"1. Les déclarations faites en vertu des dispositions de l'article [C] lors de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. Les déclarations et la confirmation des déclarations seront faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.

3. Les déclarations prendront effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'Etat déclarant. Cependant, les déclarations dont le dépositaire aura reçu notification formelle après cette date prendront effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de leur réception par le dépositaire.

4. Tout Etat qui fait une déclaration en vertu de l'article [C] peut à tout moment la retirer par une notification formelle adressée par écrit au dépositaire. Ce retrait prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire."

171. La Commission a jugé l'article D généralement acceptable quant au fond.

Article E. Réserves

172. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"Aucune réserve à la présente Convention n'est autorisée."

173. Les avis ont été partagés sur la question de savoir si le projet de Convention devait reconnaître aux Etats y devenant parties le droit de faire des réserves. Selon une opinion, un tel droit devrait être reconnu pour certaines dispositions sur lesquelles les avis avaient divergé lors de l'élaboration du projet de Convention ou qui, selon quelques-uns, n'étaient peut-être pas suffisamment clairs. On a mentionné à cet égard l'article 20 concernant les mesures judiciaires provisoires et le paragraphe 2 de l'article premier qui, sans définir une "lettre de crédit internationale", contraignait les Etats contractants à appliquer la Convention à une telle lettre si les parties à la lettre le souhaitaient. Il a aussi été proposé d'accorder simplement aux Etats le droit de choisir les dispositions contre lesquelles ils émettraient des réserves.

174. A l'appui de l'autorisation de réserves, on a fait valoir que le projet de Convention pourrait alors recueillir une plus large adhésion. Lors du débat, on

a aussi demandé si l'on pouvait autoriser une réserve permettant aux Etats de donner au projet de Convention un caractère impératif plus fort que ce qui était envisagé dans le texte.

175. Après délibération, l'opinion qui a prévalu a été que le projet de Convention ne devait autoriser aucune réserve. Il a été noté, à l'appui de cette décision, que le texte actuel représentait l'aboutissement d'années de travail sur un ensemble de dispositions élaborées avec soin qui constituaient un compromis visant à concilier les intérêts des diverses parties aux engagements du type traité et à tenir compte des diverses optiques et traditions représentées par différentes pratiques et usages juridiques. On a fait valoir qu'en autorisant des réserves, on compromettrait l'uniformité que le projet de Convention visait à établir, et on créerait une situation dans laquelle l'effet réel de ladite Convention deviendrait très incertain. On a aussi fait observer que, pendant tout le processus d'élaboration du texte actuel, y compris à la présente session de la Commission, des solutions avaient été trouvées sans que l'on ait insisté sur le fait que l'une quelconque d'entre elles dût faire l'objet d'un droit de réserve. Il a été répondu que le droit de faire des réserves avait été demandé. S'agissant de l'article 20, il a été noté que cette disposition devait jouer un rôle clef en donnant tout leur sens aux compromis qui avaient été trouvés concernant la façon de traiter les cas exceptionnels de demandes incorrectes. Il a été noté par ailleurs qu'elle ne faisait qu'établir une norme minimum pour le recours à de telles mesures et pour remédier aux incertitudes qu'il pourrait autrement y avoir dans certains systèmes juridiques quant à la possibilité d'obtenir de telles mesures dans les cas traités par le projet de Convention. Enfin, on a fait remarquer que le besoin éventuel de réserves se trouvait réduit par la souplesse du projet de Convention, illustrée en particulier par le fait que les parties à un engagement demeureraient libres d'exclure l'application de l'ensemble du texte ou d'exclure ou de modifier nombre de ses dispositions.

Article F. Entrée en vigueur

176. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"1. La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date du dépôt du [cinquième] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

2. Pour tout Etat qui deviendra Etat contractant à la présente Convention après la date du dépôt du [cinquième] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date du dépôt de l'instrument approprié au nom dudit Etat.

3. La présente Convention s'appliquera uniquement aux engagements conclus à la date de son entrée en vigueur ou après cette date à l'égard des Etats contractants visés à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier ou de l'Etat contractant visé à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier."

177. La Commission a convenu que le nombre d'instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion requis pour l'entrée en vigueur du projet de Convention devait être fixé à cinq. On a estimé qu'un tel chiffre serait plus approprié qu'un chiffre moins élevé, compte tenu de l'objectif qui

était de promouvoir l'uniformité. Conformément à cette décision, l'article F a été jugé généralement acceptable quant au fond.

Article G. Dénonciation

178. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

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

2. La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question à compter de la date de réception de la notification."

179. La Commission a affirmé que l'emploi du terme "dénonciation" était approprié, puisqu'il correspondait à la terminologie traditionnellement utilisée dans les traités internationaux.

180. On a fait observer que, dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, le terme "Etat contractant" désignait les Etats qui avaient accepté d'être liés par un traité, que celui-ci soit ou non entré en vigueur, et que l'emploi de ce terme à l'article G pouvait amener à se poser la question de savoir si cet article s'appliquerait au retrait d'un Etat avant l'entrée en vigueur du projet de Convention pour ce dernier. Il a été noté, en réponse, que le libellé actuel correspondait à celui d'autres conventions établies par la Commission.

181. Après délibération, la Commission a jugé le projet d'article généralement acceptable quant au fond.

C. Examen du rapport du groupe de rédaction

Article premier. Champ d'application

182. La Commission a examiné un texte établi par le groupe de rédaction visant à préciser la disposition relative à l'applicabilité indépendante des articles 21 et 22 (voir ci-dessus, par. 31), qui était libellé comme suit et qu'il était proposé de placer immédiatement après le paragraphe 1 :

"1bis Dans toute situation comportant un conflit de lois, la loi applicable aux engagements au sens de l'article 2 est établie conformément aux articles 21 et 22, que la Convention soit ou non applicable selon le paragraphe 1 du présent article."

183. Plutôt que d'incorporer le texte ci-dessus dans l'article premier, solution n'ayant pas reçu un appui suffisamment large, il a été proposé de traiter de la question au chapitre VI en y incorporant une disposition qui pourrait être libellée comme suit : "les dispositions des articles 21 et 22 s'appliquent indépendamment du paragraphe 1 de l'article premier". Il a été avancé qu'une telle formulation, à son nouvel emplacement, serait plus simple et indiquerait de manière plus évidente qu'il s'agissait d'une règle de conflit de lois pour les tribunaux des Etats parties à la Convention, et non d'une règle concernant

les cas particuliers dans lesquels la Convention s'appliquerait, cette question étant traitée au paragraphe 1.

184. Selon l'avis qui a prévalu, le principe de l'applicabilité des articles 21 et 22 indépendamment du paragraphe 1 devrait être traité au paragraphe 3 de l'article premier, afin que le lecteur du texte ait, dès le début, une indication complète de l'applicabilité des diverses sections de la Convention. Il a été convenu que cette disposition serait libellée comme suit :

"3. Les dispositions des articles 21 et 22 s'appliquent aux engagements internationaux visés à l'article 2, indépendamment du paragraphe 1 du présent article."

185. La Commission a décidé de ne pas accepter une suggestion tendant à supprimer le mot "internationaux", motivée, selon son auteur, par le fait qu'il s'agissait d'une limitation superflue de la règle de conflit de lois. Cette suggestion a suscité des réticences au sein de la Commission, car on craignait que les articles 21 et 22 ne soient appliqués à des engagements de caractère national, par exemple lorsque les parties à un engagement national cherchaient à exclure l'application de la loi nationale.

186. Une proposition visant à remplacer dans la nouvelle version du paragraphe 3 les mots "visés à l'article 2" par des mots tels que : "définis dans la présente Convention" a suscité un certain intérêt. Elle avait pour objet de préciser qu'aux fins de l'application des articles 21 et 22, les définitions des articles 4 et 6 seraient prises en compte, même si, en application du paragraphe 1 de l'article premier, la Convention n'était pas applicable. Il a été jugé qu'une telle précision était superflue.

187. La Commission a également procédé à un échange de vues sur le point de savoir si le paragraphe 1 de l'article premier devrait faire référence à l'émission d'un engagement à partir de la "résidence habituelle" du garant/émetteur, afin d'inclure expressément dans le champ d'application du projet de Convention les engagements ainsi émis. Il a été noté à ce propos qu'une telle possibilité était déjà suggérée à l'alinéa 2 b) de l'article 4, qui disposait que la résidence habituelle indiquée sur l'engagement pouvait être prise en considération pour la détermination du caractère international de l'engagement. Il a également été rappelé qu'une proposition avait été faite antérieurement et renvoyée au groupe de rédaction, consistant à ajouter à l'article 22 une référence à la possibilité d'émettre un engagement à partir de la résidence habituelle (voir ci-dessus, par. 162).

188. Toutefois, la solution consistant à faire référence dès le début du projet de Convention, dans son article premier, à l'émission à partir d'une "résidence habituelle" a suscité de fortes réticences, car cela semblerait donner une importance excessive à de telles émissions qui, dans la pratique, n'étaient pas une caractéristique prédominante des garanties indépendantes des lettres de crédit stand-by. Il a aussi été proposé d'insérer une disposition générale qui pourrait être libellée comme suit : "le terme 'établissement' désigne la résidence habituelle si le garant/émetteur n'a pas d'établissement". Il a été noté à ce propos qu'une telle disposition ne supprimerait sans doute pas la nécessité de faire référence à la "résidence habituelle" à l'alinéa 2 b) de l'article 4.

189. Après un débat, la Commission a décidé qu'à l'exception de l'alinéa 2 b) de l'article 4, il ne serait pas nécessaire de faire référence, dans l'article

premier ou dans une disposition générale, à la résidence habituelle d'une partie. Il était toutefois entendu que cette décision n'avait pas pour objet d'interdire que des engagements émis à partir d'une résidence habituelle ne soient régis par le projet de Convention.

Article 2. Engagement

190. Il a été proposé d'ajouter une référence à l'article 15, afin de préciser à l'article 2 que le projet de Convention ne traitait pas des engagements prévoyant des demandes verbales de paiement. La Commission a toutefois décidé de conserver l'article 2 sans modifications, car la référence à "d'autres documents" indiquait clairement qu'une demande devait être sous forme documentaire, étant entendu que l'article 2 n'était qu'une disposition relative au champ d'application, les autres éléments étant traités en détail dans les dispositions de fond du texte.

Article 6. Définitions

191. La Commission a convenu de modifier comme suit l'alinéa f) : "le terme 'confirmateur' désigne la personne ajoutant une confirmation à un engagement". Elle n'a pas appuyé une proposition tendant à faire référence dans la définition à l'"émission" d'une confirmation.

Article 12. Expiration

192. La Commission a décidé, à l'alinéa b), de remplacer les mots "... lorsque le garant/émetteur est informé de la survenance de cet acte ou de ce fait..." par les mots "... lorsque le garant/émetteur est avisé de la survenance de cet acte ou de ce fait...".

193. La Commission a décidé d'accepter l'ajout, à l'alinéa c), des mots "et qu'une date d'expiration n'a en outre pas été spécifiée" concernant la référence à la non-survenance d'un fait dont dépend l'expiration. Cet ajout, qui avait été renvoyé au groupe de rédaction, avait pour objet de préciser que cette disposition ne s'appliquait pas au cas où un engagement faisait référence à la fois à un fait entraînant l'expiration et à une date d'expiration (voir ci-dessus, par. 90).

Article 16. Examen de la demande et des documents joints

194. La Commission a convenu qu'il suffirait, aux paragraphes 1 et 2, d'utiliser l'expression "tous documents joints", plutôt que les mots "tous autres documents joints", lorsqu'il était fait référence à la possibilité qu'une demande, qui, en vertu du projet de Convention, devait elle-même être sous forme documentaire, doive être accompagnée de documents.

Article 19. Exception à l'obligation de paiement

195. La Commission a accepté la proposition du groupe de rédaction tendant à modifier comme il est indiqué ci-dessus le titre de l'article.

196. Le groupe de rédaction a demandé à la Commission s'il faudrait indiquer au paragraphe 3 que le donneur d'ordre a le droit d'"obtenir" ou de "demander" des mesures judiciaires provisoires en application de l'article 20. Il a été décidé que cette disposition, qui avait pour objet d'affirmer un droit de fond, serait plus claire si l'on utilisait la formulation suivante : "... le donneur d'ordre

a vocation à obtenir des mesures judiciaires provisoires en application de l'article 20".

197. La Commission n'a pas accepté une proposition tendant à supprimer, au début du paragraphe 3, la référence indiquant que la possibilité d'obtenir des mesures provisoires était liée aux circonstances énoncées à l'alinéa a), b) ou c) du paragraphe 1 de l'article 19. Elle a affirmé que cette référence était utile, car elle précisait que le droit du donneur d'ordre reconnu au paragraphe 3 se limitait à ces circonstances et ne pouvait donc pas outrepasser, en application du projet de Convention, celui que lui conférait l'article 20, qui se limitait lui-même aux circonstances visées aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 1 de l'article 19. La proposition tendant à supprimer, au paragraphe 3, la référence au paragraphe 1 avait pour objet d'éviter une interprétation erronée, en ce sens que cette référence au paragraphe 1, qui énonçait dans son chapeau le critère de la circonstance "claire et patente", risquait d'être incompatible avec le critère de la "forte probabilité" énoncé au paragraphe 1 de l'article 20. Afin de réduire ce risque d'interprétation erronée, la Commission a décidé de formuler de manière aussi précise que possible la référence aux circonstances énoncées aux alinéas du paragraphe 1, afin d'éviter de laisser entendre qu'il était fait également référence au critère de la circonstance "claire et patente" énoncé dans le chapeau du paragraphe 1.

Article 22. Détermination de la loi applicable

198. Comme suite aux débats qui avaient eu lieu sur cette question lors de l'examen du rapport du groupe de rédaction sur l'article premier (voir ci-dessus par. 26), la Commission a décidé de ne pas retenir à l'article 22 la référence à la résidence habituelle.

D. Procédure à suivre pour l'adoption du projet de Convention en tant que convention

199. Après avoir achevé ses travaux sur le projet de Convention, la Commission a étudié les procédures qui pourraient être suivies pour l'adoption du texte en tant que convention. La Commission a appuyé une proposition tendant à recommander que l'Assemblée générale adopte le projet de Convention sous sa forme actuelle et l'ouvre à la signature. A l'appui de cette proposition, il a été déclaré que le projet de Convention apporterait une contribution importante à la pratique des garanties bancaires indépendantes et des lettres de crédit stand-by. Il a en outre été déclaré que les dépenses liées à l'organisation d'une conférence diplomatique ne seraient pas justifiées, car le texte était le résultat de nombreuses années de travail, à la fin desquelles on était arrivé à des solutions équilibrées ayant permis de fusionner en un texte unique les notions et procédures liées à la pratique des garanties indépendantes et des lettres de crédit stand-by utilisées dans des systèmes juridiques différents; aussi n'était-il pas nécessaire de procéder à un nouvel examen détaillé de ce texte quant au fond.

200. La Commission a félicité le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux d'avoir élaboré un projet de Convention de haute qualité. Elle a également rendu hommage à M. Jacques Gauthier (Canada), Président du Groupe de travail durant l'élaboration du projet de Convention.

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

201. A sa 564^{ème} séance, le 12 mai 1995, la Commission a adopté par consensus la décision suivante :

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

Rappelant qu'à sa vingt-deuxième session en 1989, elle a décidé de préparer une législation uniforme sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, et qu'elle a chargé le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux d'élaborer un projet,

Notant que le Groupe de travail a consacré onze sessions, tenues de 1990 à 1995, à l'élaboration du projet de Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by,

Ayant examiné le projet de Convention à ses 547^{ème} à 564^{ème} séances, tenues durant sa vingt-huitième session en 1995,

Appelant l'attention sur le fait que tous les Etats et organisations internationales intéressées ont été invités à prendre part à l'élaboration du projet de Convention à toutes les sessions du Groupe de travail et à la vingt-huitième session de la Commission, soit comme membres, soit comme observateurs ayant la possibilité, sans restriction, de prendre la parole et de faire des propositions,

1. Soumet à l'Assemblée générale le projet de Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, tel qu'il figure à l'annexe I du présent rapport;
2. Recommande que l'Assemblée générale examine le projet de Convention en vue d'adopter à sa cinquantième session, sur la base du projet de Convention approuvé par la Commission, une Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by."

III. PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR CERTAINS ASPECTS
JURIDIQUES DE L'ÉCHANGE DE DONNÉES INFORMATISÉES (EDI)
ET DES MOYENS CONNEXES DE COMMUNICATION

A. Introduction

202. A sa vingt-quatrième session, en 1991, la Commission a convenu que les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) deviendraient de plus en plus importants avec le développement de ce type d'échanges et qu'elle devrait entreprendre des travaux dans ce domaine. La Commission a convenu que le sujet devrait être traité de façon approfondie par un groupe de travail⁵.

203. Comme suite à cette décision, le Groupe de travail des paiements internationaux a consacré sa vingt-quatrième session (janvier-février 1992) à recenser et examiner les problèmes juridiques qui se posaient du fait de l'utilisation accrue de l'EDI. A sa vingt-cinquième session (1992), la Commission a examiné le rapport du Groupe de travail (A/CN.9/360). Conformément à ce qu'avait proposé le Groupe de travail, la Commission a admis qu'il était nécessaire d'étudier plus avant les questions juridiques de l'EDI et d'élaborer des règles pratiques dans ce domaine. Après un débat, la Commission a fait sienne la recommandation contenue dans le rapport du Groupe de travail (ibid., par. 129 à 133) et a confié l'élaboration de règles juridiques sur l'EDI au Groupe de travail des paiements internationaux, rebaptisé Groupe de travail sur les échanges de données informatisées⁶.

204. Le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées a consacré ses vingt-cinquième à vingt-huitième sessions à l'élaboration d'un projet de dispositions législatives types (les rapports de ces sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/373, 387, 390 et 406), qu'elle a approuvé sous le nom de projet de Loi type sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et des moyens connexes de communication à la fin de sa vingt-huitième session (octobre 1994). Le Groupe de travail a fondé ses travaux sur les documents de travail élaborés par le Secrétariat relatifs aux questions qui pourraient être traitées dans la Loi type. Ces documents de travail étaient notamment les suivants : A/CN.9/WG.IV/WP.53 (Questions qui pourraient figurer dans le programme des activités futures sur les aspects juridiques de l'EDI) et A/CN.9/WG.IV/WP.55 (Ebauche de règles uniformes sur les aspects juridiques de l'échange de données informatisées). Les projets d'articles de la Loi type ont été présentés par le Secrétariat dans les documents A/CN.9/WG.IV/WP.57, 60 et 62. Le Groupe de travail était également saisi d'une proposition du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relative à la teneur possible du projet de Loi type (A/CN.9/WG.IV/WP.58).

205. Afin d'aider les Etats qui pourraient envisager d'adopter la Loi type, le Groupe de travail a convenu que le Secrétariat élaborerait un projet de guide pour l'incorporation de la Loi type. Le projet de guide pour l'incorporation de la Loi type élaboré par le Secrétariat (A/CN.9/WG.IV/WP.64) a été examiné par le Groupe de travail à sa vingt-neuvième session (février-mars 1995). Après un débat, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer une version révisée du projet de Guide qui tienne compte des décisions du Groupe de travail, ainsi que des diverses opinions, suggestions et préoccupations exprimées au cours de la vingt-neuvième session. Lors de cette session, le Groupe de travail avait également examiné des propositions de la Chambre de commerce internationale (A/CN.9/WG.IV/WP.65) et du Royaume-Uni (A/CN.9/WG.IV/WP.66) relatives à l'inclusion éventuelles dans le projet de Loi type de dispositions supplémentaires ayant pour objet de faire en sorte que certains termes et

conditions, qui pourraient être incorporés par référence dans un message de données, se voient reconnaître les mêmes effets juridiques que s'ils avaient été expressément énoncés dans le texte du message de données (le rapport de la vingt-neuvième session du Groupe de travail a été publié sous la cote A/CN.9/407).

206. Le texte du projet de Loi type, tel qu'approuvé par le Groupe de travail à sa vingt-huitième session, a été envoyé à tous les gouvernements et aux organisations internationales intéressées pour observations. Les observations reçues ont été reproduites dans les documents A/CN.9/409 et Add.1 à 4.

207. Le texte des projets d'articles de la Loi type, tel qu'il a été présenté à la Commission par le Groupe de travail, figurait en annexe au document A/CN.9/406.

B. Examen des projets d'articles

TITRE DU PROJET DE LOI TYPE

208. Le titre du projet de Loi type examiné par la Commission était le suivant : "Projet de Loi type sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et des moyens connexes de communication". Il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé de traiter de l'EDI et des moyens connexes de communication, comme il ressortait du paragraphe a) de l'article 2 du projet de Loi type. Il a également été rappelé qu'afin de tenir compte de sa décision de ne pas traiter de tous les aspects juridiques des communications électroniques, le Groupe de travail avait décidé d'utiliser les mots "certains aspects juridiques", de préférence aux mots "les aspects juridiques".

209. Il a été convenu au sein de la Commission que le titre du projet de Loi type était trop long et ne décrivait pas de manière suffisamment claire la teneur du projet de Loi type. Pour ce qui est des mots utilisés dans le titre, diverses préoccupations ont été exprimées. Selon un avis, les mots "Loi type sur certains aspects juridiques" étaient redondants et trop vagues pour le titre d'un texte législatif. Il a également été indiqué que ces mots risqueraient de laisser entendre que le texte traitait de toutes les questions juridiques qui pourraient être liées à l'utilisation de l'EDI. Selon un autre avis, les mots "échange de données informatisées" n'étaient pas assez clairs. Il a été déclaré que le mot "données" avait un sens trop étroit et était trop peu clair pour être inclus dans un texte juridique, car il pourrait être compris comme faisant référence à toute information dans un ordinateur ou aux zones d'information dans les messages EDI. Selon un autre avis, les mots "moyens connexes de communication" pourraient être compris comme englobant une large gamme d'activités que le projet de Loi type n'avait pas pour objet de traiter. Selon un autre avis encore, le mot "communication" était trop restrictif et semblait ne pas être conforme à la décision prise par le Groupe de travail de traiter des messages de données qui étaient créés et archivés, mais non communiqués.

210. Diverses propositions ont été faites pour répondre à ces préoccupations, étant entendu que le titre devrait être bref et d'emploi facile et décrire le champ d'application effectif du projet de Loi type. Ces propositions étaient les suivantes : "Loi type sur l'EDI", "Loi type sur le commerce électronique", "Loi type sur les communications électroniques" et "Loi type sur les moyens électroniques de communication".

211. Aucune de ces propositions n'a reçu un appui suffisant. A leur rencontre, les remarques suivantes ont été faites : la première proposition était trop restrictive et trop peu claire, car le projet de Loi type avait pour objet de traiter d'activités qui allaient au delà de l'EDI, comme il ressortait clairement du paragraphe a) de l'article 2 du projet de Loi type; la deuxième proposition soulevait des questions quant au champ d'application du projet de Loi type, car elle semblait limiter ce champ d'application aux activités commerciales, alors que l'intention était d'autoriser les Etats adoptant la Loi type de l'appliquer à une plus large gamme d'activités dans lesquelles les techniques modernes de communication étaient utilisées; en outre, il a été indiqué que la deuxième proposition n'était pas conforme aux dispositions du projet de Loi type, car elle était axée sur le contenu et non sur la méthode de création, d'archivage ou de communication de messages de données; la troisième proposition pourrait être interprétée par erreur dans certains pays comme englobant les règlements en matière de communications, par exemple dans le domaine de la télédiffusion; et la quatrième proposition, qui avait été présentée afin de répondre à cette dernière objection, manquait elle aussi de clarté.

212. Après un débat, la Commission a ajourné sa décision quant au titre de la Loi type. Il a été convenu que cette question serait réexaminée après que la Commission aurait achevé son examen des projets d'articles premier et 2.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GENERALES

Note relative au chapitre premier

213. Le texte de la note relative au chapitre premier examiné par la Commission était le suivant :

"* La présente Loi ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger les consommateurs."

214. La Commission a jugé que la teneur de cette note était dans l'ensemble acceptable.

Article premier. Champ d'application

215. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"Champ d'application**

La présente Loi fait partie du droit commercial***. Elle s'applique à tout type d'information revêtant la forme d'un message de données.

** La Commission propose le texte suivant aux Etats qui souhaiteraient limiter l'applicabilité de la présente Loi aux messages de données internationaux :

La présente Loi s'applique à un message de données tel qu'il est défini au paragraphe 1 de l'article 2, lorsque ledit message de données se rattache au commerce international.

*** Le terme 'commercial' devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial,

contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes : toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs, ingénierie, licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière."

216. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir si le champ d'application du projet de Loi type devrait être limité aux cas où l'EDI et les moyens connexes de communication étaient utilisés dans le contexte de relations "commerciales" ou d'autres relations "liées au commerce". Selon un avis, il faudrait éviter toute référence au "commerce". A l'appui de cet avis, il a été déclaré qu'une telle référence susciterait des difficultés, car certains pays de common law, ainsi que certains pays de droit continental ne disposaient pas d'un corpus distinct de droit commercial et qu'il n'était pas facile ni habituel dans ces pays d'établir une distinction entre les règles juridiques applicables aux opérations "commerciales" et celles qui s'appliquaient plus généralement. On a donné des exemples de pays où des notions telles que "commerce" n'étaient pas utilisées communément dans les textes juridiques et où leur définition pourrait susciter des problèmes. Il a également été déclaré que le projet de Loi type ne devrait pas être axé sur une catégorie donnée d'opérations, par exemple, les opérations commerciales dans le contexte desquelles diverses techniques informatiques pourraient être utilisées, mais devrait être plutôt axé sur ces techniques elles-mêmes, qui avaient pour caractéristique commune de ne pas être fondées sur le papier. Il a en outre été déclaré que, si le projet de Loi type ne s'appliquait qu'aux opérations commerciales, une telle limitation ne serait pas conforme à la formulation large des projets d'articles 5 à 9, qui étaient conçus pour donner de nouvelles possibilités de se conformer aux exigences actuelles des législations nationales. Il a été avancé que le champ d'application du projet de Loi type devrait être étendu à l'ensemble de ces exigences nationales, qui n'étaient pas toutes limitées à un contexte commercial.

217. Selon un avis contraire, qui a reçu un large appui, le champ d'application du projet de Loi type devrait être limité d'une manière ou d'une autre aux données créées, archivées ou échangées dans le contexte de relations commerciales. Il a été déclaré qu'une telle limitation serait conforme au mandat général conféré à la Commission dans le domaine du droit commercial international. Il a également été déclaré que le projet de Loi type avait été élaboré en fonction des relations commerciales et ne serait peut-être pas adapté à d'autres types de relations. Il a été rappelé que cette préoccupation avait déjà été exprimée lors de l'élaboration du projet de Loi type par le Groupe de travail (A/CN.9/406, par. 81 à 83; A/CN.9/390, par. 23 à 26) et que le Groupe de travail avait décidé que le texte ne devrait pas être axé sur les relations entre utilisateurs de l'EDI et pouvoirs publics (A/CN.9/390, par. 21). Il a toutefois été rappelé qu'aucune décision n'avait été prise tendant à rendre le projet de Loi type inapplicable à de telles relations.

218. Après un débat, la Commission a décidé que le champ d'application du projet de Loi type devrait être d'une manière ou d'une autre limité au domaine commercial. Il a également été décidé que rien dans le projet de Loi type ne devrait empêcher un Etat d'étendre son champ d'application à l'utilisation de

l'EDI et des moyens connexes de communication dans des domaines autres que commerciaux, et que l'option ainsi donnée aux Etats devrait être clairement exprimée dans le projet de Loi type. Pour ce qui est de la manière dont cette limitation au domaine commercial et l'option donnée aux Etats devraient être formulées, il a été dans l'ensemble jugé que le libellé actuel du projet d'article premier n'était pas approprié. En particulier, la référence au "droit commercial" n'était pas satisfaisante. Terme consacré dans certains pays, la notion de "droit commercial" n'aurait pas de sens dans d'autres pays. En outre, même lorsque la notion de "droit commercial" était utilisée dans les législations nationales, elle pouvait faire l'objet de définitions très variées et elle pourrait être interprétée différemment selon le pays où elle était utilisée. Il a été jugé dans l'ensemble que la référence au "droit commercial", tout en offrant une certaine souplesse à divers Etats, risquerait d'être source de nombreuses incertitudes et d'entraver l'harmonisation du droit commercial international. Le libellé suivant a été proposé pour le projet d'article premier : "La présente Loi s'applique à tout type d'information revêtant la forme d'un message de données utilisé dans le contexte d'activités commerciales". Il a également été proposé d'ajouter au projet d'article premier une note autorisant expressément les Etats à étendre la portée du projet de Loi type à d'autres types de situation s'ils le souhaitent. Après un débat, la proposition a été adoptée par la Commission, qui l'a renvoyée au groupe de rédaction.

Notes relatives à l'article premier

219. La Commission a jugé que la teneur des deux notes était dans l'ensemble acceptable.

Article 3. Interprétation

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

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

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

Paragraphe 1

221. La Commission s'est demandé si le paragraphe 1 devrait être modifié pour faire référence à l'objet du projet de Loi type, qui était de "faciliter l'utilisation de l'échange de données informatisées et de moyens analogues de communication dans les opérations commerciales".

222. A l'appui de cette proposition, il a été souligné que l'inclusion au paragraphe 1 d'une déclaration selon laquelle l'objet du projet de Loi type serait de faciliter l'utilisation de l'EDI serait considérée comme un encouragement à l'utilisation des techniques de communication. Il a été ajouté que l'on n'arriverait pas à ce résultat en incluant une telle déclaration dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type ou dans un préambule au projet de Loi type. A l'encontre de cette proposition, il a été déclaré qu'une référence à l'objet du projet de Loi type au paragraphe 1 risquerait d'être source

d'incompatibilités, car la bonne foi pourrait conduire à une interprétation du projet de Loi type qui ne faciliterait pas nécessairement l'utilisation de l'EDI. En outre, il a été déclaré qu'une déclaration relative à l'objet du projet de Loi type au paragraphe 1 pourrait être considérée comme imposant l'utilisation des communications électroniques, alors que l'intention était simplement de supprimer les obstacles à l'utilisation de telles communications. Après un débat, la Commission a adopté le paragraphe 1 tel quel.

Paragraphe 2

223. Il a été proposé de reconnaître les travaux entrepris par d'autres organisations internationales dans le domaine de l'EDI en ajoutant à la fin du paragraphe 2 le libellé suivant : "il peut également être tenu compte des règles élaborées par des organisations internationales destinées à être utilisées dans un contexte électronique et, le cas échéant, aux usages du commerce et aux règles des systèmes". A l'appui de ces propositions, il a été déclaré que l'EDI serait facilité si les tribunaux étaient autorisées à tenir compte des usages et d'autres règles de la pratique pour combler les lacunes que pourrait laisser la Loi type. En outre, il a été souligné que cette solution serait conforme à la pratique suivie dans les instruments juridiques internationaux actuels, consistant à inclure une telle règle en vue d'harmoniser les lois nationales ou d'en assurer une interprétation uniforme.

224. Cette proposition n'a toutefois pas reçu un appui suffisant. Diverses préoccupations ont été exprimées. Selon un avis, une référence aux règles d'organisations internationales en général introduirait des incertitudes dans le projet de Loi type, car le terme "règles" inclurait les règles contractuelles et le terme "organisations" inclurait des organisations privées représentant souvent des intérêts particuliers, notamment les intérêts d'intermédiaires. Selon un autre avis, il ne serait pas approprié, dans le contexte d'une loi type qui serait adoptée en tant que loi nationale, de s'en remettre aux règles internationales de la pratique et aux usages pour combler les lacunes. Après un débat, la Commission a adopté le paragraphe 2 sans modification.

CHAPITRE II. APPLICATION DES EXIGENCES LEGALES AUX MESSAGES DE DONNEES

Article 4. Reconnaissance juridique des messages de données

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

"La valeur légale, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas refusées aux seuls motifs qu'elle est présentée sous la forme d'un message de données".

226. Selon un avis, le projet d'article 4 était superflu car le principe de la non-discrimination des messages de données était déjà énoncé dans les projets d'articles 5 à 8 et, en ajoutant une règle générale, on susciterait des doutes quant à l'objet de ces projets d'articles. Il a été avancé que, si une déclaration générale du type du projet d'article 4 était jugée nécessaire, il faudrait expliquer dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type que l'article 4 énonçait le principe fondamental de la non-discrimination et n'avait pas pour objet de remettre en cause les articles 5 à 8 de la Loi type. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il était essentiel de conserver dans la Loi type une disposition générale énonçant le principe fondamental selon lequel

les messages de données ne devraient pas subir de discrimination. Il a été jugé dans l'ensemble qu'un tel principe serait d'application générale et que son champ ne devrait pas être limité à la question de la preuve ou aux autres questions régies par les projets d'articles 5 à 8. La proposition selon laquelle il faudrait expliquer l'objet du projet d'article 4 dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type a reçu un large appui.

227. Pour ce qui est du libellé précis du projet d'article 4, diverses préoccupations ont été émises. Selon un avis, sous son libellé actuel, le projet d'article 4 risquait d'être interprété comme laissant entendre que les messages de données étaient, de par leur nature même, non fiables. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé de libeller le projet d'article 4 de manière positive. Selon un autre avis, le projet d'article 4 ne précisait pas que les conditions énonçant des formalités particulières n'étaient pas remises en cause lorsque la conséquence inévitable et automatique de l'utilisation d'un message de données était que ces conditions n'étaient pas satisfaites. Selon un autre avis encore, le projet d'article 4 se fondait sur l'idée erronée qu'une information avait une valeur légale, alors que c'était aux messages de données qu'une valeur légale était attribuée. Pour répondre à ces préoccupations, il a été proposé de modifier comme suit le projet d'article 4 : "L'utilisation d'un message de données pour enregistrer ou communiquer des informations n'aura pas d'incidences sur les conséquences juridiques de l'enregistrement ou de la communication ou de ce qui a été enregistré ou communiqué, à condition qu'aucune exigence particulière ne s'applique à laquelle ne satisfasse pas l'utilisation d'un message de données". Cette suggestion n'a pas reçu un appui suffisant. Après un débat, la Commission a adopté le projet d'article 4 sans changement.

Article 5. Écrit

228. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"1. Lorsqu'une règle de droit exige qu'une information soit par écrit ou soit présentée par écrit, ou prévoit certaines conséquences si elle ne l'est pas, un message de données est conforme à cette exigence si cette information est accessible de manière à pouvoir être consultée ultérieurement.

2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...]."

Paragraphe 1

Remarques générales

229. On a craint que le paragraphe 1 ne suscite des incertitudes, car il comportait des notions (par exemple, "règle de droit" et "accessible de manière à pouvoir être consultée ultérieurement") dont le sens n'était pas clair. Il a été jugé que des notions bien connues telles que "la préservation d'un enregistrement de l'information" et "la reproduction sous une forme tangible" seraient préférables. Il a été proposé de modifier le paragraphe 1 comme suit : "Le terme 'écrit' désigne tout mode de communication qui préserve un enregistrement de l'information qu'il contient et qui peut être reproduit sous une forme tangible". Il a été déclaré qu'un tel libellé serait plus conforme à l'article 1.10 (Définitions) des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats commerciaux internationaux, ainsi qu'aux conventions internationales existantes

telles que la Convention de 1988 sur l'affacturage international établie par l'Institut international pour l'unification de droit privé (UNIDROIT). Si l'on a en effet considéré dans l'ensemble que la notion de préservation d'un enregistrement de l'information serait utile dans le cadre des informations que fournirait le Guide pour l'incorporation de la Loi type, il a été convenu que les termes utilisés au paragraphe 1 étaient bien connus et compris dans le domaine de l'EDI et des moyens connexes de communication et que la Commission ne devrait pas craindre de les utiliser.

230. Dans le cadre du débat général, il a été proposé d'introduire une référence à l'exactitude et à la fiabilité des informations contenues dans un message de données, en tant qu'éléments de l'équivalent fonctionnel de l'"écrit". Divers termes ont été suggérés pour définir ces conditions supplémentaires, notamment "intégrité" ou "fiabilité" et "fidélité" du message de données par rapport à ce qui avait été effectivement échangé. Cette proposition n'a pas reçu un appui suffisant. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait étudié cette question en détail et qu'il avait été reconnu que la question de l'intégrité ou de la fiabilité tenait essentiellement à la valeur ou à la force probante du message de données, question traitée dans le projet d'article 8, et n'entrait donc pas dans le champ d'application du projet d'article 5, qui se bornait à définir ce qui pouvait être considéré comme l'équivalent d'un écrit dans un contexte électronique (voir A/CN.9/406, par.97 et A/CN.9/390, par. 91 et 92).

"Lorsqu'une règle de droit exige"

231. On a craint que la référence à "une règle de droit" au début du projet d'article 5 (et dans d'autres articles du projet de Loi type) ne soit pas claire, notamment pour ce qui est de savoir si cette notion englobait, au-delà des exigences de la loi, les exigences légales pouvant découler d'usages commerciaux ou de la pratique, de la jurisprudence et de stipulations contractuelles.

232. Pour ce qui est des exigences légales pouvant découler des usages commerciaux ou de la pratique, il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé de supprimer la référence à ces sources du droit, qui figuraient dans une version antérieure du paragraphe 1, au motif que les exigences découlant d'usages commerciaux ou de la pratique seraient dans la plupart des cas considérées comme de caractère contractuel, sujettes à convention contraire des parties; et que l'exclusion de telles exigences n'empêcherait pas les Etats de tenir compte des nécessités particulières de la pratique, ni des différences de situation et d'interprétation selon les pays (voir A/CN.9/390, par. 94). La Commission a approuvé dans l'ensemble cette décision du Groupe de travail. A ce propos, une suggestion tendant à remplacer les premiers mots du paragraphe 1 par les mots "Lorsqu'il est exigé que..." n'a pas reçu d'appui, car elle a été considérée comme élargissant par trop le champ d'application de l'article 5.

233. Pour ce qui est des exigences légales pouvant découler de la jurisprudence, il a été jugé dans l'ensemble que celles-ci devraient entrer dans le champ d'application de l'article 5. Si, dans certaines juridictions, ces exigences seraient normalement considérées comme découlant directement ou indirectement de la loi et elles seraient donc incluses par référence générale dans la notion de "règle de droit", il a été souligné que, dans d'autres systèmes juridiques, les mots "règle de droit" pourraient être interprétés comme désignant uniquement la loi et non la jurisprudence. Après un débat, il a été convenu que, s'il n'était pas nécessaire de faire expressément référence à la jurisprudence dans le texte du projet de Loi type, il faudrait préciser dans le Guide pour l'incorporation

de la Loi type que ces exigences étaient englobées dans la référence générale à la notion de "règle de droit".

234. Pour ce qui est des exigences légales pouvant découler de stipulations contractuelles, il a été estimé que, puisque ces exigences pouvaient être considérées comme découlant directement des principes généraux du droit en vertu desquels les contrats lient les parties, elles pourraient être englobées dans la notion générale de "règle de droit". Cette interprétation n'a pas reçu d'appui. Il a été jugé dans l'ensemble que les mots "une règle de droit" indiquaient clairement que seules les exigences de la loi et de la jurisprudence concernant l'écrit étaient englobées (voir A/CN.9/360, par. 34). Selon un avis, l'inclusion d'exigences contractuelles dans le champ d'application du projet d'article 5 (ou de toute autre disposition du chapitre II) irait à l'encontre du projet d'article 10. Il a été rappelé qu'une version antérieure du projet d'article 10 n'avait pas été adoptée par le Groupe de travail au motif qu'elle définissait trop largement le champ de l'autonomie des parties en vertu de la Loi type. Il a également été rappelé que la Loi type pourrait, dans une certaine mesure, être considérée comme un recueil d'exceptions aux règles bien établies concernant la forme des opérations légales. Il a été noté que ces règles bien établies étaient normalement de caractère impératif, car elles se fondaient en général sur des décisions d'ordre public. Au moins pour ce qui est des dispositions énoncées au chapitre II, la Loi type devrait être considérée comme énonçant les conditions de forme minimum acceptables et devrait de ce fait être considérée comme impérative, sauf disposition expresse contraire. La Loi type ne devrait pas être interprétée comme autorisant les parties à déroger aux règles impératives adoptées pour des raisons d'ordre public (voir A/CN.9/406, par. 88 et 89).

235. La Commission a décidé que le champ d'application de l'article 5 (ainsi que celui des autres articles du chapitre II de la Loi type) devrait être limité aux règles découlant de la loi et de la jurisprudence. Des stipulations contractuelles devraient donc en général être considérées comme extérieures à la notion de "règle de droit" dans le cadre de la Loi type. Il a également été décidé que l'article 10 ne devrait pas être interprété comme limitant la liberté des parties de déroger aux dispositions énoncées au chapitre II, dans la mesure où cette liberté contractuelle pouvait être énoncée dans les règles applicables de la loi nationale. Il a été convenu que cette question devrait sans doute être examinée plus avant lors de l'examen du projet d'article 10 (voir ci-après, par. 272 et 273).

236. A ce propos, il a été avancé qu'il faudrait peut-être étudier plus avant la question de savoir si la Loi type devrait énoncer une règle d'interprétation pour les cas où des contrats, notamment des contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la Loi type, pourraient énoncer une obligation de produire certaines informations "par écrit", par exemple lorsque les parties avaient convenu qu'une modification de leur convention ou toute modification devait être par écrit, sans que soit spécifié le sens exact du terme "écrit". Divers avis ont été exprimés sur le point de savoir quelle serait la règle appropriée à de tels cas. Selon un avis, il serait conforme à l'objectif général de la Loi type, qui était de faciliter l'utilisation des moyens électroniques de communication, de disposer qu'un message de données satisferait à une telle exigence. Selon un avis opposé, il a été jugé qu'une stipulation selon laquelle, en l'absence de tout accord sur ce qui pourrait constituer un "écrit", une communication électronique satisferait à toute exigence contractuelle imposant un écrit, irait sans doute à l'encontre de la volonté et de l'intérêt de certaines parties et pourrait être inacceptable en vertu de la Loi type, car il était généralement

admis que la Loi type ne devrait pas imposer l'utilisation des moyens électroniques de communication. La Commission a décidé que cette question devrait sans doute être examinée plus avant à un stade ultérieur.

237. On a craint également, à propos de l'utilisation de la notion de "règle de droit" au paragraphe 1, que le libellé ne permette d'établir une distinction selon les motifs pour lesquels l'exigence d'un écrit pourrait être imposée. Il a été jugé que le champ d'application du projet d'article 5 devait être limité aux cas où un écrit était demandé à des fins de preuve, et ne devrait pas englober les cas où la forme écrite devait remplir une fonction d'avertissement et où cette exigence devrait donc être conservée, nonobstant la disposition énoncée dans le projet d'article 5. Cette suggestion n'a pas reçu un appui suffisant. Il a été déclaré que, quelle que soit la raison pour laquelle un écrit pouvait être exigé, les Etats resteraient libres d'exclure certaines situations du champ d'application du projet d'article 5 en énonçant ces situations au paragraphe 2.

"accessible"

238. Il a été proposé de préciser le sens du terme "accessible" en incluant dans le projet d'article 2 une définition qui pourrait être libellée comme suit : "le terme 'accessible' signifie disponible sous une forme pouvant être exposée". On a objecté à cette suggestion que le sens du terme "accessible" était suffisamment clair. Il a été rappelé que la notion d'"exposition" (display) n'avait pas été adoptée par le Groupe de travail en tant qu'élément de la définition du terme "écrit", car il avait été reconnu qu'une information figurant dans un message de données pourrait être traitée par une machine sans être "exposée". La Commission a convenu que la notion d'"accessibilité" devrait être précisée dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type. Il a également été convenu que cette question devrait sans doute être réexaminée lors de l'examen du projet d'article 7, qui se fondait sur la notion selon laquelle l'information devrait être "exposée à la personne à laquelle elle devait être présentée", afin d'assurer la conformité de cette formulation avec celle utilisée dans les projets d'articles 5 et 6 (voir ci-après, par. 252).

"un message de données est conforme"

239. On a craint que les mots "un message de données est conforme" n'aient l'effet suivant : dans le cas où une opération était conclue oralement et n'était qu'ultérieurement enregistrée dans un message de données, le message de données ultérieur satisferait rétrospectivement à l'exigence d'un écrit. Il a été expliqué que, lorsqu'une opération conclue verbalement était ultérieurement mise par écrit, le document écrit ne pouvait être invoqué comme satisfaisant à l'exigence d'un écrit qu'à compter de la date où ce document était créé. Afin d'atténuer cette préoccupation, il a été proposé d'insérer après les mots "un message de données" les mots "créé au moment voulu", ou bien de remplacer les mots "est conforme" par les mots "peut être conforme". On a objecté que l'article 5 n'avait pas pour but de traiter de la question du moment auquel l'exigence d'un écrit était satisfaite et qu'en s'efforçant de régler cette question, on risquerait de créer davantage de problèmes qu'on en résoudrait. La Commission a convenu que cette question devrait sans doute être traitée dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type.

240. Après un débat, la Commission a considéré que le paragraphe 1 était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Paragraphe 2

241. La Commission a jugé que le paragraphe 2 était acceptable dans l'ensemble quant au fond.

Article 6. Signature

242. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"1. Lorsqu'une règle de droit exige une signature ou prévoit certaines conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données :

a) Si une méthode est utilisée pour identifier l'initiateur du message de données et pour indiquer que cette personne approuve l'information qu'il contient; et

b) Si cette méthode est aussi fiable que cela était approprié au vu de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris tout accord entre l'initiateur et le destinataire du message de données.

2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...]."

Paragraphe 1

Chapeau et alinéa a)

243. On a craint que, dans leur libellé actuel, le chapeau du paragraphe 1 et l'alinéa a) ne traitent pas des cas dans lesquels il était important d'identifier non seulement l'initiateur lui-même, mais la personne agissant en son nom, par exemple, le directeur d'une société agissant au nom de la société. Il a été déclaré que l'alinéa a), appliqué conjointement avec la définition de l'initiateur figurant dans l'article 2, permettrait d'identifier l'initiateur en tant que donneur d'ordre, mais non la personne ayant effectivement signé en tant que représentant. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé de modifier comme suit le chapeau du paragraphe 1 et l'alinéa a) :

"1. Lorsqu'une règle de droit exige la signature de toute personne, ou prévoit certaines conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données :

a) si une méthode est utilisée pour identifier cette personne dans le message de données en tant qu'initiateur ou une personne agissant en son nom et pour indiquer que cette personne approuve l'information qu'il contient; et".

244. Cette proposition a reçu un certain appui mais, selon l'avis qui a prévalu, cette volonté de traiter dans la Loi type de questions liées à la représentation, au-delà de ce qui était déjà envisagé dans la définition de l'initiateur dans le projet d'article 2, risquerait de poser davantage de problèmes qu'elle n'en résoudrait. Il a été jugé qu'étant donné les importantes divergences entre les systèmes juridiques dans le domaine de la représentation, il serait mieux de laisser cette question aux règles applicables de la législation nationale.

Alinéa b)

245. L'alinéa b) a été jugé dans l'ensemble acceptable, mais on a craint que le critère à utiliser pour évaluer la fiabilité de la méthode utilisée pour identifier l'initiateur ne soit source d'incertitudes. Il a été proposé d'ajouter les critères suivants à la liste figurant dans le projet de Guide pour l'incorporation de Loi type : "i) le pouvoir relatif de négociation de l'initiateur et du destinataire dans le choix de la méthode d'identification; ii) l'importance et de la valeur de l'information contenue dans le message de données; iii) la disponibilité d'autres méthodes d'identification et le coût de leur mise en oeuvre; iv) le degré d'acceptation ou de non-acceptation de la méthode d'identification dans le secteur ou domaine pertinent, tant au moment où la méthode a été convenue qu'à celui où le message de données a été communiqué; et c) l'état de la science et de la technologie au moment où la méthode a été convenue."

246. Il a été dans l'ensemble convenu que les critères ii) à iv) étaient utiles et devraient être mentionnés dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type, mais on a émis des objections à propos des critères i) et v). Il a été déclaré que toute tentative de mesurer la fiabilité de la méthode utilisée pour identifier l'initiateur sur la base du pouvoir relatif de négociation des parties introduirait des incertitudes et risquerait de susciter des problèmes de caractère commercial. Quant à l'état de la science et de la technologie, il a été souligné que l'inclusion de ce critère n'était pas appropriée, car les parties pourraient ne pas toujours choisir les techniques les plus modernes, pour des raisons de coût, ou pour d'autres raisons.

247. Après un débat, la Commission a jugé que le paragraphe 1 était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Paragraphe 2

248. La Commission a jugé que le paragraphe 2 était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Article 7. Original

249. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"1. Lorsqu'une règle de droit exige qu'une information soit présentée sous sa forme originale, ou prévoit certaines conséquences si elle ne l'est pas, un message de données est conforme à cette exigence :

a) si l'information est exposée à la personne à laquelle elle doit être présentée; et

b) s'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information entre le moment où elle a été composée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre, et le moment où elle est exposée.

2. Si une question est soulevée quant au point de savoir si les conditions énoncées à l'alinéa b) du paragraphe 1 du présent article ont été respectées :

a) les critères utilisés pour apprécier l'intégrité consistent à déterminer si l'information est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant durant le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition; et

b) la norme de fiabilité requise doit être appréciée compte tenu de la fin pour laquelle l'information a été composée et de toutes les circonstances y afférentes.

3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...]."

Paragraphe 1

250. Des préoccupations ont été exprimées quant à la disposition énoncée à l'alinéa a) selon laquelle, afin de satisfaire à l'exigence d'un original, l'information devait être "exposée à la personne à laquelle elle doit être présentée". Il a été déclaré qu'en faisant référence à l'"exposition" (display), on négligeait le fait que, dans de nombreux systèmes EDI, le traitement des messages de données était automatique, avec une intervention humaine limitée ou nulle. Dans un tel cas, le message de données pourrait ne pas être exposé à qui que ce soit et il ne serait pas nécessaire d'énoncer une telle exigence. On a craint également que l'exigence relative à l'exposition de l'information ne suscite une autre question : était-ce l'information brute (en général dans un langage machine incompréhensible) ou l'information traitée et intelligible sous la forme du message de données final qui devait être exposée ? Il a été avancé que l'exigence selon laquelle l'information devait être exposée devrait être supprimée.

251. On a jugé également que, si l'objet du paragraphe a) était de préciser que l'exposition de l'information par un moyen électronique pouvait remplacer la présentation de l'information sous la forme du document papier exigé par la loi, il serait alors plus approprié d'utiliser la même terminologie que dans le projet d'article 5 dans lequel, à propos de la question de la présentation d'informations dans un contexte EDI, l'expression "accessible" était utilisée à la place du mot "exposée".

252. En réponse à ces préoccupations, il a été déclaré que le paragraphe 1 avait pour objet de traiter deux cas distincts. Dans un de ces cas, une règle de droit exigeait qu'une information soit "conservée" sous sa forme originale. Il ne serait alors pas nécessaire que l'information en langage machine soit exposée. Dans l'autre cas, une règle de droit exigeait qu'une information soit "présentée" sous sa forme originale, par exemple dans le cadre de procédures judiciaires. Dans ce cas, il serait essentiel que l'information puisse être exposée, par exemple à un juge. Il a été proposé que le paragraphe 1 soit modifié pour traiter plus expressément de ces deux cas. Il a également été proposé, afin d'aligner l'article 7 sur l'article 5, de remplacer l'exigence selon laquelle l'information devait être "exposée" par une exigence aux termes de laquelle l'information devait "pouvoir être exposée". On a proposé le libellé suivant pour le paragraphe 1 :

"1. Lorsqu'une règle de droit exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, ou prévoit certaines conséquences si elle ne l'est pas, un message de données est conforme à cette exigence :

a) s'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information entre le moment où elle a été composée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre; et

b) si, lorsqu'il est exigé que l'information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée."

253. Après un débat, la proposition a été adoptée par la Commission. Pour ce qui est de sa forme, la Commission a réaffirmé la décision prise par le Groupe de travail à sa vingt-huitième session tendant à remplacer le mot "composée" par le mot "créée" (A/CN.9/406, par. 162), afin d'aligner cette disposition sur les autres dispositions du projet de Loi type. La Commission a également adopté une proposition aux termes de laquelle le mot "exposée" (display) serait expliqué plus en détail dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type, afin d'aider le lecteur à bien comprendre dans quel contexte ce mot était utilisé dans le projet de Loi type.

Paragraphe 2

254. On a craint que les mots "elle a été composée pour la première fois sous sa forme définitive" ne posent des problèmes pour ce qui est de l'application du paragraphe 2. Dans un contexte EDI, une même information pouvait être enregistrée sous différentes formes au même moment, ou à des moments différents. Dans un tel contexte, on pouvait se demander ce que signifiait "sa forme définitive". Il a été jugé dans l'ensemble que le Guide pour l'incorporation de la Loi type devrait traiter de cette question en illustrant la manière dont cet alinéa serait appliqué dans la pratique. Après un débat, la Commission a jugé que le paragraphe 2 était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Paragraphe 3

255. La Commission a jugé que le paragraphe 3 était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Article 8. Admissibilité et valeur probante d'un message de données

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

"1. Dans toute procédure légale, aucune disposition relative aux règles de preuve ne sera appliquée afin d'empêcher l'admission en preuve d'un message de données :

a) au motif qu'il s'agit d'un message de données; ou,

b) s'il s'agit de la meilleure preuve que la personne qui la présente peut raisonnablement escompter obtenir, au motif qu'il n'est pas sous sa forme originale.

2. Une information présentée sous la forme d'un message de données se voit accorder la force probante voulue. Lors de l'évaluation de la force probante d'un message de données, il est tenu compte de la fiabilité du mode de création, de conservation ou de communication du message de données, de la fiabilité du mode de préservation de l'intégrité de l'information, de la manière dont l'initiateur a été identifié et de tout autre facteur pertinent.

3. Sous réserve de toute autre règle de droit, lorsque l'information sous la forme d'un message de données est conforme aux exigences de l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 8, cette information ne se voit pas accorder une force probante moindre au motif qu'elle n'a pas été présentée sous sa forme originale."

Titre

257. Il a été proposé de remplacer, dans le titre du projet d'article 8, le mot "valeur" par le mot "force", qui a été jugé plus approprié pour décrire l'objet du projet d'article. Après un débat, la Commission a adopté cette suggestion.

Paragraphe 1

258. La Commission a jugé que le paragraphe 1 était dans l'ensemble acceptable. Diverses propositions de caractère rédactionnel ont été faites, consistant notamment à remplacer le mot "admission" par le mot "admissibilité" et les mots "au motif" par les mots "au seul motif". Après un débat, ces propositions ont été adoptées par la Commission et renvoyées au groupe de rédaction.

259. Une proposition tendant à insérer les mots "par écrit, signé ou" après les mots "qu'il n'est pas" n'a pas reçu un appui suffisant.

Paragraphe 2

Première phrase

260. Il a été proposé de supprimer la première phrase du paragraphe. A l'appui de cette proposition, il a été déclaré que les mots "une information présentée sous la forme d'un message de données se voit accorder la force probante voulue" risqueraient d'être interprétés comme énonçant une directive ou comme limitant de toute autre manière la liberté des tribunaux en matière d'évaluation d'une preuve. Selon un autre avis, la phrase était superflue car elle ne faisait qu'énoncer une évidence. Il a été répondu que la phrase était nécessaire en tant que déclaration de principe soulignant, dans le contexte des exigences en matière de preuve, le principe énoncé au projet d'article 4, à savoir le fait que les messages de données ne devraient subir aucune discrimination. Il a été jugé dans l'ensemble que les tribunaux devaient être sensibilisés au fait que des informations présentées sous forme de messages de données devraient être admises en preuve. Après un débat, la Commission a jugé que la première phrase était dans l'ensemble acceptable quant au fond. Pour ce qui est de sa forme, il a été convenu que le mot "présentée" serait supprimé.

Deuxième phrase

261. Il a été proposé d'insérer le mot "traitement" après le mot "conservation". A l'appui de cette proposition, il a été déclaré que les messages de données n'étaient pas seulement créés, conservés et communiqués, mais étaient aussi traités. Il a été répondu que les notions de "création" et de "conservation" étaient suffisantes pour englober la question du traitement d'un message de données lorsque le traitement était pertinent. Après un débat, la Commission n'a pas retenu cette proposition.

262. Pour ce qui est de la rédaction de cette disposition, il a été proposé de remplacer dans la version anglaise le mot "stored" par le mot "retained". Il a été déclaré qu'on alignerait ainsi le paragraphe 2 sur les autres articles du

projet de Loi type dans lesquels le mot "*retained*" avait été utilisé. Il a été répondu que, dans certaines dispositions du projet de Loi type, la notion de "conservation" (*retention*) était utilisée dans son sens générique, par exemple pour ce qui est des exigences légales selon lesquelles une information devait être "conservée", alors que, dans d'autres parties du projet de Loi type, la notion d'"archivage" (*storage*) était utilisée dans un sens plus technique, par exemple dans le contexte de l'archivage des données informatiques après traitement. Plutôt que d'adopter une politique générale d'uniformisation en ce qui concerne les mots "conservation" et "archivage", il a été décidé qu'il serait mieux de décider du terme approprié après avoir examiné le contexte dans lequel ils étaient utilisés. Le groupe de rédaction a été prié de donner effet à cette décision. Après un débat, la Commission a estimé que la deuxième phrase était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Paragraphe 3

263. Divers avis ont été exprimés à propos du paragraphe 3. Selon un avis, les mots "Sous réserve de toute autre règle de droit" devraient être supprimés, car le paragraphe 3 devrait énoncer une solution de substitution aux autres "règles de droit" qui pourraient être interprétées comme établissant une discrimination à l'encontre des messages de données. Selon un autre avis, les mots "une force probante moindre" devraient être remplacés par une référence claire aux documents originaux sur papier, afin d'établir l'égalité de traitement des messages de données satisfaisant aux exigences du paragraphe 1 du projet d'article 7. Selon l'avis qui a prévalu, le paragraphe 3 devrait être supprimé car, a-t-on estimé, la première phrase du paragraphe 2 traitait déjà en substance de cette question.

Article 9. Conservation des messages de données

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

"1. Lorsque la Loi requiert que certains documents, enregistrements ou informations soient conservés, cette exigence est satisfaite si des messages de données sont conservés, étant entendu que les conditions suivantes doivent être remplies :

a) l'information que contient le message de données est accessible de manière à pouvoir être consultée ultérieurement;

b) le message de données est conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, transmis ou reçu ou sous une forme dont il peut être démontré qu'elle représente avec précision les informations créées, transmises ou reçues; et

c) les informations relatives à la transmission du message de données, y compris, mais non exclusivement, l'initiateur, le ou les destinataires et la date et l'heure de la transmission, sont conservées.

2. L'obligation qu'a le destinataire de conserver des informations conformément au paragraphe 1 ci-dessus ne s'étend pas à tout segment de ces informations qui est transmis à des fins de contrôle de la communication, mais n'entre pas dans le système d'information du destinataire ou dans le système d'information désigné par lui.

3. Une personne peut satisfaire aux conditions énoncées au paragraphe 1 ci-dessus en recourant aux services de toute autre personne, étant entendu que les conditions ci-dessus doivent être remplies."

Chapeau du paragraphe 1 et alinéas a) et b)

265. La Commission a jugé que le chapeau du paragraphe 1 et les alinéas a) et b) étaient dans l'ensemble acceptables quant au fond.

Alinéa c) du paragraphe 1 et paragraphe 2

266. Diverses préoccupations ont été exprimées quant à la teneur de l'alinéa c) du paragraphe 1 et du paragraphe 2. Selon un avis, bien qu'il utilise, dans sa version anglaise, les mots "transmittal information" et non "the transmittal information", l'alinéa c) du paragraphe 1 risquerait d'être interprété comme énonçant l'obligation de conserver toutes les informations relatives à la transmission d'un message de données. Il a été noté que ces informations étaient souvent volumineuses et comportaient fréquemment des éléments sans importance pour l'identification du message. Il a été rappelé que cette question avait été examinée par le Groupe de travail à sa vingt-huitième session et qu'il avait été déclaré alors qu'en imposant la conservation de toutes les informations relatives à la transmission d'un message de données, on imposerait une norme plus élevée que la plupart des normes relatives à l'archivage des communications sur papier (A/CN.9/406, par. 69). On a jugé dans l'ensemble qu'il fallait établir une distinction claire entre les éléments des informations relatives à la transmission qui étaient importants pour l'identification du message et les très rares éléments de ces informations visés au paragraphe 2 (par exemple, les protocoles de communication) qui étaient sans valeur pour ce qui est du message de données et qui normalement seraient automatiquement détachés d'un message EDI par l'ordinateur récepteur avant que le message de données ne soit traité par le système d'information du destinataire.

267. Selon un autre avis, l'alinéa c) du paragraphe 1, tel qu'il était actuellement libellé, pourrait être interprété comme imposant l'obligation de conserver les informations permettant de déterminer l'identité de l'initiateur et du destinataire d'un message de données, ainsi que la date et l'heure de la transmission du message, que ces informations aient ou non été fournies par le système de communication dans le cadre des informations liées à la transmission. On a donné des exemples de systèmes de communication n'incluant pas la date et l'heure de la transmission en tant qu'éléments standards des informations relatives à la transmission. A ce propos, il a été jugé qu'il faudrait préciser que les éléments des informations relatives à la transmission énumérés à l'alinéa c) constituaient des exemples des types d'informations à conserver, à condition que ces éléments soient aisément disponibles en tant qu'informations relatives à la transmission. Selon un avis contraire, la liste figurant à l'alinéa c) du paragraphe 1 ne devrait pas être considérée comme simplement illustrative, mais comme énonçant les conditions minimales à remplir pour que le projet d'article 9 s'applique. Il a été déclaré que, dans certaines juridictions où il était requis par la loi que les contrats soient datés, il serait essentiel que les informations relatives à la transmission devant être conservées en application de l'alinéa c) du paragraphe 1 comprennent des informations relatives à la date et à l'heure de la transmission. Selon l'avis qui a prévalu, l'alinéa c) du paragraphe 1 ne devrait pas tenter d'établir une norme précise en énumérant les différents éléments des informations à conserver.

268. Selon un autre avis, l'alinéa c) du paragraphe 1 risquerait d'imposer des obligations ambiguës, car la distinction entre les informations relatives à la transmission et les messages de données n'était pas suffisamment claire. On a également noté, à propos du paragraphe 2, que la référence à une information qui "n'entre pas" dans un système d'information donné n'était pas appropriée, car la notion d'"entrée" n'était pas claire et il pourrait être difficile de prouver que l'information n'était pas entrée dans un système d'information.

269. Afin de répondre à une partie ou à l'ensemble des préoccupations susmentionnées, les textes ci-après ont été proposés pour remplacer éventuellement l'alinéa c) du paragraphe 1 :

1) "les informations relatives à la transmission liées au message de données sont conservées";

2) "les informations [pertinentes] [importantes] relatives à la transmission liées au message de données sont conservées"; et

3) "les informations nécessaires pour reproduire la manière dont le message de données a été transmis sont conservées.

Ces informations consistent en l'identification de l'initiateur et du ou des destinataires du message de données, ainsi que la date et l'heure de la transmission". Il a en outre été avancé que toute référence à des informations "pertinentes" ou "importantes" exigerait que l'on explique, soit dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type, soit dans une note relative au projet d'article 9, ce qui pourrait être considéré comme une information "pertinente" ou "importante" relative à la transmission. L'explication suivante a été proposée : "les informations importantes relatives à la transmission sont les informations concernant l'identification de l'initiateur et du ou des destinataires du message de données, ainsi que la date et l'heure de la transmission". Après un débat, la Commission a chargé un groupe spécial de rédaction de modifier l'alinéa c) et le paragraphe 2. Le texte proposé par ce groupe spécial de rédaction était le suivant :

"c) sont conservées, s'il en existe, les informations qui permettent de déterminer l'origine d'un message de données et la date et l'heure de sa transmission ou de sa réception.

2. L'obligation de conserver des documents, enregistrements ou informations conformément au paragraphe 1 ci-dessus ne s'étend pas à toute information dont le seul objet est de permettre la transmission ou la réception du message."

Après un débat, la Commission a adopté cette proposition.

Paragraphe 3

270. La Commission a jugé que le paragraphe 3 était dans l'ensemble acceptable quant au fond. D'un point de vue rédactionnel, elle a convenu de remplacer les mots "les conditions ci-dessus" par une référence expresse aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 1.

Article 10. Dérogation conventionnelle

271. Le texte du projet d'article examiné par la Commission était le suivant :

"Pour ce qui est des relations entre les parties créant, stockant, communiquant, recevant ou traitant de toute autre manière des messages de données et sauf disposition contraire, les dispositions du présent chapitre peuvent être modifiées par convention."

272. Selon un avis, le principe de l'autonomie des parties énoncé dans le projet d'article 10 ne devrait pas se limiter au chapitre III, mais s'étendre à l'ensemble de la Loi type. A l'appui de cet avis, il a été déclaré qu'une limitation du champ de l'autonomie des parties dans les relations commerciales pourrait être considérée comme une entrave au commerce, ce qui réduirait l'acceptabilité de la Loi type. Les seules restrictions actuelles à l'autonomie des parties dans le domaine commercial, a-t-on déclaré, découlaient des règles impératives de la loi, qui se fondaient en général sur des considérations d'ordre public, ainsi que du principe de la relativité des contrats, en vertu duquel un accord conclu entre les parties ne doit pas avoir d'incidences sur les droits et obligations de tiers. Il a été proposé de placer au chapitre premier une disposition du type de celle énoncée dans le projet d'article 10 et de l'étendre à l'ensemble de la Loi type. Il faudrait en outre ajouter un second paragraphe, qui pourrait être libellé comme suit : "la convention entre les parties n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de tiers".

273. Il a été répondu que le projet d'article 10 ne visait pas à limiter le champ de l'autonomie des parties dans les relations commerciales. Il n'autorisait pas de dérogation contractuelle aux règles énoncées au chapitre II pour les raisons déjà données lors du débat sur le projet d'article 5 (voir ci-dessus, par. 234 et 235), à savoir que les dispositions du chapitre II pourraient, dans une certaine mesure, être considérées comme un recueil d'exceptions à des règles bien établies concernant la forme des opérations légales. Il a été rappelé que ces règles bien établies étaient normalement de caractère impératif, car elles se fondaient en général sur des décisions d'ordre public. Une déclaration sans réserve concernant la liberté des parties de déroger aux dispositions de la Loi type risquerait donc d'être interprétée comme autorisant les parties, en dérogeant aux dispositions de la Loi type, à déroger à des règles impératives adoptées pour des raisons d'ordre public. Il a été déclaré que, du moins pour ce qui est des dispositions du chapitre II, le projet de Loi type devrait être considéré comme énonçant les conditions de forme minimum acceptables. Cet avis a été dans l'ensemble approuvé par la Commission et le projet d'article 10 a été jugé acceptable quant au fond.

274. Il a toutefois été largement estimé que le fait que le projet d'article 10 ait une portée limitée, puisqu'il ne permettait les dérogations contractuelles aux dispositions de la Loi type que dans le contexte du chapitre III, ne devrait pas être interprété comme limitant la liberté contractuelle lorsque celle-ci pourrait être reconnue par les règles applicables de la loi nationale. Par exemple, il a été déclaré que, dans de nombreux pays, les conventions contractuelles relatives aux opérations commerciales seraient normalement considérées comme valides entre les parties. Dans certains pays, les conventions concernant l'admissibilité et la valeur des preuves, ou ce qui peut être considéré comme un document original, seraient également impératives entre les parties. Afin qu'il soit bien clair que la Loi type n'avait pas pour objet

de porter atteinte à la liberté contractuelle des parties reconnue par les règles applicables de la loi nationale, il a été convenu d'ajouter un second paragraphe au projet d'article 10. Pour ce qui est du texte de ce nouveau paragraphe 2, la proposition suivante a été faite :

"2. Le présent article ne traite pas de tout droit ou obligation pouvant découler des autres chapitres de la présente loi ou d'une autre loi applicable".

Cette suggestion a certes reçu un appui considérable, mais il a été jugé qu'il faudrait éviter de faire référence à une "autre loi applicable", car on risquerait alors d'interpréter cette disposition comme visant à établir une règle de conflit. Après un débat, la Commission a adopté le libellé suivant : "Le paragraphe 1 ne porte atteinte à aucun droit éventuel de modifier par convention toute règle de droit mentionnée au chapitre II" et s'est réservée la possibilité de revenir ultérieurement sur cette question.

Article 11. Attribution des messages de données

275. La Commission était saisie du texte du projet d'article 11 approuvé par le Groupe de travail, qui était libellé comme suit :

"1. En ce qui concerne la relation entre l'initiateur et le destinataire, un message de données est réputé émaner de l'initiateur s'il a été communiqué par l'initiateur ou par une autre personne qui avait le pouvoir d'agir en son nom pour ce qui est dudit message de données.

2. En ce qui concerne la relation entre l'initiateur et le destinataire, un message de données est présumé émaner de l'initiateur si le destinataire, en appliquant de la manière appropriée une procédure précédemment convenue par l'initiateur, s'est assuré que le message de données émanait de ce dernier.

3. Lorsque les paragraphes 1 et 2 ne sont pas applicables, un message de données est [réputé] [présumé] émaner de l'initiateur :

a) si le message de données tel qu'il a été reçu par le destinataire résulte d'actions d'une personne dont la relation avec l'initiateur lui a permis d'avoir accès à une méthode utilisée par l'initiateur pour identifier le message de données comme émanant de lui; ou

b) si le destinataire s'est assuré que le message de données émanait de l'initiateur par une méthode qui était raisonnable compte tenu des circonstances.

Toutefois, les alinéas a) et b) ne sont pas applicables si le destinataire savait, ou aurait dû savoir, s'il avait exercé un soin raisonnable ou utilisé toute procédure convenue, que le message de données n'émanait pas de l'initiateur.

4. Lorsque un message de données est réputé ou présumé émaner de l'initiateur en vertu du présent article, la teneur du message de données est présumée être telle qu'elle a été reçue par le destinataire. Toutefois, lorsque la transmission a pour conséquence une erreur dans la teneur d'un message de données ou la duplication erronée d'un message de données, la teneur du message de données n'est pas présumée être telle

qu'elle a été reçue par le destinataire dans la mesure où le message de données était erroné, si le destinataire avait connaissance de l'erreur ou si l'erreur lui serait apparue s'il avait exercé un soin raisonnable ou appliqué toute procédure convenue pour s'assurer de la présence de toute erreur due à la transmission.

5. Une fois qu'un message de données est réputé ou présumé émaner de l'initiateur, tout autre effet juridique est déterminé par la présente Loi et toute autre loi applicable."

276. Vu les nombreuses préoccupations émises par les gouvernements dans leurs observations sur le projet d'article 11 (voir A/CN.9/409 et Add.1, 3 et 4), un certain nombre de délégations ont présenté une proposition conjointe relative à un projet d'article 11 révisé. Le texte révisé, que la Commission a décidé de prendre pour base de discussion, était libellé comme suit :

"1. Un message de données émane de l'initiateur s'il a été communiqué par l'initiateur lui-même.

2. En ce qui concerne la relation entre l'initiateur et le destinataire, un message de données est réputé émaner de l'initiateur s'il a été communiqué par une personne qui avait le pouvoir d'agir au nom de l'initiateur pour ce qui est du message de données.

3. En ce qui concerne la relation entre l'initiateur et le destinataire, un destinataire est en droit de considérer un message de données comme émanant de l'initiateur et d'agir en conséquence si :

a) en vue de s'assurer que le message de données émanait de l'initiateur, le destinataire a appliqué de manière appropriée une procédure à cet effet, qui :

i) avait été précédemment convenue par l'initiateur; ou

ii) était raisonnable compte tenu des circonstances; ou

b) le message de données tel qu'il a été reçu par le destinataire résulte d'actions d'une personne dont la relation avec l'initiateur ou tout agent de l'initiateur lui a permis d'avoir accès à une méthode utilisée par l'initiateur pour identifier les messages de données comme émanant de lui.

4. Le paragraphe 3 n'est pas applicable :

a) après que le destinataire a été raisonnablement avisé par l'initiateur que le message de données n'émanait pas de l'initiateur; ou

b) dans un cas relevant de l'alinéa a) ii) ou de l'alinéa b) du paragraphe 3, lorsque le destinataire savait, ou aurait dû savoir, s'il avait exercé un soin raisonnable ou utilisé toute procédure convenue, que le message de données n'émanait pas de l'initiateur.

5. Lorsqu'un message de données émane ou est réputé émaner de l'initiateur, ou lorsque le destinataire est en droit d'agir sur la base de cette présomption, le destinataire est alors, dans sa relation avec l'initiateur, en droit de considérer la teneur du message de données telle

qu'elle a été reçue comme étant celle que l'initiateur se proposait de lui transmettre, et d'agir en conséquence.

6. Le paragraphe 5 n'est pas applicable lorsque le destinataire :

a) a été avisé par l'initiateur ou savait qu'il y avait des erreurs dans le processus de transmission; ou

b) aurait dû avoir connaissance d'une telle erreur s'il avait exercé un soin raisonnable ou appliqué toute procédure convenue pour déceler la présence d'une erreur de transmission.

7. Chaque message de données reçu par le destinataire peut être considéré comme un message de données distinct, à moins qu'il ne reproduise la teneur d'un autre message de données et que le destinataire ne sache ou n'eût dû savoir, s'il avait exercé un soin raisonnable ou utilisé toute procédure convenue, qu'il s'agissait d'une duplication et non de la transmission d'un message de données distinct.

8. Tout autre effet juridique du message de données est déterminé conformément aux dispositions de la présente Loi et toute autre loi applicable."

Remarques générales

277. Diverses préoccupations ont été exprimées à propos du projet d'article 11 en général. Selon un avis, les dispositions énoncées dans le projet d'article 11 étaient excessivement complexes. Selon un autre avis, le projet d'article 11 s'écarterait sans justification des principes bien établis du droit des contrats, notamment pour ce qui est de la possibilité pour l'initiateur d'un message erroné d'aviser le destinataire de l'erreur et d'annuler ce message erroné. Selon un autre avis encore, certaines dispositions du projet d'article 11, notamment les paragraphes 3 et 5 à 7, s'appliqueraient peut-être bien aux communications électroniques, mais seraient sans objet dans le contexte de communications par télégramme, télex et télécopie, qui entraient également dans le champ d'application du projet de loi type en vertu de la définition du message de données figurant dans le projet d'article 2.

278. Il a été répondu qu'un ensemble de dispositions du type de celles énoncées dans le projet d'article 11, bien que quelque peu complexe en apparence, était nécessaire, vu que la législation ne traitait pas des questions que posait l'utilisation des moyens électroniques de communication et que l'absence d'un cadre technique et administratif unique, tel que celui qu'offraient les services postaux dans le contexte des communications sur papier, suscitait des inquiétudes. Il a été rappelé que la Loi type n'avait pas pour objet de s'écarter des règles en vigueur du droit des contrats. Le projet d'article 11 n'avait pas pour but de traiter de l'opération sous-jacente dans le cadre de laquelle des messages de données pourraient être communiqués, par exemple la formation d'un contrat ou toute autre opération, mais plutôt de traiter des effets juridiques du processus de communication. Pour ce qui est de savoir si toutes les dispositions de la Loi type s'appliqueraient également aux télégrammes, à la télécopie et aux télex, il a été largement estimé que cette question devrait sans doute être examinée plus avant dans le contexte du projet d'article 2.

Nouveaux paragraphes 1 et 2

279. Il a été noté que les nouveaux paragraphes 1 et 2 se fondaient sur le paragraphe 1 du projet d'article 11 tel qu'approuvé par le Groupe de travail à sa vingt-huitième session. Selon un avis, le paragraphe 1 reprenait le libellé de la définition du terme "initiateur" figurant dans le projet d'article 2. Il a donc été proposé de le supprimer. Cette proposition n'a pas reçu un appui suffisant. Il a été jugé dans l'ensemble que ce paragraphe 1 était utile, car il énonçait le principe selon lequel l'initiateur était lié par un message de données s'il l'avait effectivement envoyé. Après un débat, la Commission a jugé que les nouveaux paragraphes 1 et 2 étaient dans l'ensemble acceptables quant au fond.

Nouveau paragraphe 3

280. Il a été noté que le paragraphe 3, qui se fondait sur les paragraphes 2 et 3 du projet d'article 11 tel qu'approuvé par le Groupe de travail à sa vingt-huitième session, traitait de trois types de situation dans lesquels le destinataire pouvait considérer qu'un message de données émanait de l'initiateur : premièrement, les cas où le destinataire appliquait de manière appropriée une procédure d'authentification précédemment convenue par l'initiateur; deuxièmement, les cas où le destinataire appliquait de manière appropriée une procédure qui était raisonnable compte tenu des circonstances; et troisièmement, les cas où le message de données résultait d'actions d'une personne dont la relation avec l'initiateur lui avait permis d'avoir accès à ses méthodes d'authentification.

Chapeau

281. Il a été demandé quelle était la différence entre les mots "est en droit de considérer", qui figuraient dans le chapeau du nouveau paragraphe 3, et les mots "est réputé", qui étaient utilisés dans les versions antérieures des paragraphes correspondants du projet d'article 11. Il a été répondu que la différence tenait à la période durant laquelle l'hypothèse était valable. Alors que les mots "est réputé" faisaient référence à une hypothèse non limitée dans le temps. Les mots "est en droit de considérer", lus en conjonction du paragraphe 4, avaient pour objet d'indiquer que le destinataire pouvait agir en considérant que le message de données émanait de l'initiateur jusqu'au moment où il était avisé par ce dernier que le message n'émanait pas de lui, ou jusqu'au moment où il savait, ou aurait dû savoir, que le message n'émanait pas de l'initiateur.

Alinéa a)

282. Diverses préoccupations ont été exprimées à propos du sous-alinéa a) ii). Selon un avis, il ne serait, en principe, pas approprié de disposer, au moyen du mécanisme de répartition des risques présenté au paragraphe 3, que le destinataire serait habilité à considérer un message de données comme émanant de l'initiateur, même si l'initiateur supposé n'avait jamais envoyé le message, par exemple en cas de fraude. Selon un autre avis, le sous-alinéa a) ii) était source d'incertitudes et imposait une lourde charge de la preuve au destinataire, qui devrait prouver ce qui était "raisonnable compte tenu des circonstances". Selon un autre avis encore, le sous-alinéa a) ii) ne soulignait pas suffisamment que, dans tous les cas, le fondement de la responsabilité de l'initiateur serait sa relation avec le destinataire. On a également craint que le sous-alinéa a) ii) ne soit sans objet dans le contexte d'autres moyens de communication tels que les télégrammes et les télex.

283. Diverses propositions ont été faites pour répondre à ces préoccupations. Selon un avis, il faudrait supprimer le sous-alinéa a) ii). Selon un autre avis, il faudrait insérer à la fin de ce sous-alinéa, les mots suivants : "compte tenu de la relation entre l'initiateur et le destinataire". Selon un autre avis encore, le sous-alinéa a) ii) devrait être remplacé par une disposition qui énoncerait les circonstances dans lesquelles l'initiateur présumé pourrait réfuter la présomption selon laquelle il avait envoyé un message de données. Si la suppression du sous-alinéa a) ii) a reçu un certain appui, aucune des suggestions ci-dessus n'a reçu un appui suffisant. Il a été jugé que le sous-alinéa a) ii) était utile, car il traitait de cas se rencontrant dans un contexte EDI ouvert, dans lequel les messages de données étaient échangés en l'absence de tout accord d'échange. En outre, il a été déclaré que la référence aux "circonstances" constituait une référence suffisante à la relation entre l'initiateur et le destinataire.

Alinéa b)

284. La Commission a jugé que l'alinéa b) était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

285. Après un débat, la Commission a adopté le nouveau paragraphe 3. Il a toutefois été convenu que le débat sur le sous-alinéa a) ii) devrait sans doute être réouvert lors de l'examen du projet d'article 2.

Nouveau paragraphe 4

Alinéa a)

286. Diverses préoccupations ont été exprimées à propos de l'alinéa a). Selon un avis, une notification reçue en application de l'alinéa a) risquerait d'avoir pour effet de libérer l'initiateur des conséquences de l'envoi d'un message de données, avec effet rétroactif, que le destinataire ait ou non agi en se fondant sur l'hypothèse que le message de données émanait de l'initiateur. Selon un autre avis, l'alinéa a) pourrait être interprété comme autorisant l'initiateur à éviter d'être lié par un message de données en envoyant une notification au destinataire en application de l'alinéa a), dans un cas où le message avait effectivement été envoyé par l'initiateur et où le destinataire avait de manière appropriée appliqué une procédure d'authentification convenue ou raisonnable. Il a donc été proposé de supprimer l'alinéa a) ou d'insérer à la fin de cet alinéa le libellé suivant : "à moins que le destinataire ne prouve que le message de données a été envoyé par l'initiateur". Il a été répondu que le paragraphe 4 n'avait pas pour objet de permettre que la réception d'une notification en application de l'alinéa a) annule rétroactivement le message initial. Il a dans l'ensemble été jugé que l'alinéa a) précisait de manière suffisamment claire que l'initiateur n'était plus lié par le message après que la notification avait été reçue en application de l'alinéa a), et non avant. En outre, il a été souligné que, si le destinataire pouvait prouver que le message émanait de l'initiateur, le paragraphe 1 s'appliquerait, et non l'alinéa a) du paragraphe 4. Après un débat, la proposition a été retirée par ses auteurs. Il a été convenu que l'objet de l'alinéa a) serait expliqué clairement dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type.

287. On a craint également que le terme "raisonnablement" qualifiant le verbe "avisé" ne soit source d'incertitudes car son sens exact n'était pas clair. Afin de répondre à cette préoccupation, divers autres termes ont été proposés, notamment "promptement", "immédiatement", "à temps" et "suffisamment à temps".

Dans la même veine, il a été proposé de supprimer le terme "raisonnablement" et d'insérer à la fin de l'alinéa a) le libellé suivant : "suffisamment à temps pour permettre au destinataire d'agir". La Commission a convenu que la notification devrait être telle que le destinataire ait suffisamment de temps pour réagir, par exemple dans le cas d'une fourniture "juste à temps" où le destinataire devait pouvoir disposer de suffisamment de temps pour ajuster sa chaîne de production. Il a été convenu que la notion de "raisonnablement avisé" devait être modifiée compte tenu du débat ci-dessus. Il a également été convenu que les explications voulues seraient données dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type.

Alinéa b)

288. On a craint que l'alinéa b), appliqué conjointement avec le sous-alinéa a) i) du paragraphe 3 n'ait la conséquence suivante : le destinataire serait en droit de se fonder sur un message de données s'il avait appliqué de manière appropriée la procédure d'authentification convenue, même s'il savait que le message de données n'émanait pas de l'initiateur. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé d'insérer à l'alinéa b) une référence au sous-alinéa a) i) du paragraphe 3. Si cette suggestion a reçu un certain appui, il a été largement estimé que cette référence au sous-alinéa a) i) du paragraphe 3 ne devrait pas être insérée à l'alinéa b), car il était important de préserver la fiabilité des procédures convenues.

289. Après un débat, la Commission a adopté le paragraphe 4 quant au fond et a renvoyé les modifications à apporter à l'alinéa a) au groupe de rédaction.

Nouveau paragraphe 5

290. La Commission a jugé que le nouveau paragraphe 5 était dans l'ensemble acceptable quant au fond.

Nouveau paragraphe 6

291. Diverses préoccupations ont été exprimées à propos du paragraphe 6. Selon un avis, le paragraphe 6, dans son nouveau libellé, pourrait être considéré comme s'écartant indûment de dispositions similaires d'instruments internationaux, notamment de la Convention des Nations Unies sur les ventes, en introduisant la notion de notification. Selon un autre avis, le paragraphe 6 n'indiquait pas suffisamment clairement à quel moment la notification devait être faite. On a craint également à ce propos qu'il n'y ait une certaine incompatibilité entre le paragraphe 6, qui dispose que "le paragraphe 5 n'est pas applicable lorsque le destinataire : a) a été avisé ..." et l'alinéa a) du paragraphe 4, qui dispose que "le paragraphe 3 n'est pas applicable : a) après que le destinataire a été raisonnablement avisé ...".

292. Afin de répondre à ces préoccupations, il a été proposé de modifier comme suit le paragraphe 6 : "le paragraphe 5 n'est pas applicable lorsque le destinataire savait ou aurait dû savoir qu'il y avait des erreurs dans le processus de transmission". Dans la même veine, il a été proposé de faire du paragraphe 6 la deuxième phrase du paragraphe 5, qui serait libellée comme suit : "Le destinataire n'est pas en droit d'agir ainsi s'il sait ou devrait savoir, en exerçant un soin raisonnable ou en utilisant toute procédure convenue, que la transmission avait entraîné une erreur dans la teneur du message de données tel qu'il avait été reçu". Il a en outre été suggéré d'aligner comme suit l'alinéa a) du paragraphe 4 sur le nouveau libellé proposé

pour le paragraphe 5 : "Dans un cas relevant de l'alinéa a) ii) du paragraphe 3 ou de l'alinéa b) du paragraphe 3 lorsque le destinataire sait ou devrait savoir, en exerçant un soin raisonnable ou en utilisant toute procédure convenue, que le message de données n'émane pas de l'initiateur".

293. La modification proposée du nouveau paragraphe 6 et son insertion au nouveau paragraphe 5 en tant que deuxième phrase a reçu un appui général. Pour ce qui est de la formulation précise du nouveau paragraphe 5 proposé, il a été demandé si le changement de temps, du passé ("savait ou aurait dû savoir") au présent ("sait ou devrait savoir"), indiquait une modification quant au fond. Il a été répondu que l'utilisation du présent ne constituait qu'une tentative d'exprimer de manière plus directe l'idée déjà énoncée dans le texte, à savoir que le destinataire était habilité à se fonder sur le message de données jusqu'au moment où il apprenait que le message n'émanait pas de l'initiateur. Afin de mieux préciser ce point, il a été également proposé de remplacer les mots "n'est pas en droit d'agir ainsi lorsqu'il sait ou devrait savoir" par les mots "n'est pas habilité à agir ainsi après qu'il sait ou devrait savoir", ou par les mots "n'est plus habilité à agir ainsi lorsqu'il sait ou devrait savoir". Ces suggestions n'ont pas reçu un appui suffisant.

294. Après un débat la Commission a adopté quant au fond la proposition consistant à faire du nouveau paragraphe 6 la deuxième phrase du nouveau paragraphe 5 et l'a renvoyée au groupe de rédaction.

Nouveau paragraphe 7

295. Il a été noté qu'afin d'aligner le nouveau paragraphe 7 sur le nouveau paragraphe 5 tel que modifié par la Commission, des modifications devraient être apportées à ce nouveau paragraphe 7, qui serait libellé comme suit : "Le destinataire est habilité à considérer chaque message de données reçu comme un message de données distinct et d'agir en conséquence, à moins que le message ne reproduise la teneur d'un autre message de données et que le destinataire ne sache ou ne doive savoir, en exerçant un soin raisonnable ou en utilisant toute procédure convenue, qu'il s'agit d'une duplication et non de la transmission d'un message de données distinct".

296. En réponse à une question, il a été déclaré que les mots "est habilité à considérer" indiquaient que le destinataire avait le choix d'agir en se fondant sur l'hypothèse que le message émanait ou non de l'initiateur. A ce propos, on a craint que le destinataire n'abuse de ce pouvoir, au détriment de l'initiateur. Il a été noté qu'un libellé similaire, au paragraphe 4 du projet d'article 11, tel qu'adopté par le Groupe de travail à sa vingt-huitième session, serait plus approprié. Il a été rappelé que la version précédente du paragraphe 4 établissait une présomption selon laquelle, dans certaines circonstances, un message de données émanait de l'initiateur et disposait qu'il n'y avait pas une telle présomption en cas d'erreur dans la teneur du message ou de duplication erronée, si le destinataire avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance des erreurs. Toutefois, il a également été rappelé que le Groupe de travail n'avait pas réglé la question de savoir si la présomption serait réfragable ou irréfragable. Il a été indiqué que le problème était le suivant : si la présomption était réfragable et que l'initiateur pouvait la réfuter, le destinataire se trouverait sans protection, en ce sens qu'il serait lié par le message erroné, qu'il ait connaissance ou non de l'erreur; et, si la présomption était irréfragable, le destinataire serait protégé, en ce sens que l'initiateur ne pourrait la réfuter en invoquant l'erreur.

297. Selon un autre avis, le nouveau paragraphe 7 ne traitait pas de la question de savoir si le destinataire était en droit de demander des dommages-intérêts lorsque l'initiateur envoyait une duplication erronée. Il a été déclaré qu'en donnant au destinataire la possibilité de considérer une duplication comme un message séparé, le nouveau paragraphe 7 créerait sans doute une situation dans laquelle le destinataire pourrait indûment bénéficier de l'erreur de l'initiateur. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé d'adopter le libellé suivant :

"Lorsque la transmission a pour conséquence la duplication erronée d'un message de données, le destinataire est en droit de considérer le message comme un message distinct, à moins :

- a) que le destinataire ne sache ou ne doive savoir, ou
- b) que le destinataire n'ait été informé que le message était une duplication erronée.

Dans le cas visé à l'alinéa b), le destinataire n'a droit qu'à un dédommagement au titre du préjudice causé par la duplication erronée."

298. On s'est opposé à cette suggestion au motif que la question des dommages-intérêts devrait être régie par les règles applicables de la loi nationale. En outre, il a été déclaré que l'article 11, tel qu'il avait été adopté par le Groupe de travail à sa vingt-huitième session, ne traitait pas de la question des dommages-intérêts. Il a été rappelé qu'à sa vingt-sixième session, le Groupe de travail avait décidé de ne pas traiter de la question de la responsabilité en cas de dommages (voir A/CN.9/387, par. 127).

299. La Commission n'est pas arrivée à un consensus sur la teneur du nouveau paragraphe 7. Après un débat, il a été décidé de conserver la teneur de ce paragraphe et de retenir les modifications de forme proposées pour aligner cette disposition sur le nouveau paragraphe 5 et de mettre l'ensemble du paragraphe 7 entre crochets, en attendant qu'il soit réexaminé à la prochaine session de la Commission en 1996. Il a été noté que, vu la décision prise par la Commission à propos des nouveaux paragraphes 5 et 6, le nouveau paragraphe 7 deviendrait le paragraphe 6.

Nouveau paragraphe 8

300. Il a été déclaré que le paragraphe 8 avait pour objet d'exprimer le principe selon lequel le fait d'attribuer un message de données à l'initiateur ne devrait pas avoir d'incidences sur les conséquences juridiques dudit message, qui seraient déterminées par d'autres règles applicables. A l'appui de ce principe, il a été déclaré que le paragraphe 8 était utile, car il signalait que (peut-être à l'exception des projets d'article 11, 12 et 13), la Loi type ne devait pas avoir d'incidences sur d'autres sections du droit commercial, par exemple le droit des contrats ou le droit de la représentation. Selon un avis, le libellé actuel du paragraphe 2, qui se fondait sur une présomption irréfragable, pourrait avoir pour effet d'empiéter sur le droit de la représentation lorsqu'il était appliqué à une relation contractuelle entre l'initiateur et le destinataire.

301. Si l'on a approuvé le principe énoncé au paragraphe 8, diverses préoccupations ont été émises quant à son libellé. Selon un avis, sous sa forme actuelle, le paragraphe 8 pourrait donner l'impression contraire, à savoir que

l'article 11 traitait des effets juridiques des messages de données. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé, soit de supprimer le paragraphe 8, soit de le conserver et de donner des explications dans le projet de Guide sur l'incorporation de la Loi type, soit encore de le modifier comme suit : "Le présent article n'a pas pour objet de déterminer si le message de données a des effets juridiques, si ce n'est dans la mesure où ceux-ci peuvent résulter de l'attribution du message de données à l'initiateur". Dans la même veine, il a été proposé de modifier le paragraphe 8 en se fondant sur une version antérieure du projet d'article 11, qui était libellée comme suit : "Une fois que le message de données est réputé ou présumé émaner de l'initiateur, tout autre effet juridique est déterminé par la présente Loi et toute autre loi applicable" (voir A/CN.9/406, par. 131).

302. Selon un autre avis, les mots "et toute autre loi applicable" introduisaient une certaine ambiguïté, car ils donnaient l'impression que le paragraphe 8 était une règle de conflit. Il a été ajouté qu'une telle règle serait incomplète, car elle n'énonçait pas les critères permettant de déterminer toute autre loi applicable et elle ne serait pas non plus appropriée, car le projet de Loi type, lorsqu'il serait adopté par les Etats, serait incorporé dans leur législation nationale, qui disposerait comment toute autre loi applicable serait déterminée. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé de supprimer le paragraphe 8, ou du moins les derniers mots de ce paragraphe. Selon un avis similaire, le paragraphe 8 semblait incompatible avec le paragraphe 2 de l'article 3, qui disposait que les tribunaux et les tribunaux arbitraux devaient s'efforcer de traiter des questions non expressément tranchées par la Loi type conformément aux principes généraux dont elle s'inspire. Afin de répondre à cette préoccupation, il a été proposé de faire du paragraphe 8 une note de bas de page, similaire à la deuxième note de bas de page autorisant les Etats à limiter l'applicabilité du projet de Loi type à certains effets juridiques d'un message de données.

303. Après un débat, la Commission a décidé de supprimer le paragraphe 8 et d'expliquer dans le projet de Guide pour l'incorporation de la Loi type le principe qui y était énoncé.

C. Rapport du groupe de rédaction

304. La Commission ayant conclu son examen des projets d'articles premier et 3 à 11, le groupe de rédaction créé par le Secrétariat a proposé un projet de version révisée des articles premier et 3 à 11, tenant compte des délibérations et décisions de la Commission. Selon un avis, au lieu d'adopter les articles premier et 3 à 11 tels que révisés par le groupe de rédaction, la Commission ne devrait que prendre note de ces articles révisés, en attendant une décision définitive quant aux autres articles du projet de Loi type. Il a été déclaré qu'un certain nombre de projets d'articles devaient être encore examinés par la Commission et que l'examen de ces projets d'articles pourrait conduire à une réouverture des débats qui avaient eu lieu durant la session en cours. Le rapport du groupe de rédaction a été examiné et, selon l'avis qui a prévalu, puisque les articles premier et 3 à 11 tels que révisés par le groupe de rédaction tenaient compte comme il convient des délibérations et décisions de la Commission à sa session en cours, ils devraient être adoptés officiellement par la Commission. Le texte des articles premier et 3 à 11 tels qu'adoptés par la Commission est reproduit en annexe II au présent rapport, où est reproduit également le texte des projets d'articles 2 et 12 à 14 tel qu'approuvé par le Groupe de travail à sa vingt-huitième session.

305. Pour ce qui est de la manière dont le débat sur le projet de Loi type devrait se poursuivre lors de la vingt-neuvième session de la Commission, en 1996, notamment en ce qui concerne les articles premier et 3 à 11, il a été convenu dans l'ensemble que la Commission, à sa session en cours, ne devrait pas tenter de devancer les débats qui auraient lieu lors de la session suivante. Toutefois, il a été fermement conseillé qu'à l'exception des quelques dispositions sur lesquelles la Commission n'était pas arrivée à une conclusion définitive durant la session, à savoir l'alinéa a) ii) du paragraphe 3 et le paragraphe 6 de l'article 11, les dispositions adoptées par la Commission durant sa session en cours soient considérées comme définitives, sous réserve de toute modification qui pourrait être rendue nécessaire du fait des décisions que prendrait la Commission à sa vingt-neuvième session, en 1996, sur les projets d'articles 2 et 12 à 14.

D. Travaux futurs relatifs au projet de Loi type

306. Après avoir conclu son débat sur le projet d'article 11, la Commission a noté qu'elle n'avait pas achevé l'examen du projet de Loi type et a décidé d'inscrire le projet de Loi type, ainsi que le projet de Guide pour l'incorporation de la Loi type à l'ordre du jour de sa vingt-neuvième session, devant se tenir à New York en 1996. Il a été convenu que le débat reprendrait à la vingt-neuvième session de la Commission, afin qu'il soit possible, à cette session, de mettre au point le texte de la Loi type et d'adopter le Guide pour son incorporation.

E. Travaux futurs dans le domaine de l'échange de données informatisées

307. La Commission a noté qu'à sa vingt-septième session, un appui général avait été exprimé en faveur d'une recommandation faite par le Groupe de travail à sa vingt-septième session, selon laquelle des travaux préliminaires devraient être entrepris sur la question de la négociabilité et de la cessibilité des droits sur des marchandises dans un environnement informatique, dès que l'élaboration de la Loi type aurait été achevée. Il a également été noté à ce propos qu'un débat préliminaire concernant les travaux futurs à entreprendre dans le domaine de l'échange de données informatisées avait eu lieu lors de la vingt-neuvième session du Groupe de travail (ce débat est résumé dans le document A/CN.9/407, par. 106 à 118).

308. Pour ce qui est des travaux futurs, il avait été proposé à la vingt-neuvième session du Groupe de travail de faire porter ces travaux sur les documents de transport multimodal formant titre. Selon un autre avis, les travaux pourraient porter sur les documents de transport formant titre en général, mais un accent particulier devait être mis sur les connaissements maritimes, car le domaine des transports maritimes était un domaine où l'EDI jouait un rôle prédominant et dans lequel une unification du droit revêtait un caractère d'urgence car il fallait aplanir les obstacles actuels et permettre à la pratique de se développer. Le Groupe de travail avait conclu que les travaux futurs pourraient être axés sur les documents de transport EDI, l'accent étant mis en particulier sur les connaissements maritimes électroniques et sur leurs possibilités d'utilisation dans le cadre des législations nationales et internationales actuelles traitant des transports maritimes. Après avoir établi un ensemble de règles relatives aux connaissements maritimes, la Commission pourrait examiner la question de savoir si les questions se posant dans le domaine du transport multimodal pourraient être régies par le même ensemble de règles, ou si des règles particulières devraient être élaborées.

309. Après un débat, la Commission a approuvé la recommandation du Groupe de travail selon laquelle le Secrétariat devrait être chargé d'élaborer une étude sur la négociabilité et la cession des documents de transport EDI, l'accent étant mis en particulier sur les documents de transport maritime EDI, compte tenu des avis exprimés et des suggestions faites lors de la vingt-neuvième session du Groupe de travail concernant la portée des travaux futurs et des questions qui pourraient être étudiées. Un certain nombre d'autres questions ont été suggérées pour inclusion dans l'étude, notamment un rapport sur les problèmes que pourrait poser l'utilisation de l'EDI dans les transports maritimes, compte tenu des instruments internationaux en vigueur, et un rapport sur les travaux entrepris par d'autres organisations dans des domaines connexes. Il a été convenu qu'un accent particulier devrait être mis dans l'étude sur les travaux entrepris actuellement par d'autres organisations internationales telles que le Comité maritime international (CMI) ou l'Union européenne, ainsi que sur le projet BOLERO. A ce propos, on a estimé que les travaux entrepris au sein du CMI, ou le projet BOLERO, visaient à faciliter l'utilisation des documents de transport EDI mais ne traitaient pas en général des effets juridiques des documents de transport EDI. On a déclaré qu'il faudrait se pencher tout particulièrement dans l'étude sur les moyens par lesquels la CNUDCI pourrait apporter un soutien juridique aux nouvelles méthodes actuellement mises au point dans le domaine de la cession électronique de droits. La Commission a exprimé le vœu que l'étude demandée, pour l'établissement de laquelle on pourrait solliciter la coopération d'autres organisations intéressées telles que le CMI, servirait de base à l'adoption d'une décision bien étayée quant à la faisabilité et à l'intérêt de travaux dans ce domaine.

F. Reconfiguration du WP.4

310. La Commission a été informée du processus de "reconfiguration" en cours au sein de la Commission économique pour l'Europe, concernant le Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international (ci-après dénommé "WP.4") du Comité pour le développement du commerce. Il a été rappelé que la Commission avait initialement décidé à sa dix-septième session (1984) d'inscrire à son programme de travail à titre prioritaire la question des incidences juridiques du traitement automatique des données sur les courants commerciaux internationaux, après avoir pris note d'un rapport du WP.4 dans lequel il était avancé que, puisque les problèmes juridiques qui se posaient dans ce domaine étaient essentiellement des problèmes de droit commercial international, la Commission, en tant que principal organe juridique dans le domaine du droit commercial international, semblait être l'instance désignée pour mettre au point et coordonner les mesures nécessaires⁷.

311. La Commission a fait part de ses préoccupations quant aux incidences possibles du "rapport final sur la reconfiguration du Groupe de travail", publié sous la cote TRADE/WP.4/R.1104. Ce document, dans lequel il était déclaré que "les domaines d'activités du WP.4 [touchent] à la modernisation des procédures juridiques" (par. 19), suggérait que le Conseil économique et social reconnaisse au nouveau comité, qui remplacerait le WP.4 comme suite au processus envisagé de "reconfiguration", le statut de "centre de compétences pour l'ensemble du système des Nations Unies" dans le domaine de la facilitation du commerce (par. 64). Le mandat proposé pour ce nouveau comité était le suivant : "[facilitation des] transactions internationales grâce à la simplification et à l'harmonisation des procédures et des flux d'information, contribuant ainsi à l'expansion du commerce mondial. Pour ce faire, le Comité [devrait] entre autres tâches : examiner et analyser les procédures qu'appellent les transactions internationales, en vue de les raccourcir, de les simplifier et de

les harmoniser; [...] élaborer des recommandations portant sur des questions juridiques et visant à éliminer les obstacles juridiques à l'informatisation des transactions et des procédures commerciales; coordonner et, s'il y a lieu, harmoniser le programme de travail avec d'autres organisations internationales comme [...] la CNUDCI" (par. 72). Dans le cadre du programme de travail suggéré pour ce nouveau comité, "les activités ci-après devraient être considérées comme prioritaires : [...] Elaboration de recommandations portant sur des questions juridiques et sur la manière d'éliminer les obstacles juridiques à l'informatisation des transactions et des procédures" (par. 96).

312. La Commission a réaffirmé son appui aux travaux déjà accomplis par le WP.4 dans le domaine technique, notamment pour ce qui est de l'élaboration des messages EDIFACT. Il a été dans l'ensemble convenu que la Commission devrait s'efforcer d'établir des liens étroits de coopération avec la communauté des utilisateurs de l'EDI représentés au sein du WP.4, afin de promouvoir l'élaboration de règles juridiques adaptées à un environnement technique. Toutefois, la Commission a conclu que, vu le mandat général de la CNUDCI en tant que principal organe juridique dans le domaine du droit commercial international au sein du système des Nations Unies, les propositions susmentionnées n'étaient pas acceptables. La Commission a prié le Secrétariat de porter cette conclusion à l'attention de la Commission économique pour l'Europe.

313. La Commission a noté que le "rapport final sur la reconfiguration" proposé n'avait pas été adopté par le WP.4 à sa cinquante et unième session (mars 1995) et que l'avenir du "processus de reconfiguration" serait examiné par le WP.4 à sa cinquante-deuxième session (septembre 1995). La Commission a prié le Secrétariat de continuer de suivre de près ce processus. Il a été dans l'ensemble convenu que cette question devrait être portée à l'attention de l'Assemblée générale et qu'une recommandation devrait être faite réaffirmant le rôle de la Commission en tant que principal organe juridique dans le domaine du droit commercial international. Pour ce qui est de l'EDI et des moyens connexes de communication, dont l'utilisation aurait sans doute des incidences sur toute la gamme des relations commerciales internationales dans un avenir proche, il a été dans l'ensemble jugé que la Commission devrait jouer un rôle central dans l'élaboration de règles uniformes axées particulièrement sur le règlement des problèmes juridiques que pouvait poser l'utilisation de ces moyens modernes de communication. On a donné en exemple l'élaboration du Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds, de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux et du projet de Loi type sur certains aspects juridiques de l'EDI et des moyens connexes de communication. Il a également été jugé que la Commission devrait jouer un rôle tout aussi important dans le processus nécessaire d'adaptation du droit commercial actuel, compte tenu du développement des moyens modernes de communication.

IV. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

A. Introduction

314. La Commission a décidé à sa vingt-sixième session, en 1993, de commencer de travailler sur cette question⁸. Le premier projet établi par le Secrétariat comme suite à cette décision était intitulé "Projet de directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales" (document A/CN.9/396/Add.1), que la Commission a examiné à sa vingt-septième session, en 1994⁹.

B. Examen du projet d'aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales

315. La Commission a noté que le projet avait suscité une attention considérable parmi les praticiens et qu'il avait été examiné lors de plusieurs réunions nationales et internationales. La Commission a remercié tout particulièrement le Conseil international pour l'arbitrage commercial (ICCA) qui avait organisé un débat sur le projet lors du XIIème Congrès pour l'arbitrage international, organisé par le Conseil, à Vienne, du 3 au 6 novembre 1994. Les commentaires critiques et favorables exprimés lors du congrès et d'autres réunions ont été pris en compte lors de l'élaboration d'une version entièrement révisée intitulée "Projet d'aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales" (document A/CN.9/410), dont la Commission était saisie à sa session en cours. (Pour la conclusion de la Commission, voir ci-après, par. 370 à 373.)

1. Ensemble du texte

316. Un large et ferme appui s'est exprimé au sein de la Commission pour le projet, ainsi que pour l'objet de l'aide-mémoire, qui devait constituer une sorte de liste récapitulative des questions liées à la conduite de l'arbitrage qu'il pourrait être utile d'examiner, le cas échéant, afin de faciliter la procédure arbitrale. Il a été déclaré qu'en sensibilisant à la nécessité de bien organiser la procédure, l'aide-mémoire permettrait d'éviter les surprises et les malentendus durant la procédure arbitrale et rendrait cette procédure plus efficace. Les avis donnés dans l'aide-mémoire seraient certes utiles aussi bien pour l'arbitrage international que pour l'arbitrage national, mais le texte revêtirait une importance particulière dans les affaires internationales, dans lesquelles les participants provenaient souvent de systèmes juridiques différents et avaient des attentes différentes concernant la conduite de l'arbitrage. En outre, le texte offrirait une aide utile aux praticiens moins expérimentés.

317. On a dans l'ensemble approuvé les principes sur lesquels était fondé le projet, notamment les principes suivants : l'aide-mémoire ne devait pas nuire à la souplesse de la procédure arbitrale, qui constituait un de ses atouts; il fallait éviter d'énoncer toute exigence allant au-delà des lois, règles ou pratiques en vigueur et il faudrait notamment veiller à ce que le simple fait que l'aide-mémoire ou une partie de l'aide-mémoire n'ait pas été appliqué ne conduise pas à la conclusion qu'un principe en matière de procédure avait été violé; les notes ne devaient pas viser à harmoniser des pratiques arbitrales divergentes, ni recommander l'utilisation d'une procédure particulière.

318. Toutefois, le projet a également suscité de vives réserves. Il a été déclaré que les arbitres expérimentés n'avaient pas besoin des conseils donnés dans le projet d'aide-mémoire, alors que ceux qui n'étaient pas suffisamment

expérimentés ne pourraient trouver dans l'aide-mémoire tous les conseils nécessaires pour leur permettre de conduire un arbitrage. En outre, si le tribunal arbitral présentait l'aide-mémoire aux parties, cela pourrait conduire à des débats superflus sur des questions liées à la conduite de l'arbitrage; de plus, une partie pourrait s'appuyer sur l'aide-mémoire pour demander l'organisation d'un tel débat. Ainsi, l'aide-mémoire risquait de rendre la procédure arbitrale plus longue, plus coûteuse et plus complexe.

319. La Commission, convaincue de l'utilité de l'aide-mémoire et désireuse d'éviter les problèmes ou malentendus que certains craignaient, a entrepris un examen du projet de texte, en gardant présent à l'esprit l'objet de l'aide-mémoire et les principes qui y sont énoncés. Il a été déclaré en particulier qu'en ne laissant subsister aucun doute quant au fait que l'aide-mémoire n'empiétait en rien sur les prérogatives du tribunal arbitral, on ne porterait pas atteinte à l'aptitude du tribunal à mener la procédure de manière souple et efficace.

2. Section introductive : "Objet et origine de l'aide-mémoire"
(par. 1 à 11 du projet d'aide-mémoire)

320. Il a été noté que la table des matières de l'aide-mémoire pourrait faire office de liste récapitulative des questions à garder à l'esprit pour organiser une procédure arbitrale et qu'il était fait référence à une telle liste au paragraphe 11 du projet. Afin de souligner l'utilisation qui devait être faite de la table des matières, il a été proposé de reproduire la liste récapitulative après le paragraphe 11.

321. Pour ce qui est de la section introductive, les suggestions suivantes ont été faites : il faudrait mentionner, peut-être au paragraphe 1, le fait que les notes pourraient être utilisées dans les arbitrages administrés par une institution et dans les arbitrages non administrés; on pourrait modifier le paragraphe 2, afin d'éviter d'utiliser le terme "suggestions" et de spécifier que l'aide-mémoire n'énonce aucune exigence légale impérative pour les parties ou les arbitres; dans certains contextes, l'expression "arbitrage administré" n'était pas claire et il serait préférable d'utiliser plutôt une expression telle que "arbitrage administré par une institution"; on pourrait préciser que l'aide-mémoire a été établi en particulier pour les arbitrages internationaux, mais qu'il pourrait être également utile pour les arbitrages nationaux; il a toutefois été noté que certains arbitrages nationaux tendaient à être davantage influencés par les pratiques et règles utilisées dans les procédures judiciaires et que le projet d'aide-mémoire n'avait pas été rédigé en fonction de ces arbitrages nationaux. Il a été proposé de supprimer la deuxième phrase du paragraphe 2 qui semblait superflue, mais on a objecté que cette phrase était nécessaire, car elle soulignait le caractère non impératif de l'aide-mémoire.

322. Pour ce qui est du paragraphe 4, il a été proposé de supprimer la référence au "type et à la complexité des faits et des questions de droit"; d'énoncer expressément que la liberté qu'avait le tribunal arbitral de mener la procédure arbitrale s'entendait sous réserve des règles convenues par les parties et de la loi régissant la procédure, y compris les principes de procédure fondamentaux; d'utiliser les termes "décisions sur l'organisation de la procédure" de préférence à l'expression "décisions de procédure", utilisée au paragraphe 4 et ailleurs, dans la mesure où cette dernière expression risquerait de susciter des controverses sur le point de savoir si une question se rattachait au fond ou à la procédure; de retenir, le cas échéant, dans la version anglaise, le terme "procedural orders" qui était utilisé dans la pratique; de supprimer la note 2

car, pour ce qui est de la souplesse de la procédure, de nombreux autres règlements, y compris ceux d'institutions d'arbitrage, pourraient être donnés en exemple; d'ajouter le mot "juste" à la fin du paragraphe 4, qui se lirait alors comme suit : "la nécessité de régler le litige de la manière la plus juste, la plus efficace et la moins coûteuse".

323. Il a été proposé de souligner, aux paragraphes 5 ou 10 du projet d'aide-mémoire que c'est en fonction de l'état d'avancement de la procédure qu'il fallait déterminer quelles questions d'organisation traitées dans l'aide-mémoire il serait utile de soulever et qu'il faudrait veiller à ne pas soulever ces questions prématurément.

324. Il a été jugé que la déclaration du paragraphe 6 relative aux décisions prises par l'arbitre président devrait être révisée, afin que soient exprimées les limites du droit qu'avait l'arbitre président de décider seul. Il a été proposé de supprimer au paragraphe 6 le texte suivant la première phrase, car il posait des questions sans y répondre et traitait de sujets pouvant susciter des controverses. On s'est opposé à cette suggestion et il a été proposé de réexaminer les termes "inviter les parties à conclure une convention sur la procédure", qui pourraient être source de controverses et des retards, notamment si l'invitation faisait référence à une convention sur le règlement à appliquer.

325. Il a été proposé de ne pas mentionner au paragraphe 7 la possibilité de se réunir en un lieu autre que le lieu d'arbitrage, car cette liberté pourrait être limitée par les règles ou la loi applicables. On s'est opposé à cette suggestion, car ce passage soulignait une méthode qui pouvait être nécessaire pour assurer l'efficacité de la procédure. Il a été jugé que la teneur de la première phrase du paragraphe 8 pourrait être exprimée plus clairement.

326. Il a été jugé que le paragraphe 11 et l'utilisation du mot "ordre du jour" risqueraient d'être interprétés comme signifiant que les réunions consacrées aux questions de procédure (désignées également au paragraphe 8 sous le nom de "conférences préparatoires") étaient organisées régulièrement, ce qui n'était pas le cas. En outre, l'importance que revêtait la liste récapitulative des questions de procédure énoncées dans l'aide-mémoire ne se limitait pas au cadre des conférences préparatoires.

3. Questions de procédure qui pourront être examinées (par. 12 à 92 du projet d'aide-mémoire)

Montant à déposer (point 1)

327. Il a été jugé que la question du montant à déposer était rarement la première question dont traitait le tribunal avec les parties et qu'il serait donc plus approprié de déplacer ce point, peut-être vers les points 4 et 5 ("Lieu de l'arbitrage" et "Services administratifs").

Règlement d'arbitrage (point 2)

328. Il a été proposé de supprimer le point 2, car une discussion sur le choix d'un règlement d'arbitrage pourrait susciter des controverses ou des débats prolongés. En outre, si l'on s'accordait sur le règlement d'une institution d'arbitrage sans que l'arbitrage ne soit administré par l'institution, il faudrait modifier certaines règles, notamment celles qui donnaient une fonction à un organe de l'institution (par exemple en ce qui concerne la récusation d'un arbitre ou une autre fonction de supervision). Une telle modification

constituait une tâche complexe; si les règles n'étaient pas modifiées, des problèmes difficiles à résoudre se poseraient durant la procédure.

329. Selon une proposition contraire, il fallait conserver ce point et même renforcer l'effet de la deuxième phrase du paragraphe 15 en supprimant l'appel à la prudence dans la troisième phrase.

330. Le maintien de ce point, y compris de la troisième phrase, a reçu un appui considérable, mais plusieurs suggestions ont été faites pour le préciser : un accord sur le règlement d'arbitrage n'était pas une nécessité et le fait que les parties n'aient pas convenu d'un règlement n'empêchait pas le tribunal arbitral de poursuivre ses travaux sur la base de la loi régissant la procédure arbitrale; en raison de problèmes possibles dans les cas où les parties convenaient d'adopter le règlement d'une institution (voir ci-dessus, par. 328), il serait mieux de supprimer la référence à "tout autre règlement" dans l'exemple donné entre parenthèses, ou alors d'indiquer qu'il était souhaitable de convenir d'un règlement pour un arbitrage non administré par une institution.

331. Cette dernière suggestion a suscité des objections au motif que le texte modifié semblerait favoriser les arbitrages qui n'étaient pas administrés par une institution, ce qui n'était pas justifié.

332. Compte tenu de ces objections, il a été proposé de remplacer les deux premières phrases du paragraphe 15 par un texte dont le libellé pourrait par exemple être le suivant : "Parfois, les parties qui n'ont pas inclus dans leur convention d'arbitrage une disposition aux termes de laquelle leur procédure arbitrale sera régie par un règlement d'arbitrage donné, pourraient souhaiter le faire après le début de l'arbitrage. En pareil cas, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pourrait être utilisé sans modification, ou bien les parties pourraient souhaiter adopter le règlement d'une institution d'arbitrage. Dans ce cas, il serait nécessaire d'obtenir l'accord de cette institution et d'indiquer les conditions auxquelles l'arbitrage pourrait se poursuivre, conformément au règlement de ladite institution."

333. Bien qu'il y ait eu un accord de principe sur le texte proposé, deux observations ont été faites : le point modifié ne tenait pas compte de la possibilité de conclure un accord sur une section du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou de modifier ce règlement; l'accord d'une institution d'arbitrage n'était nécessaire que pour l'exécution par cette institution de certaines fonctions et le texte pourrait être clarifié de façon à indiquer, avec les précautions voulues, diverses autres façons dont les parties pourraient utiliser le règlement d'institutions d'arbitrage.

334. Il a été rappelé que le texte proposé ne rendait pas moins nécessaire de garder l'appel à la prudence contenu dans la dernière phrase du paragraphe 15 et d'indiquer expressément que, malgré l'absence d'accord sur un règlement d'arbitrage, le tribunal arbitral conservait la faculté de déterminer, sur la base de la loi régissant la procédure arbitral, la façon dont l'affaire serait conduite.

Langue de la procédure (point 3)

335. Il a été noté que le paragraphe 17 semblait laisser entendre qu'en principe, tous les documents joints à la requête et à la réponse devraient être traduits dans la langue de la procédure et qu'il fallait une décision expresse pour qu'une partie puisse présenter un document sans traduction. Il a été

proposé de retenir une approche plus neutre, telle que celle qui est exprimée à l'article 17-2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

Lieu de l'arbitrage (point 4)

336. Il a été proposé de supprimer la première phrase du paragraphe 20 qui semblait superflue. Selon un avis contraire, cette phrase devrait être conservée, car elle précisait le contexte dans lequel le tribunal arbitral devait déterminer le lieu de l'arbitrage. Il a été jugé que le mot "normalement" utilisé à la deuxième phrase, et notamment le mot correspondant utilisé dans certaines des versions linguistiques, n'était pas clair ou indiquait que le pouvoir arbitral était limité; aussi ce mot devrait-il être supprimé. Il a également été suggéré de mentionner que les parties pouvaient convenir soit directement soit indirectement du lieu de l'arbitrage.

337. Pour ce qui est de la liste des facteurs pouvant influencer sur le choix du lieu de l'arbitrage figurant au paragraphe 21, diverses suggestions ont été faites : placer les facteurs a) et b) (faisant référence à la commodité pour les parties et les arbitres et à la disponibilité des services d'appui) à la fin de la liste; indiquer que le facteur c) (loi applicable à la procédure arbitrale) était le plus important; placer en premier le facteur d) (régime juridique de l'exécution de la sentence); supprimer le facteur e) ("choix d'un lieu perçu comme neutre") car ce facteur n'était pas clair et pouvait être source de confusion; indiquer que le tribunal arbitral, avant de décider du lieu de l'arbitrage, voudrait peut-être en discuter avec les parties.

338. Vu les différentes suggestions mentionnées ci-dessus et la difficulté que l'on avait éprouvée à préciser l'interaction entre ces facteurs durant le bref débat sur le point 4, il a été proposé de supprimer le paragraphe 21. Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, il fallait le conserver, car il appelait utilement l'attention sur les diverses considérations pratiques et juridiques à prendre en compte pour le choix du lieu d'arbitrage.

339. La proposition tendant à supprimer la deuxième phrase du paragraphe 22 n'a pas été adoptée, car cette phrase soulignait un aspect important de la souplesse dans la conduite de la procédure (voir également ci-dessus, par. 325).

Services administratifs (point 5)

340. Il a été déclaré que les références aux divers types de services étaient trop détaillées et risquaient de donner l'impression qu'un arbitrage constituait une opération administrative lourde et onéreuse. Il a été souligné que les paragraphes 23 et 24 n'établissaient pas une distinction appropriée entre les services que la plupart des institutions d'arbitrage fournissaient régulièrement (par exemple, salles pour les audiences et les réunions) et les services qui n'étaient pas toujours nécessaires ou n'étaient en général pas fournis par les institutions, mais dont les parties devaient s'occuper elles-mêmes (par exemple, les dispositions en matière de voyages).

341. Il a été proposé de mentionner au paragraphe 26 que les honoraires du secrétaire nommé par une institution administrant l'arbitrage était normalement à la charge de l'institution, alors que, dans d'autres cas, ces honoraires feraient normalement partie des frais de l'arbitrage et seraient payés à l'aide du montant déposé pour couvrir ces frais.

342. Il a été proposé de supprimer les mots "ou lorsqu'elle suppose sa présence durant les délibérations du tribunal arbitral", car la présence du secrétaire durant les délibérations n'était pas controversée dans certaines régions du monde, notamment lorsque le secrétaire était nommé par l'institution administrant l'arbitrage; en outre, même lorsque la présence d'un secrétaire posait des problèmes, ils étaient bien différents du problème mentionné au paragraphe 27, à savoir le fait que la tâche du secrétaire ne se distinguait peut-être pas clairement des tâches confiées aux arbitres.

Confidentialité (point 6)

343. On a exprimé l'opinion qu'il conviendrait de modifier le paragraphe 28 de manière à y indiquer plus clairement que le rôle du tribunal arbitral ne se bornait pas à consigner simplement un accord des parties et que les arbitres étaient également tenus de respecter le caractère confidentiel des informations concernant l'arbitrage. La confidentialité était certes largement considérée comme constituant un important avantage de l'arbitrage par rapport au règlement judiciaire, mais il semblait que les parties pouvaient se faire une idée variable de la portée de cette confidentialité, et il convenait d'appeler l'attention du lecteur de l'aide-mémoire sur ce point.

344. Des suggestions ont été faites en vue de simplifier et d'abrégier le texte des paragraphes 29 à 31.

345. On a exprimé l'avis que le libellé du paragraphe 29 pouvait donner à tort l'impression que les moyens électroniques de communication pouvaient être moins sûrs qu'il ne l'étaient en réalité. On a estimé, d'autre part, au contraire, que ce paragraphe reflétait de manière appropriée la nature des risques qu'entraînaient ces moyens de communication.

Transmission des documents écrits entre les parties et les arbitres (point 7)

346. Les suggestions suivantes ont été formulées : indiquer que les cas cités au paragraphe 32 n'étaient que des exemples; revoir l'ordre dans lequel ces exemples étaient fournis; viser également le cas où le tribunal arbitral adressait une communication à une partie seulement; renforcer la suggestion concernant l'intérêt qu'il y a à déterminer en temps utile la manière dont les documents écrits seront transmis; indiquer que, en cas d'arbitrage institutionnel, le système de transmission des documents écrits sera souvent déterminé par le règlement ou les pratiques de l'institution en question; clarifier la deuxième phrase, de manière à mieux refléter la pratique réelle; se référer aux mesures pouvant être prises pour dissuader les parties de refuser d'accepter des documents écrits, ou de recourir à des tactiques dilatoires analogues.

Télécopie et autres moyens électroniques de communication de documents écrits (point 8)

347. Rappelant l'observation formulée à propos du paragraphe 29 du projet d'aide-mémoire (voir ci-dessus, par. 345), on a dit que le paragraphe 33 pourrait également donner à tort l'impression que la télécopie pouvait être moins sûre qu'elle ne l'était en réalité, compte tenu en particulier de l'utilisation considérable et croissante des dispositifs de sécurité dont étaient pourvus les systèmes de communication. On a suggéré qu'il conviendrait de mentionner, dans ce paragraphe, que le tribunal arbitral et les parties pourraient envisager l'obligation de confirmer les télécopies par courrier ou de

communiquer les originaux dont le fac-similé aurait été reçu par télécopie ou par tout autre moyen électronique de communication.

348. Il a été suggéré de réduire à quelques phrases le texte trop détaillé des paragraphes 34 à 36. Il était entendu que l'utilisation des moyens électroniques de communication appelait l'accord des parties concernées.

349. S'agissant des délais de présentation des documents écrits, il a été suggéré de tenir compte de la question des différents fuseaux horaires. On a également suggéré de prévoir la situation de l'expéditeur d'un message n'ayant pas reçu d'accusé de réception.

Calendrier de soumission des communications écrites (point 9)

350. Il a été considéré que le terme "calendrier" (et en particulier le terme correspondant des autres versions linguistiques) figurant dans le titre prêtait à confusion, étant donné que les communications s'échelonnaient non seulement sur la base d'une date précise, mais en fonction également des stades de la procédure.

351. Il a été suggéré d'ajouter un paragraphe indiquant l'existence de pratiques différentes au sujet des communications que les parties pourraient présenter après la conclusion des audiences et que, compte tenu de ces différences, il serait utile de donner des indications aux parties. Eu égard à cette suggestion, il a été proposé d'adopter, pour le point 9, un titre comme "Soumission des communications écrites" ou "[Dispositions concernant la soumission des] [Echange de] communications écrites".

Détails pratiques concernant les communications écrites et les moyens de preuve (par exemple, copies, numérotation des éléments de preuve, référence à des documents, numérotation des paragraphes) (point 10)

352. On a fait observer que les exemples donnés dans le titre entre parenthèses étaient nécessaires à des fins de clarté lorsque ce titre apparaîtrait sur une liste des questions susceptibles d'être examinées (voir ci-dessus, par. 320). Il a été proposé de revoir les autres titres en conséquence.

353. Certains ont estimé que le paragraphe 40 entraînait trop dans le détail et donnait trop d'importance à des questions mineures et souvent accessoires. Ce paragraphe pourrait d'autre part donner à un arbitre non expérimenté une fausse idée des priorités. En outre, si le tribunal arbitral refusait d'accepter une communication non conforme à une des dispositions techniques visées dans le paragraphe, ce refus pourrait être considéré comme une violation des droits de procédure de la partie de qui émanait cette communication. La Commission a été cependant d'avis qu'il était utile de mentionner ces détails pratiques dans l'aide-mémoire, compte tenu du fait - que l'on pourrait exprimer dans ce paragraphe - que l'aide-mémoire n'avait pas un caractère impératif et que le tribunal arbitral avait un pouvoir discrétionnaire à l'égard des questions visées dans le paragraphe.

Définition des questions à régler (point 11)

354. Quant au paragraphe 41, on a pensé que l'établissement initial d'une liste des questions à régler pourrait soulever des difficultés si des faits nouveaux ultérieurs appelaient une révision de cette liste. On a estimé que le libellé de ce paragraphe rappelait les conditions énoncées dans certains systèmes

juridiques ou dans la pratique de certaines institutions arbitrales, concernant la définition, à un stade initial de la procédure, des questions à régler (ou du mandat du tribunal arbitral), conditions qui, selon certains, posait des difficultés dans la pratique. On a estimé qu'il y aurait lieu de suggérer, dans ce paragraphe, que le tribunal arbitral devrait faire preuve de souplesse dans la détermination des questions à régler, eu égard à des changements possibles ainsi qu'au fait que les règlements d'arbitrages comportaient souvent des dispositions sur la manière de faire face à de tels changements. Il a été d'autre part suggéré qu'il conviendrait de mentionner dans l'aide-mémoire que le "mandat", dont la formulation était obligatoire selon le règlement de certaines institutions arbitrales, répondait au même objectif qu'une liste des questions à régler. Il a été considéré qu'à moins d'apporter de telles modifications à ce paragraphe, il serait préférable de supprimer entièrement le point 11.

355. Quant au paragraphe 43, on a estimé qu'il n'était pas clair en ce qui concerne la différence qu'il pouvait y avoir entre les termes "décision" et "sentence", et qu'il vaudrait mieux utiliser le terme "sentence".

356. Il a été suggéré d'ajouter un paragraphe visant le cas où le tribunal arbitral estimerait que la réparation ou le dédommagement demandés par une partie n'étaient pas suffisamment définis et décideraient que cette réparation ou ce dédommagement devraient être formulés de manière plus précise (voir également les Directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales (A/CN.9/396/Add.1), "Question D. Définition des questions à examiner et ordre dans lequel elles seront tranchées", observations formulées sous le point ii), et examen par la Commission de ce point (A/49/17, par. 151)).

Les négociations relatives à un règlement par accord des parties et leur effet sur la planification de la procédure (point 12)

357. Aucune observation n'a été faite sur ce point quant au fond.

Preuves documentaires (point 13)

358. Les paragraphes 45, 46 et 54 ont bénéficié d'un appui général quant au fond.

359. On a fait des suggestions tendant à supprimer les paragraphes 47 à 49 qui étaient trop détaillés. On a cependant fait valoir, à cet encontre, que les paragraphes 47 et 49 se référaient à des pratiques susceptibles d'entraîner des économies substantielles. On a également suggéré de supprimer les paragraphes 50 à 53, qui faisaient ressortir des pratiques controversées ou non acceptables dans certaines parties du monde. On a cependant fait valoir, à cet encontre, que, comme ces pratiques différaient largement et qu'il était nécessaire d'éviter toute surprise et tout malentendu, ces paragraphes précisaient aux parties comment les demandes de documents seraient traitées. Dans un esprit de compromis et désireuse d'assurer la plus large acceptabilité de l'aide-mémoire, la Commission a décidé de maintenir les paragraphes 47 à 49 quant au fond, de supprimer les paragraphes 50 à 53 et de s'en tenir, pour ce qui est des demandes de documents, aux dispositions de fond de l'article 24-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

360. On a formulé les suggestions suivantes : il pourrait être utile de mentionner, au paragraphe 45, que l'assistance d'un tribunal pourrait être nécessaire pour obtenir des preuves (ainsi qu'il était envisagé, par exemple, à l'article 27 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial

international); il conviendrait de préciser, au paragraphe 47, que, s'agissant du cas b), les mots "à moins qu'une partie n'émette une protestation" revenaient à ce que cette partie déclare qu'elle n'avait pas reçu la communication; et le paragraphe 49 pourrait se référer à la possibilité de présenter des preuves en ayant recours à des moyens informatiques.

361. On a considéré que le paragraphe 50 devrait également tenir compte de la pratique selon laquelle une partie, au lieu de remettre un document à l'autre partie, permettait à cette partie de consulter le document à l'endroit où il était conservé. En outre, on a estimé qu'il conviendrait de mentionner de manière appropriée les demandes tendant à ce qu'un document soit remis à un expert ou que l'expert ait accès au document.

Preuves matérielles autres que des documents (point 14)

362. Aucune observation n'a été faite sur ce point quant au fond.

Témoins (point 15)

363. On a fait des suggestions tendant à supprimer les paragraphes 61 et 62, qui encourageaient des pratiques permettant à une partie présentant un témoin de rencontrer ce témoin en privé et de l'aider à préparer sa déclaration écrite. De l'avis de nombreux praticiens, de telles méthodes compromettaient la crédibilité du témoignage, étaient mal considérées dans différentes parties du monde et pouvaient même être illégales dans certains cas. On a fait valoir au contraire que les paragraphes 61 et 62 devraient être maintenus en raison précisément des opinions différentes dont faisaient l'objet les pratiques en question; il était nécessaire d'exposer les diverses possibilités qui se présentaient à cet égard et de laisser aux règles et au droit applicables, ainsi qu'à la sagesse du tribunal arbitral le soin de déterminer la manière de procéder. La Commission a décidé qu'il y avait lieu de réviser les paragraphes 61 et 62 en tenant compte du fait qu'il existait des pratiques différentes et qu'aucune d'entre elles ne devrait recevoir un traitement préférentiel et en tenant compte également des observations ci-dessus.

364. Il a été considéré que le paragraphe 63 devrait être supprimé, car il traitait de manière simpliste une question touchant au droit fondamental d'une partie de présenter ses moyens.

Experts et témoignages d'experts (point 16)

365. Aucune observation n'a été faite sur la teneur du point 16.

Audiences (point 17)

366. Il a été proposé de mentionner également au paragraphe 83 du cas dans lequel un résumé écrit des déclarations et témoignages faits oralement était établi par le secrétaire du tribunal arbitral.

Arbitrage multipartite (point 18)

367. Selon une proposition que la Commission a approuvée, les paragraphes 87 et 88 devaient être supprimés, dans la mesure où ils ne traitaient pas de l'organisation d'une procédure arbitrale. Il a aussi été décidé de supprimer le paragraphe 89 puisque la séparation des questions, qui y était mentionnée, pourrait constituer une tâche complexe et soulever des difficultés pour ce qui

est du respect des droits des parties et puisqu'il était impossible de traiter ces difficultés dans le cadre des Notes.

368. On a estimé que le paragraphe 90, dont le libellé était assez général, ne devrait pas faire l'objet d'un point séparé et qu'il faudrait en inclure la teneur à un autre endroit approprié des Notes.

Conditions éventuelles à remplir pour le dépôt ou le prononcé de la sentence (point 19)

369. Il a été déclaré que c'était en général la partie obtenant gain de cause qui avait intérêt à déposer une sentence arbitrale, que le point 19 n'avait que peu à voir avec l'organisation de la procédure, et qu'il n'était pas nécessaire d'aborder la question dans les Notes. La Commission, toutefois, a estimé que ce point était utile car il existait différentes solutions quant à la manière de déposer une sentence arbitrale ou quant à la personne devant la déposer, si tant est qu'elle devait être déposée, et car les parties pouvaient ne pas avoir connaissance de telles conditions.

C. Conclusion

370. La Commission, ayant achevé l'examen du projet d'aide-mémoire quant au fond, a prié le Secrétariat d'établir, compte tenu des considérations de la Commission, un projet révisé d'aide-mémoire pour approbation définitive par la Commission à sa vingt-neuvième session, en 1996.

371. Il a été rappelé qu'à sa vingt-sixième session, en 1993, la Commission avait décidé de remettre sa décision sur la question de savoir si des travaux sur l'arbitrage multipartite et l'obtention de preuves en matière d'arbitrage s'avéreraient nécessaires¹⁰.

372. S'agissant de l'arbitrage multipartite, on a formulé durant la session des suggestions selon lesquelles des travaux dans ce domaine ne seraient pas prometteurs, car, vu leur grande diversité, les situations multipartites possibles ne se prêtaient pas à des solutions générales utiles; il a été également dit que l'expérience d'autres organisations internationales montrait le caractère aléatoire de la possibilité de parvenir à des résultats concrets sur ce sujet. La Commission a été néanmoins d'avis que le Secrétariat devrait continuer à suivre le droit et la pratique concernant l'arbitrage multipartite de manière à pouvoir lui soumettre à une session future un document sur l'opportunité et la faisabilité de travaux par la Commission dans ce domaine.

373. Quant à l'obtention de preuves en matière d'arbitrage, il a été fait observer que l'examen du projet d'aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales avait fait ressortir que les praticiens de l'arbitrage commercial international avaient des idées différentes sur la manière dont les preuves devraient être obtenues en matière d'arbitrage. Comme ces divergences soulevaient des difficultés dans la pratique, il a été estimé que la Commission devrait étudier l'opportunité et la faisabilité de travaux dans ce domaine. Le Secrétariat a été prié d'établir, pour une future session, un document devant servir de base à l'examen de cette question par la Commission.

V. FINANCEMENT PAR CESSION DE CREANCES

374. A sa vingt-sixième session (1993), la Commission avait examiné une note du Secrétariat passant brièvement en revue un certain nombre de problèmes juridiques en matière de cession de créances, ainsi que les travaux antérieurs et actuels sur cette question et sur des questions connexes (A/CN.9/378/Add.3). La Commission avait ensuite prié le Secrétariat de réaliser une étude sur la faisabilité de travaux d'unification dans le domaine de la cession de créances¹¹. Suite à cette demande, le Secrétariat avait présenté à la Commission, à sa vingt-septième session (1994), un rapport sur les aspects juridiques du financement par cession de créances (A/CN.9/397) mettant l'accent sur la cession de créances aux fins d'un financement (c'est-à-dire pour obtenir des ressources ou un crédit) et suggérant qu'un certain nombre de problèmes liés à cette question pourraient être résolus par un ensemble de règles uniformes que la Commission pourrait préparer. A cette session, la Commission avait prié le Secrétariat de préparer une nouvelle étude qui examinerait plus en détail les questions identifiées et serait accompagnée d'un premier projet de règles uniformes¹².

375. Pour donner suite à cette demande, le Secrétariat a présenté à la Commission, à sa vingt-huitième session, un rapport examinant quelle pourrait être la portée des travaux futurs, ainsi qu'un certain nombre de questions concernant les cessions, et suggérant certaines solutions possibles aux problèmes posés par le financement par cession de créances (A/CN.9/412). Le rapport contenait également un projet préliminaire de règles uniformes destiné à mettre l'accent sur certaines questions et sur les réponses que l'on pourrait y apporter, de façon à aider la Commission à déterminer s'il était possible de poursuivre les travaux dans ce domaine. Il concluait qu'il serait à la fois souhaitable et possible que la Commission prépare un ensemble de règles uniformes destinées à éliminer les obstacles au financement par cession de créances créés par l'incertitude qui existait dans divers systèmes juridiques quant à la validité des cessions transfrontières (dans lesquelles le cédant, le cessionnaire et le débiteur ne sont pas dans le même pays) et aux effets de telles cessions sur le débiteur et sur d'autres tierces parties.

376. La Commission a remercié le Secrétariat d'avoir poursuivi la coopération avec UNIDROIT, la Conférence de La Haye de droit international privé, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) et, aux Etats-Unis d'Amérique, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. Cette coopération s'était notamment concrétisée par la communication pour observations du projet de document A/CN.9/412 à ces organisations et par la présentation orale de sa version finale au Conseil d'administration d'UNIDROIT lors de sa récente réunion (Rome, 29 mars-1er avril 1995). La Commission a réaffirmé la nécessité d'une coopération active avec toutes les organisations nationales et internationales travaillant dans ce domaine, y compris des représentants des secteurs, public ou privé, concernés et des professions juridiques qui seront les utilisateurs finals de toute loi uniforme que préparerait la Commission.

377. Dans l'ensemble, la Commission s'est déclarée favorable à la poursuite des travaux sur cette question. Les rapports présentés par le Secrétariat depuis trois ans constituaient un bon point de départ pour les travaux futurs, étant donné qu'ils identifiaient un problème pratique qui se posait dans le commerce international en raison de la diversité des législations et présentaient certaines solutions possibles à ce problème. De plus, les travaux de la

Commission sur la cession de créances pourraient faciliter le commerce international, étant donné que la cession représentait l'un des moyens les plus importants de financement du commerce international. Il a en outre été fait observer que les travaux de la Commission dans ce domaine pourraient être utilement rapprochés de ceux sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité et les projets de construction-exploitation-transfert (CET) car les problèmes de reconnaissance et d'exécution des cessions transfrontières apparaissaient habituellement en cas d'insolvabilité du cédant, et que la cession de créances faisait partie intégrante des montages contractuels pour les projets CET.

378. Les participants ont cependant exprimé un certain nombre de préoccupations. Tout d'abord, il faudrait éviter tout chevauchement ou conflit avec les travaux déjà effectués par UNIDROIT (la Convention sur l'affacturage international) ou actuellement en cours (le projet de convention sur les aspects internationaux des sûretés grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un pays à un autre). Par ailleurs, il s'agissait d'une question complexe qui devait être étudiée plus longuement avant de pouvoir être présentée à un groupe de travail. De plus, les travaux de la Commission sur la cession de créances pourraient ne pas contribuer à la solution du problème fondamental de l'ordre de priorité entre plusieurs revendications sur une même créance tant que la solution la plus probable, c'est-à-dire l'enregistrement, n'aurait pas été étudiée plus en détail dans le cadre des travaux futurs de la Commission sur la négociabilité/cessibilité des droits sur des marchandises et d'UNIDROIT sur les aspects internationaux des sûretés grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un pays à un autre. Il a également été suggéré de reporter les travaux de la Commission sur les cessions, étant donné que celle-ci allait entreprendre des travaux sur les aspects transnationaux de l'insolvabilité et que la cession représentait l'un des principaux problèmes à cet égard. De la même façon, il a été avancé que les travaux futurs sur les projets CET aborderaient nécessairement la question de la cession de créances. De plus, des participants ont déclaré que les aspects de droit international privé de la cession de créances, traités dans le rapport dont était saisie la Commission et le projet de règles uniformes qu'il contenait, étaient particulièrement complexes et ne devraient pas être abordés, en particulier dans le cadre d'une approche qui risquait d'être partielle et d'avoir pour effet non souhaité d'accroître les incertitudes existantes au lieu d'uniformiser le droit. A ce propos, des doutes ont été exprimés quant à la question de savoir si des règles uniformes sur la cession, qui ne s'accompagneraient pas de règles de droit international privé, apporteraient véritablement quelque chose de plus que la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage international.

379. Selon l'avis qui a prévalu, la Commission devrait confier le rapport du Secrétariat et le projet de règles uniformes qu'il contenait à un groupe de travail chargé de préparer une loi uniforme sur le financement par cession de créances. Il a été souligné que la Commission, compte tenu de sa composition universelle et de son mandat général qui en faisait le principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, devait jouer un rôle particulièrement actif en matière de financement des échanges.

380. S'agissant des préoccupations exprimées à l'égard d'un possible chevauchement des efforts et des travaux avec ceux d'UNIDROIT, l'observateur d'UNIDROIT a déclaré que le projet tel qu'il était actuellement défini ne ferait pas double emploi avec la Convention sur l'affacturage international et n'entrerait pas en conflit avec celle-ci. Cette Convention était entrée en vigueur le 1er mai 1995 pour la France, l'Italie et le Nigéria, et un certain

nombre d'autres pays envisageaient de la ratifier. Pour ce qui était des travaux d'UNIDROIT sur les aspects internationaux des sûretés grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un pays à l'autre, l'observateur d'UNIDROIT a souligné la nécessité d'une étroite coopération, notamment dans le domaine des systèmes d'immatriculation, qui constituait un aspect important des travaux de l'Institut dans ce domaine du droit. S'agissant des aspects de droit international privé de la cession, il a été noté que leur complexité ne devait pas conduire à renoncer à les inclure dans les travaux futurs de la Commission, mais au contraire inciter à renforcer la coopération avec la Conférence de La Haye, par exemple sous forme de réunions mixtes d'experts sur des questions présentant un intérêt commun et liées à la cession de créances.

381. S'agissant de la forme que pourraient prendre les travaux de la Commission, et tout en reconnaissant que cette question devra être traitée ultérieurement une fois que le contenu des règles uniformes serait mieux connu, la Commission s'est généralement déclarée favorable à la préparation d'une Loi type. Ainsi, il a été déclaré qu'une Loi type pourrait être préférable, compte tenu des divergences importantes qui existaient entre les divers systèmes juridiques et de la complexité des problèmes posés par le financement par cession de créances. A cet égard, il a été dit que la cession intervenait dans le cadre d'opérations financières complexes, dont les aspects économiques pourraient susciter des divergences d'opinions dans les pays développés et dans les pays en développement. Il a été avancé que, si la Commission préparait une Loi type, elle pourrait également préparer un commentaire sur les diverses pratiques financières qui pourraient servir de cadre à des cessions de créances, ainsi que sur les divergences des systèmes juridiques sur cette question. S'agissant du caractère contraignant ou non contraignant des règles uniformes qui seraient préparées, un point de vue a été exprimé selon lequel celles-ci devraient comporter une disposition d'ordre général reconnaissant l'autonomie des parties.

VI. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

A. Aspects transnationaux de l'insolvabilité

382. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat sur le Colloque judiciaire CNUDCI-INSOL consacré à cette question (Toronto, 22 et 23 mars 1995). L'objet de ce Colloque était de faire en sorte que la Commission, alors qu'elle allait aborder cette question, obtienne les avis des juges et des hauts fonctionnaires concernés sur la question de la coopération judiciaire dans les cas d'insolvabilité transnationale et sur les questions connexes qu'étaient l'accès aux tribunaux des administrateurs de faillites étrangères et la reconnaissance des procédures étrangères d'insolvabilité (ci-après dénommées "coopération judiciaire" et "accès et reconnaissance"). Il avait été décidé lors de la session précédente que, pour l'instant du moins, la Commission devait axer ses travaux sur ces aspects précis¹³. Le Colloque avait rassemblé 60 magistrats et hauts fonctionnaires de 36 pays représentant divers systèmes juridiques et expériences.

383. Il a été rappelé que la décision de la Commission d'étudier la question des aspects transnationaux de l'insolvabilité faisait suite aux suggestions formulées à cet effet par des praticiens et des représentants d'autres activités commerciales directement concernés par le problème. Ces suggestions avaient été formulées pour la première fois à l'occasion du Congrès de la CNUDCI sur "le droit commercial uniforme au XXIème siècle" et la Commission avait ensuite décidé à sa vingt-sixième session, en 1993, de l'étudier plus en détail¹⁴. Par la suite, afin d'évaluer l'intérêt et la faisabilité de travaux dans ce domaine et de définir comme il convenait la portée de ces travaux, un Colloque CNUDCI-INSOL, organisé à Vienne du 17 au 19 avril 1994, avait rassemblé des praticiens de l'insolvabilité de diverses disciplines, des juges, des hauts fonctionnaires et des représentants d'autres secteurs intéressés, y compris des prêteurs. Lors de ce Colloque, il avait été jugé qu'il serait souhaitable que la CNUDCI entreprenne des travaux dans le but limité, mais utile, de faciliter la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance, et qu'une réunion multinationale de magistrats représenterait le meilleur moyen d'évaluer plus précisément l'intérêt, la faisabilité et la portée de ces travaux.

384. Les participants au Colloque se sont fondés lors de leur discussion sur un rapport établi par un groupe d'experts convoqué par INSOL. Ce rapport décrivait brièvement la situation juridique actuelle et présentait les obstacles qui entravaient fréquemment la coopération judiciaire, ainsi que l'accès et la reconnaissance et qui tenaient en particulier à la diversité des approches selon les systèmes juridiques, comme dans de nombreux cas, à l'absence de cadres législatifs appropriés pour la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance.

385. Le rapport décrivait également les cadres législatifs de la coopération judiciaire et de l'accès et de la reconnaissance concernant l'insolvabilité qui existaient dans un petit nombre de pays et qui pourraient guider en partie les travaux futurs de la Commission. Les législations existantes divergeaient sur la question de savoir quel type de coopération et d'assistance étaient impératifs ou laissés à la discrétion du tribunal requis en ce qui concernait aussi bien l'accès et la reconnaissance que le degré de coopération à accorder. Diverses techniques et notions utilisées en matière de coopération judiciaire et d'accès et de reconnaissance, en l'absence de législations spécifiques ou de traités, étaient également présentées.

386. Le rapport contenait plusieurs recommandations tendant, par exemple, à ce que les Etats soient encouragés à introduire dans leur législation certaines règles de base à appliquer aux cas d'insolvabilité transnationale; à ce qu'une personne demandant la reconnaissance ne soit pas réputée s'être soumise sans réserve à la juridiction du pays étranger lorsqu'elle comparaissait dans le cadre de la procédure d'insolvabilité; et à ce que, après la reconnaissance, la coopération et l'assistance accordées ne soient pas incompatibles avec la loi du pays étranger, le tribunal concerné étant libre de fournir l'assistance qu'il estimait appropriée selon les circonstances.

387. La Commission a remercié INSOL de l'aide fournie jusqu'à présent et s'est félicitée du souhait manifesté par ce dernier de continuer à participer aux travaux de la Commission et à y contribuer, par exemple en organisant un nouveau colloque.

388. Etant donné les informations générales contenues dans le rapport susmentionné, la majorité du Colloque a été consacrée à la présentation de six affaires importantes d'insolvabilité transnationale par des juges de divers pays et de divers systèmes judiciaires ayant présidé certaines de ces affaires, ainsi que par des administrateurs de faillite et d'autres administrateurs nommés par les tribunaux et ayant participé à ces affaires. Le programme du Colloque comportait également des commentaires par d'éminents spécialistes du droit des faillites, une évaluation finale par un panel multinational de juges et plusieurs débats qui ont largement complété les expériences et les points de vue présentés.

389. Les expériences et les points de vue présentés lors du Colloque traduisaient le souhait général des juges de coopérer dans les affaires d'insolvabilité transnationale et leur intérêt à cet égard, mais également le fait que cette coopération était fréquemment gênée par les divergences ou les lacunes des lois. Cela était particulièrement vrai des systèmes juridiques où il n'était pas habituel que les magistrats aient un pouvoir discrétionnaire en l'absence de règles et d'obligations légales précises. De plus, même dans les juridictions qui laissaient aux juges de vastes pouvoirs discrétionnaires, un cadre législatif pourrait limiter les incertitudes pour ce qui était du règlement des affaires d'insolvabilité transnationales.

390. Compte tenu de ce qui précède, un consensus s'est dégagé lors du Colloque, aux termes duquel il serait utile que la Commission essaie de fournir un tel cadre législatif, sous forme par exemple de dispositions législatives types. Un consensus s'est également dégagé en faveur de l'incorporation de dispositions sur l'accès et la reconnaissance dans le texte que préparerait la Commission. Enfin, il a été signalé à la Commission que les propositions avancées quant à la forme et au contenu possibles de ses travaux prévoyaient notamment la rédaction de dispositions législatives types comportant diverses options pour les législateurs, éventuellement inspirées des différentes approches retenues dans les législations existantes concernant la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance.

391. Etant saisie des points de vue exprimés lors du Colloque, la Commission a examiné la question de savoir quelles devraient être les étapes suivantes. Un large appui s'est manifesté en faveur de la solution consistant à confier à titre prioritaire à un groupe de travail la tâche d'élaborer un cadre législatif type pour la coopération judiciaire et pour l'accès et la reconnaissance. On a cependant estimé que les aspects transnationaux de l'insolvabilité ne devraient pas avoir un rang de priorité plus élevé que d'autres questions qui pourraient

faire l'objet de travaux futurs. Il a été indiqué à l'appui de ce point de vue que d'autres travaux, tels que l'étude des projets CET (voir ci-dessous, par. 394 à 400) étaient urgents, que l'on pouvait considérer que la question des aspects transnationaux de l'insolvabilité était traitée de façon satisfaisante par le droit interne ou les traités d'assistance judiciaire, et que le sujet n'était pas nécessairement d'une nature strictement commerciale.

392. L'opinion qui a prévalu était cependant que l'élaboration d'un cadre législatif pour la coopération judiciaire et l'accès et la reconnaissance dans les cas d'insolvabilité transnationale devraient être confiés à un groupe de travail. Il a été noté que les diverses mesures déjà prises par le Secrétariat afin de déterminer l'intérêt et la faisabilité des travaux avaient révélé qu'il était urgent que la Commission aborde cette question, qui revêtait une importance essentielle pour les échanges internationaux, d'autant plus que la fréquence des cas d'insolvabilité transnationale allait probablement continuer d'augmenter. Il a également été fait observer que les différentes activités préparatoires avaient permis de définir la portée et la forme éventuelles des travaux, de sorte qu'il était maintenant temps que la question soit traitée par un groupe de travail. La Commission a noté par ailleurs que le fait de confier cette question à un groupe de travail ne l'empêcherait pas nécessairement de continuer à travailler sur d'autres thèmes ayant suscité un intérêt, compte tenu de l'état d'avancement des travaux sur ces autres thèmes.

393. S'agissant du contenu spécifique des travaux de la Commission, il a été proposé d'incorporer dans la législation sur la coopération une disposition, sous une forme ou sous une autre, prévoyant un sursis automatique à l'exécution des créances, ce qui fournirait au moins un délai minimum pour examiner la demande du représentant de la faillite étrangère, avant qu'il ne soit procédé à la liquidation ou à la dispersion des biens du débiteur insolvable. La Commission a noté que cette question serait examinée par le groupe de travail en même temps que diverses autres questions soulevées lors du Colloque judiciaire quant à la portée et aux effets éventuels du texte juridique à préparer et aux approches qui pourraient être adoptées à cette occasion. Il a également été noté que les travaux à effectuer tiendraient compte des approches existantes dans les divers systèmes juridiques et s'appuieraient sur les expériences acquises à l'occasion de divers efforts entrepris au plan multilatéral dans le domaine de l'insolvabilité.

B. Projets de construction-exploitation-transfert (CET)

394. A la vingt-septième session, en 1994, le Secrétariat avait présenté une note informant la Commission des progrès des travaux de l'ONUDI relatifs à la préparation de "Directives pour l'élaboration, la négociation et la conclusion de projets CET" (A/CN.9/399) et proposant des domaines dans lesquels la Commission pourrait envisager d'entreprendre des travaux. La Commission avait souligné l'importance du mécanisme CET et avait prié le Secrétariat de lui soumettre à sa vingt-huitième session une note sur les travaux futurs possibles concernant les projets CET.

395. Comme suite à cette demande, le Secrétariat a soumis à la Commission, à sa présente session, une note présentant les domaines dans lesquels la Commission pourrait entreprendre des travaux liés au mécanisme CET (A/CN.9/414). Il a été indiqué que l'élaboration des Directives par l'ONUDI était à un stade avancé et que le secrétariat de la Commission avait suivi de près les travaux en la matière, notamment les aspects se rattachant aux travaux futurs possibles de la Commission. Il a également été noté que les Directives visaient essentiellement

à décrire les principales questions dont les Etats devraient tenir compte avant de décider d'entreprendre des projets CET et de déterminer de quelle manière les entreprendre; en outre, comme les Directives traitaient de la question des projets CET en général, elles n'abordaient pas en détail les aspects se rattachant aux travaux futurs possibles de la Commission. L'observateur de l'ONUDI a donné à la Commission des informations sur les travaux entrepris actuellement au sein de l'ONUDI sur les projets CET, ainsi que sur les progrès de l'élaboration des Directives de l'ONUDI. La Commission s'est félicitée de ces informations.

396. Il a été noté qu'en raison d'un certain nombre de facteurs, dans de nombreux Etats, le nombre de projets CET actuellement mis en oeuvre avait connu une augmentation substantielle. Le principal de ces facteurs ayant conduit à s'intéresser aux projets CET était la possibilité de mobiliser des ressources du secteur privé pour le développement des infrastructures, sans avoir à augmenter la dette publique. Il a été signalé que cela était particulièrement important, alors que la privatisation progressait dans le monde entier dans différents domaines auparavant réservés au secteur public et qu'il y avait de moins en moins de fonds publics disponibles pour le développement des infrastructures. Les projets CET présentaient d'autres avantages : participation accrue du secteur privé à la gestion des infrastructures publiques, nouvelles perspectives offertes aux investissements étrangers directs et possibilité pour les gouvernements d'utiliser les installations CET en tant que modèles pour l'exécution de projets similaires dans le secteur public. Il a toutefois été noté que, malgré les avantages et les perspectives qu'offraient les projets CET, un certain nombre d'obstacles pratiques de caractère juridique pouvaient entraver de tels projets. Il a donc été proposé que la Commission envisage d'entreprendre des travaux sur le CET, afin d'aider les Etats à aplanir certains obstacles juridiques qui pouvaient compliquer la réalisation de projets CET.

397. Il a été noté que certains de ces obstacles tenaient à l'absence d'un cadre juridique et réglementaire approprié, susceptible de favoriser une participation à long terme du secteur privé. Comme les investisseurs privés et les financiers supportent la plupart des risques dans l'exécution de ces projets, ils souhaitent vivement la présence d'une infrastructure juridique propre à encourager les investissements privés à long terme, permettant un bon rendement des investissements et garantissant l'exécution des obligations contractuelles des différentes parties. Il a donc été proposé que la Commission envisage d'élaborer des principes directeurs, afin d'aider les Etats à mettre en place un cadre juridique propice à l'exécution de projets CET. Ces principes directeurs pourraient traiter du type de législation générale en matière d'affaires, d'investissements et de commerce qui pourrait constituer un cadre juridique solide pour l'exécution de projets CET, et comporter des dispositions législatives types qui pourraient être utilisées par les Etats désireux de mettre en place une législation particulière régissant l'exécution de ces projets. Il a été proposé que ces dispositions législatives type traitent de questions telles que la base juridique de l'octroi de la concession, l'ampleur éventuelle de la participation des pouvoirs publics, le cadre réglementaire pour la gestion et l'exploitation des projets CET et les incitations que le gouvernement voudra éventuellement accorder.

398. Il a en outre été noté que l'on pouvait rencontrer d'autres obstacles à l'exécution de projets CET, par exemple dans le domaine de la passation des marchés. A la différence des mécanismes normaux de passation de marchés pour des projets traditionnels, dans le cadre desquels le gouvernement procède à un appel d'offres sur la base d'un projet bien défini, en fonction d'un cahier des

charges prédéterminé, dans le CET, l'appel d'offres peut précéder tout travail de conception. Dans la mesure où l'on peut manquer de directives claires permettant d'évaluer des offres ou des propositions qui, selon toute probabilité, présenteront des solutions diverses à un ensemble de problèmes, il peut s'ensuivre un processus de soumission long et donc coûteux, risquant de compromettre l'intégrité du processus de passation de marchés. Les gouvernements devraient également définir clairement la manière dont seront traitées les propositions non sollicitées car, dans de nombreux cas, le secteur privé est encouragé à prendre l'initiative pour ce qui est de l'identification des projets. Donc il était proposé, dans le cadre des travaux futurs, de donner des conseils aux gouvernements, afin que le processus de passation des marchés soit conçu de manière à promouvoir au mieux la concurrence et la transparence et afin d'éviter des négociations qui seraient conduites de manière telle que l'on perdrait confiance dans le processus de passation des marchés. Pour ce faire, on pourrait donner des conseils sur l'élaboration du dossier de sollicitation, l'établissement des critères d'évaluation et les méthodes d'évaluation en fonction des circonstances. A cette fin, on pourrait élaborer une réglementation type des marchés où un dossier type de sollicitation d'offres pour les projets CET.

399. Il a été noté qu'il existait un autre obstacle à la mise en oeuvre de projets CET : l'expérience limitée, notamment de la part des pouvoirs publics, en matière de négociation simultanée avec un grand nombre de parties, dont un grand nombre pouvaient être contractuellement liées entre elles. Bien que la plupart des contrats relatifs à l'exécution de projets CET ne posent pas en soi des problèmes nouveaux, le contexte CET pose des problèmes particuliers, en ce sens que les différents contrats doivent s'intégrer dans un montage contractuel. Selon un avis, dans le cadre des travaux sur les projets CET, les questions contractuelles pourraient elles aussi être examinées, sur la base d'une étude que le Secrétariat pourrait entreprendre et qui traiterait des problèmes rencontrés lors de l'établissement de contrats pour des projets CET. Dans le cadre de cette étude, on pourrait envisager la forme que pourraient prendre les travaux de la Commission dans ce domaine, par exemple, la rédaction d'un supplément du Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles.

400. Un large appui s'est exprimé au sein de la Commission en faveur de l'exécution de travaux dans les domaines suggérés par le Secrétariat. Il a été noté que le mécanisme de financement des projets CET suscitait un intérêt considérable dans de nombreux Etats et que les travaux de la Commission dans les domaines suggérés permettraient d'aider ces Etats à faire face aux problèmes qui avaient été recensés. Il a été noté, toutefois, que, puisque les travaux qu'entreprendrait la Commission seraient en partie influencés par la teneur définitive des Directives de l'ONUDI, et compte tenu du fait que la pratique en matière de CET évoluait toujours, il serait utile de donner au Secrétariat la possibilité d'étudier plus avant les questions sur lesquelles il était proposé d'entreprendre des travaux. Il a également été noté que, dans les trois domaines visés, les travaux de la Commission seraient conçus de manière à ne pas faire double emploi avec les activités déjà entreprises par l'ONUDI sur les projets CET. La Commission a donc prié le Secrétariat d'établir un rapport sur les questions qui pourraient faire l'objet de travaux futurs, afin de faciliter l'examen de cette question par la Commission à sa vingt-neuvième session, en 1996.

C. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958

401. La Commission a noté que le Secrétariat avait convenu avec le Comité D de l'Association internationale du barreau de coopérer au suivi de l'application dans les lois nationales de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Il a été déclaré que le projet avait en particulier pour objectif d'examiner les questions suivantes : la Convention était-elle incorporée dans le système juridique des Etats parties, de façon à ce que ses dispositions aient force de loi ? Les Etats parties avaient-ils ajouté au régime uniforme de la Convention des dispositions, en application des réserves émises à l'encontre de la Convention ou pour d'autres raisons, qui modifiaient les conditions de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales ? Quelles conditions pour l'obtention de la reconnaissance et de l'exécution, non prévues dans la Convention, avaient été ajoutées dans les lois nationales ?

402. On a souligné que le projet n'avait pas pour but de suivre toutes les décisions judiciaires appliquant la Convention. Le Secrétariat n'avait pas les moyens financiers d'entreprendre une telle tâche qui, en outre, n'était pas nécessaire pour ledit projet tel qu'évoqué plus haut ; en outre, la jurisprudence fondée sur la Convention était compilée et publiée par d'autres organisations, tout particulièrement dans le *Yearbook of Commercial Arbitration* du Conseil international pour l'arbitrage commercial.

403. L'objectif essentiel du projet était de publier les conclusions. On a déclaré qu'il était trop tôt pour dire si des propositions à la Commission pourraient en émaner. Il a été déclaré, à titre de suggestion, que l'on pourrait élaborer un guide à l'intention des législateurs, accompagné éventuellement d'une loi type portant application de la Convention.

404. Pour permettre au Secrétariat de travailler sur le projet, la Commission a engagé les Etats parties à la Convention à envoyer au Secrétariat les lois traitant de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

VII. JURISPRUDENCE RELATIVE AUX INSTRUMENTS DE LA CNUDCI

A. Introduction

405. Conformément à une décision prise par la Commission à sa vingt et unième session, le Secrétariat a élaboré un "Recueil de jurisprudence relative aux instruments de la CNUDCI"¹⁵. Le mécanisme de fonctionnement de ce système a été décrit dans le document A/CN.9/SER.C/GUIDE/1.

B. Examen par la Commission

406. A sa présente session, la Commission a noté avec satisfaction que, depuis sa vingt-septième session (1994), trois séries supplémentaires de sommaires, de décisions judiciaires et de sentences arbitrales relatives à la Convention des Nations Unies sur les ventes et à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type sur l'arbitrage") avaient été publiés (A/CN.9/SER.C/ABSTRACT/4, 5 et 6). La Commission s'est déclarée largement convaincue que le Recueil était utile, notamment pour promouvoir une interprétation et une application uniformes des conventions émanant de ses travaux, ce qui était un aspect important de son mandat. La Commission a aussi affirmé que le Recueil lui était précieux pour promouvoir une interprétation et une application uniformes de ses textes législatifs, compte tenu notamment du caractère universel de l'Organisation et sa capacité à communiquer avec les utilisateurs de ces textes dans ses six langues officielles.

407. La Commission a noté par ailleurs avec satisfaction qu'un projet de thesaurus de la Convention des Nations Unies sur les ventes, à savoir une liste analytique des questions qui se posaient dans le cadre de la Convention, qui avait été élaboré par le Secrétariat, avait été finalisé par le professeur John O. Honnold. Il a été noté que le thesaurus pourrait faciliter la recherche des décisions portant sur telle ou telle question ou tel ou tel article de la Convention sur les ventes et pourrait prendre la forme d'une publication écrite et d'une banque de données qui serait établie par le Secrétariat. En réponse à une question, il a été noté qu'une banque de données contenant des sommaires pouvait se révéler extrêmement utile pour les utilisateurs de la Convention sur les ventes, si elle était mise à leur disposition dans le monde entier grâce à des systèmes de communications électroniques. A cet égard, il a été proposé d'élaborer un thesaurus également pour la Loi type sur l'arbitrage, afin de faciliter la recherche des décisions et des sentences arbitrales appliquant ladite Loi type.

408. La Commission a rendu hommage aux correspondants nationaux et au Secrétariat pour leur travail et a instamment prié les Etats Membres de coopérer avec le Secrétariat pour assurer le bon fonctionnement du système servant à constituer le Recueil de jurisprudence et de faciliter la tâche des correspondants nationaux. Il a été proposé que les Etats examinent les moyens d'aider ces correspondants à trouver et rassembler des décisions judiciaires et des sentences arbitrales appliquant un texte législatif de la CNUDCI, à établir des sommaires y relatifs et à les envoyer au Secrétariat dans les meilleurs délais. La Commission a aussi invité les Etats qui n'avaient pas encore nommé de correspondants nationaux à le faire. Il a été noté que, pour que le Recueil puisse permettre de favoriser pleinement l'uniformité souhaitée dans l'interprétation et l'application des textes de la CNUDCI, il était important qu'il soit mis à jour en permanence et reflète la jurisprudence de tous les Etats appliquant les textes.

409. La Commission a noté que le travail du Secrétariat, qui consistait à éditer les sommaires, archiver les décisions et les sentences sous leur forme originale, traduire les sommaires dans les cinq autres langues de l'ONU, les publier dans les six langues officielles, les envoyer sur demande ainsi que le texte intégral des décisions et des sentences aux parties intéressées et créer et exploiter une banque de données, s'alourdirait considérablement avec l'augmentation du nombre des décisions et des sentences incorporées dans le Recueil. La Commission a donc demandé que des ressources adéquates soient mises à la disposition du Secrétariat pour que celui-ci puisse assurer le bon fonctionnement du système.

410. Un certain nombre de questions ont été posées. L'une d'entre elles a porté sur les conditions de nomination des correspondants nationaux. Il a été répondu que, comme il était expliqué dans le Guide de l'utilisateur (par. 5), tout Etat ayant adopté une Convention émanant des travaux de la CNUDCI ou ayant adopté une loi basée sur une loi type de la CNUDCI, pouvait nommer un correspondant national. Il a aussi été noté que les correspondants nationaux pouvaient être, par exemple, des juristes au service de l'Etat ou des avocats, ou encore des professeurs de droit ou d'autres particuliers bien placés pour suivre les décisions des tribunaux. La tâche essentielle d'un correspondant national était, a-t-on déclaré, de rassembler les décisions judiciaires rendues et les sentences arbitrales publiées dans leur Etat respectif, qui étaient utiles pour l'interprétation et l'application des textes juridiques de la CNUDCI. Les correspondants nationaux n'avaient donc pas nécessairement à faire rapport sur une décision où il était seulement fait référence à un texte de la CNUDCI, mais qui n'avait aucune valeur interprétative. Il a été aussi demandé si les décisions rendues par un organe administratif devaient faire l'objet d'un rapport. Il a été expliqué, en réponse, que les décisions des organes administratifs, par exemple, pouvaient aussi faire l'objet d'un rapport, à condition d'avoir une valeur interprétative.

411. En ce qui concerne la relation entre la Commission et les correspondants nationaux pour les questions relatives au Recueil de jurisprudence relatif aux instruments de la CNUDCI, la Commission a réaffirmé la décision qu'elle avait prise, à savoir que les questions de politique générale, telles que celle de la coopération avec des entités privées, relevaient de son mandat, mais que le fonctionnement du système dans le détail devait être laissé à l'appréciation des correspondants nationaux¹⁶.

VIII. FORMATION ET ASSISTANCE TECHNIQUE

412. La Commission était saisie d'une note du Secrétariat (A/CN.9/415) présentant les activités réalisées en matière de formation et d'assistance technique depuis la session précédente, et indiquant l'orientation des activités futures prévues. Les séminaires et les missions d'information de la CNUDCI destinés aux fonctionnaires sont conçus pour expliquer les principales caractéristiques et l'intérêt des instruments de la CNUDCI en matière de droit commercial international ainsi que de certains autres textes importants d'autres organisations se rapportant au droit commercial international. Le Secrétariat peut être prié de fournir une brève mission d'information lorsque, par exemple, un pays en développement ou un nouvel Etat indépendant envisage le rôle que les textes juridiques de la CNUDCI sont appelés à jouer dans sa réforme de la législation.

413. Il a été indiqué que, depuis la session précédente, les séminaires et cours suivants avaient été organisés : a) Shangai (Chine) (27 et 28 juin 1994), en coopération avec la Commission chinoise pour l'arbitrage économique et commercial international (CIETAC) - environ 90 participants; b) Harare (Zimbabwe) (1er-3 août 1994), en coopération avec le Ministère de la justice - environ 70 participants; c) Gaborone (Botswana) (8-10 août 1994), en coopération avec le Ministère de la justice - une cinquantaine de participants; d) Windhoek (Namibie) (12-16 août 1994), en coopération avec le Ministère de la justice - une trentaine de participants; e) Nairobi (Kenya), en coopération avec le Ministère de la justice - une soixantaine de participants; f) Tbilissi (Géorgie) (7-9 novembre 1994), cours organisé en coopération avec le Ministère des affaires étrangères; g) Bakou (Azerbaïdjan) (11-15 novembre 1994), cours organisé en coopération avec le Ministère des affaires étrangères; h) Erevan (Arménie) (16-18 novembre 1994), cours organisé en coopération avec le Ministère des affaires étrangères; i) Panama (Panama) (17 et 18 novembre 1994), organisé en coopération avec la Chambre de commerce et le Cabinet Boutin - quelque 150 participants; j) Cali (Colombie) (21 et 22 novembre 1994), en coopération avec la Chambre de commerce et la Commission interaméricaine d'arbitrage internationale - environ 150 participants; k) Tachkent (Ouzbékistan) (21-23 novembre 1994), en coopération avec le Ministère des relations économiques extérieures; l) Prague (République tchèque) (4 et 5 avril 1995), en coopération avec le Ministère de l'industrie et du commerce - quelque 70 participants.

414. La Commission a noté que le sixième Colloque de la CNUDCI sur le droit commercial international s'était tenu à l'occasion de la vingt-huitième session de la Commission, du 22 au 26 mai 1995. Comme lors des colloques précédents, les conférenciers invités ont été pour l'essentiel des représentants à la session de la Commission et des membres du Secrétariat. Les frais de voyage et de subsistance de 23 participants d'Afrique, d'Amérique latine, d'Asie et d'Europe orientale ont été pris en charge par le Fonds d'affectation spécial de la CNUDCI pour les colloques. De plus, 65 participants ont assisté au Colloque à leurs frais.

415. Le Secrétariat a indiqué qu'une assistance technique était fournie aux Etats préparant une législation sur la base des lois types de la CNUDCI dans les domaines de l'arbitrage commercial international, de la passation des marchés et des virements internationaux. Cette assistance avait pris diverses formes, par exemple l'étude de versions préliminaires de textes de lois du point de vue des lois types de la CNUDCI, une assistance pour la préparation de projets de lois, des commentaires sur les rapports de commissions de réforme du droit, et des séances d'information pour les législateurs, les juges, les arbitres et d'autres

utilisateurs finals (par exemple, des juges, des arbitres ou des responsables des achats) des textes juridiques de la CNUDCI incorporés au droit interne.

416. Afin de faciliter la fourniture d'une assistance technique par le Secrétariat, la Commission a autorisé ce dernier à demander aux Etats de lui communiquer la législation actuellement en vigueur dans les domaines d'activité de la Commission.

417. Le Secrétariat a signalé que, pour le reste de 1995, des séminaires et des missions d'information sur l'assistance juridique étaient prévus en Afrique, en Asie, en Amérique latine et en Europe orientale.

418. Il a été indiqué aussi que, comme les années précédentes, le Secrétariat avait accepté de coparrainer le prochain cours d'études supérieures de droit commercial international, d'une durée de trois mois, qui sera organisé par l'Institut d'études européennes de l'Université de Turin et le Centre international de formation de l'Organisation internationale du Travail de Turin. En 1994, quatrième année où ce cours a été proposé, environ la moitié des participants venaient d'Italie, et 26 d'autres pays, en majorité de pays en développement. Le cours traite des questions d'harmonisation du droit commercial international et de divers aspects du programme de travail de la Commission.

419. La Commission a noté avec satisfaction que le Secrétariat avait pris des mesures pour renforcer la coopération et la coordination avec d'autres organismes, appartenant ou non au système des Nations Unies, pour fournir une formation et une assistance technique dans le domaine du droit commercial international. Elle a aussi pris note de rapports indiquant qu'il y avait apparemment un intérêt croissant de la part des Etats pour la réforme du droit applicable au commerce international, ainsi qu'une attention plus grande portée par les organismes bilatéraux et multilatéraux de développement, y compris appartenant au système des Nations Unies à l'importance de l'harmonisation et de la modernisation du droit commercial. Il a été noté qu'une telle coopération et coordination étaient particulièrement souhaitables du point de vue des Etats bénéficiaires d'une assistance technique juridique. On a souligné que la coordination et la coopération entre les organismes d'assistance technique renforçaient l'utilité des conseils et de l'assistance fournis pour ce qui est de la mise en place de systèmes juridiques non seulement cohérents, mais également faisant appel aux conventions, aux lois types et à d'autres textes juridiques existants en matière de droit commercial international, permettant ainsi aux hommes d'affaires de différents Etats d'élaborer et de mener à bien leurs transactions commerciales.

420. La Commission a donc exprimé sa satisfaction et renouvelé son appel pour que soient poursuivies et renforcées la coopération et la coordination entre organismes offrant une assistance technique juridique, de façon à assurer que, lorsque des entités du système des Nations Unies, telles que le Programme des Nations Unies pour le développement et la Banque internationale pour la reconstruction et le développement, ou des entités extérieures, fournissent une telle assistance, les textes juridiques élaborés par la Commission et dont l'examen était recommandé par l'Assemblée générale soient effectivement examinés et utilisés.

421. La Commission a noté que le Secrétariat ne pouvait mettre en oeuvre des plans de formation et d'assistance technique que si des contributions suffisantes étaient versées au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI pour

les colloques et que si les ressources humaines nécessaires étaient mises à sa disposition, ce qui n'était pas le cas actuellement. Dans la situation actuelle, une part non négligeable des demandes de formation et d'assistance technique en ce qui concerne les textes juridiques de la CNUDCI restait sans réponse, et la promotion de l'utilisation de ces textes était incomplète. Il a été indiqué que le budget ordinaire ne prévoyait aucune ressource pour couvrir les frais de voyage des participants et des conférenciers. De ce fait, les dépenses devaient être couvertes par des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques, qui restaient à un niveau insuffisant.

422. Afin de faciliter les contributions à ce Fonds, la Commission a décidé de demander que celui-ci soit inscrit à l'ordre du jour de la Conférence pour les annonces de contributions organisée dans le cadre de la session de l'Assemblée générale, étant entendu que cela ne modifierait en rien l'obligation d'un Etat de verser sa contribution à l'Organisation.

423. Il a été noté que les contributions pluriannuelles au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI pour les colloques étaient particulièrement importantes, car elles permettaient au Secrétariat de planifier et de financer le programme sans avoir à solliciter des donateurs potentiels pour chaque activité. Une telle contribution a été reçue du Canada. En outre, des contributions de l'Autriche, du Danemark, de la France, du Pakistan et de la Suisse ont été utilisées pour le programme de séminaires. La Commission a exprimé sa gratitude aux Etats et aux organisations qui avaient contribué au programme de formation et d'assistance de la Commission par des apports de fonds ou de personnel ou en accueillant des séminaires. La Commission a également renouvelé l'appel qu'elle avait lancé pour qu'on lui fournisse les ressources humaines nécessaires pour satisfaire les besoins en matière de formation et d'assistance technique.

IX. ETAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI

424. La Commission a examiné l'état des signatures, des ratifications, des adhésions et des approbations concernant les conventions auxquelles ses travaux avaient abouti, à savoir la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974), ("Convention sur la prescription"), le Protocole modifiant la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980), la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, 1978 (Hambourg) ("Règles de Hambourg"), la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) ("Convention des Nations Unies sur les ventes"), la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (New York, 1988) ("Convention de la CNUDCI sur les lettres de change et les billets à ordre") et la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (Vienne, 1991) ("Convention des Nations Unies sur les exploitants de terminaux"). La Commission a également examiné l'état de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). En outre, la Commission a pris note des juridictions qui avaient adopté des lois fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage").

425. La Commission a noté avec satisfaction que, depuis le rapport présenté à la Commission à sa vingt-septième session (1994), Cuba avait déposé un instrument d'adhésion et la Pologne un instrument de ratification concernant la Convention sur la prescription et que ces deux Etats avaient déposé des instruments d'adhésion au Protocole modifiant la Convention sur la prescription.

426. La Commission a noté avec satisfaction que la République tchèque avait déposé un instrument de succession à la signature par l'ex-Tchécoslovaquie des Règles de Hambourg.

427. La Commission a noté avec satisfaction le dépôt, depuis sa vingt-septième session, d'instruments de ratification par la Pologne et par Singapour de la Convention des Nations Unies sur les ventes et l'adhésion à la Convention de Cuba, de la Géorgie, de la Lituanie, de la République de Moldova et de la Nouvelle-Zélande.

428. La Commission a noté avec satisfaction que, depuis sa vingt-septième session, des instruments d'adhésion à la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères avaient été déposés par la Bolivie, la Lituanie, le Mali, la Mongolie, le Portugal, le Sénégal, le Venezuela et le Zimbabwe.

429. La Commission a noté avec satisfaction que, depuis sa vingt-septième session, des lois fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage avaient été adoptées au Bahreïn, en Hongrie, à Singapour et en Ukraine.

Règles de Hambourg

430. La Commission a rappelé son examen à sa vingt-septième session (1994) de l'état de la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, 1978 (Hambourg) ("Règles de Hambourg")¹⁷. La Commission a réitéré sa grave préoccupation au sujet des problèmes posés par la coexistence de régimes de responsabilité différents en matière de transport de marchandises par mer¹⁸.

431. La Commission a noté que, pour faire suite aux considérations évoquées lors de cette session, le Secrétaire général avait adressé une note verbale aux Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies, les informant du point de vue de la Commission et de la conviction du Secrétaire général que les problèmes pourraient le mieux être surmontés par une large adoption des Règles de Hambourg, et recommandant aux Etats d'envisager leur adoption dans les meilleurs délais.

432. Rappelant avec satisfaction que le CMI avait exprimé son désir de collaborer avec la Commission en vue de mettre au point une solution aboutissant à l'uniformité du droit¹⁹, la Commission a été informée que la CMI avait reçu quelque 22 réponses à un questionnaire qu'elle avait envoyé à ses organisations nationales membres pour leur demander leur point de vue sur la manière dont pourraient être résolus les problèmes actuels. La CMI devait encore procéder à une analyse de ces réponses, mais la conclusion qu'il était possible d'en tirer était qu'aucun consensus ne se dégagait sur la manière dont pourrait être modernisé et harmonisé le droit du transport des marchandises par mer.

433. La Commission a prié le Secrétaire général de l'ONU de poursuivre ses efforts afin de promouvoir une plus large adoption des Règles de Hambourg.

Activités d'autres organisations

434. La Commission a entendu avec intérêt une déclaration faite au nom du Comité consultatif juridique africano-asiatique (AALCC) sur les activités de son Comité permanent sur les questions de droit commercial en ce qui concerne le suivi de l'évaluation et l'examen du droit commercial international dans une perspective africano-asiatique. La Commission a été informée de deux de ses initiatives, à savoir la préparation de directives juridiques et institutionnelles pour les programmes de privatisation et pour un cadre réglementaire postprivatisation, et la promotion de la normalisation et de l'harmonisation du droit et des pratiques commerciales dans la région africano-asiatique.

435. La Commission a entendu avec intérêt une déclaration faite au nom d'UNIDROIT au sujet de ses travaux actuels pour la création d'une base de données sur le droit uniforme, et notamment d'une réunion prévue à Rome au début de 1996 avec les organisations internationales concernées pour examiner la faisabilité de ce projet.

436. La Commission a également été informée des activités de l'Organisation des Etats américains en ce qui concerne la poursuite de l'unification et de l'harmonisation du droit commercial dans les Amériques. La Commission a pris note de l'achèvement de la Convention interaméricaine sur le droit des contrats internationaux préparée par la Conférence spécialisée sur le droit international privé, patronnée par l'Organisation.

X. RESOLUTIONS DE L'ASSEMBLEE GENERALE SUR LES TRAVAUX
DE LA COMMISSION

437. La Commission s'est félicitée de la résolution 49/54 de l'Assemblée générale, datée du 9 décembre 1994, dans laquelle l'Assemblée prenait note avec satisfaction de l'adoption par la Commission de la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services et du Guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne. Au paragraphe 2 de ladite résolution, l'Assemblée générale recommandait à tous les Etats, vu qu'il est souhaitable d'améliorer et d'uniformiser les lois sur la passation des marchés, de s'inspirer de préférence de la Loi type lorsqu'ils promulgueraient ou réviseraient leur législation en la matière.

438. La Commission a pris note avec satisfaction de la résolution 49/55 de l'Assemblée générale, datée du 17 février 1995, relative au Rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-septième session, tenue en 1994. En particulier, il a été noté qu'au paragraphe 7 de sa résolution, l'Assemblée générale invitait instamment les gouvernements, les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies, les organisations, les institutions et les particuliers à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale devant permettre à la Commission d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission, afin de permettre à tous les Etats Membres de participer pleinement aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail. Ce Fonds d'affectation spéciale a été constitué en application de la résolution 48/32 datée du 9 décembre 1993.

439. La Commission a en outre noté avec satisfaction que l'Assemblée générale avait décidé, au paragraphe 8, de continuer à envisager, dans le cadre de la grande commission compétente au cours de la quarante-neuvième session de l'Assemblée générale en 1994, d'octroyer une aide au titre des frais de voyage, dans les limites des ressources existantes, aux pays les moins avancés qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général, afin d'assurer la pleine participation de tous les Etats Membres aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail.

440. La Commission a aussi noté avec satisfaction que l'Assemblée générale, au paragraphe 10, avait souligné qu'il importait, pour l'unification et l'harmonisation mondiales du droit commercial international, de donner effet aux conventions issues des travaux de la Commission et, à cette fin, invitait instamment les Etats qui ne l'avaient pas encore fait à envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer.

441. La Commission a enfin noté avec satisfaction qu'au paragraphe 4, l'Assemblée générale avait réaffirmé l'importance, en particulier pour les pays en développement, de l'oeuvre que la Commission accomplit en matière de formation et d'assistance dans le domaine du droit commercial international et qu'au paragraphe 5, elle avait affirmé qu'il était souhaitable que la Commission parraine des séminaires et des colloques, afin de promouvoir cette formation et cette assistance. Il a été noté que la Commission avait renforcé ses activités de formation et d'assistance, dans les limites des maigres ressources humaines et financières disponibles.

442. La Commission s'est félicitée que l'Assemblée générale ait demandé au Secrétaire général de veiller à ce que des ressources appropriées soient allouées pour la mise en oeuvre effective des programmes de la Commission. La Commission a en particulier exprimé l'espoir que le Secrétariat pourrait

disposer de ressources suffisantes pour répondre aux demandes croissantes de formation et d'assistance et pour faire face à la charge de travail de plus en plus lourde relative au "Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI" (voir ci-dessus, par. 405 à 411).

443. La Commission a été informée que des efforts étaient déployés au sein du Secrétariat de l'Organisation afin d'allouer des ressources suffisantes au Secrétariat de la Commission. Toutefois, comme il était probable que des ressources supplémentaires ne pourraient être disponibles pour répondre aux besoins du Secrétariat de la Commission, cette dernière a lancé un appel aux gouvernements pour qu'ils appuient le Secrétariat. Il a été noté que l'assistance des gouvernements ou de leurs organismes d'aide pouvait prendre diverses formes. Ils pouvaient notamment : affecter au Secrétariat de la Commission, pour environ une année, des juristes qui participeraient en tant qu'experts associés de l'Organisation des Nations Unies aux travaux du Secrétariat; réserver certaines capacités de recherche, au sein de leurs institutions nationales, pour des recherches de droit comparé relatives aux travaux futurs possibles; coparrainer des séminaires avec le Secrétariat; envoyer des conférenciers aux séminaires sur les textes élaborés par la Commission; faire don de billets d'avion et assurer le logement de conférenciers ou de participants aux séminaires régionaux provenant de pays en développement; parrainer des stagiaires affectés au Secrétariat de la Commission, provenant notamment de pays en développement, et prendre en charge leurs frais.

XI. QUESTIONS DIVERSES

A. Bibliographie

444. La Commission a pris note avec satisfaction de la bibliographie des ouvrages récents se rapportant à ses travaux (A/CN.9/417).

445. La Commission a souligné qu'il était important pour elle de disposer d'informations aussi complètes que possible sur les publications, y compris les thèses universitaires, traitant des résultats de ses travaux. Elle a donc prié les gouvernements, les institutions universitaires et les autres organisations intéressées d'envoyer au Secrétariat des exemplaires de ces publications.

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

446. Il a été indiqué à la Commission que l'Institut du droit commercial international de la Pace University School of Law, New York, avait organisé le deuxième concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis (Vienne, 22-26 mars 1995). Les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants participant au concours se fondaient sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Ont participé au concours de 1995 22 équipes provenant de facultés de droit de 15 pays. Le troisième concours se tiendra en mars 1996, à Vienne.

447. La Commission a pris note de ces informations avec intérêt et satisfaction. Elle considérait le concours, avec sa participation internationale, comme une excellente méthode d'enseignement du droit commercial international et de diffusion d'informations sur les textes uniformes actuels.

C. Date et lieu de la vingt-neuvième session de la Commission

448. Il a été décidé que la Commission tiendrait sa vingt-neuvième session à New York, du 28 mai au 14 juin 1996; à cette occasion elle achèverait ses travaux relatifs au projet de Loi type sur l'échange de données informatisées et à l'Aide-Mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales.

D. Sessions des groupes de travail

449. Il a été décidé que le Groupe de travail du nouvel ordre économique international prendrait le nom de "Groupe de travail sur la législation de l'insolvabilité", compte tenu du sujet qui lui avait été confié. Il a en outre été décidé que le Groupe de travail tiendrait sa dix-huitième session à Vienne, du 30 octobre au 10 novembre 1995. La Commission a autorisé l'organisation d'une dix-neuvième session du Groupe de travail à New York, du 1er au 12 avril 1996, au cas où, de l'avis du Groupe de travail, les progrès de ses travaux l'exigeraient.

450. Il a été décidé que le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux tiendrait sa vingt-quatrième session à Vienne, du 13 au 24 novembre 1995; cette session serait consacrée aux travaux sur le financement par cession de créances.

451. La Commission a convenu que le Groupe de travail sur les échanges de données informatisées tiendrait sa trentième session à Vienne, du 4 au 15 mars 1996, mais il a plus tard été déterminé que, pour des raisons liées à la disponibilité des services d'interprétation, la trentième session du Groupe de travail se tiendrait à Vienne du 26 février au 8 mars 1996.

Notes

¹ En application de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, les membres de la Commission sont élus pour un mandat de six ans. Parmi les membres actuels, 19 ont été élus par l'Assemblée à sa quarante-sixième session le 4 novembre 1991 (décision 46/309) et 17 à sa quarante-neuvième session le 28 novembre 1994 (décision 49/315). En application de la résolution 31/99 du 15 décembre 1976, le mandat des membres élus par l'Assemblée à sa quarante-sixième session expirera la veille de l'ouverture de la trente et unième session de la Commission, en 1998, et le mandat des membres élus à sa quarante-neuvième session expirera la veille de l'ouverture de la trente-quatrième session annuelle ordinaire de la Commission, en 2001.

² L'élection du Président a eu lieu à la 547ème séance, le 2 mai 1995, celle des Vice-Présidents aux 571ème et 574ème séances, les 18 et 19 mai 1995 et celle du Rapporteur à la 566ème séance, le 15 mai 1995. Conformément à une décision prise par la Commission à sa première session, son bureau compte trois vice-présidents, de sorte que, compte tenu du président et du rapporteur, chacun des cinq groupes d'Etats énumérés au paragraphe 1 de la section II de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale y est représenté (voir le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa première session, Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-troisième session, Supplément N° 16 (A/7216), par. 14 (Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, vol. I : 1968-1970, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.71.V.1, deuxième partie, I, A)).

³ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément N° 17 (A/43/17), par. 18.

⁴ Ibid., quarante-quatrième session, Supplément N° 17 (A/44/17), par. 244.

⁵ Ibid., quarante-sixième session, Supplément N° 17 (A/46/17), par. 314 à 317.

⁶ Ibid., quarante-septième session, Supplément N° 17 (A/47/17), par. 140 à 148.

⁷ "Aspects juridiques de l'échange automatique de données commerciales" (TRADE/WP.4/R.185/Rev.1, par. 12 et 149). Le texte de cette étude est reproduit dans le document A/CN.9/238, annexe II.

⁸ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément No 17 (A/48/17), par. 291 à 296.

⁹ Ibid., quarante-neuvième session, Supplément No 17 (A/49/17), par. 111 à 195.

¹⁰ Ibid., quarante-huitième session, Supplément N° 17 (A/48/17), par. 295.

¹¹ *Ibid.*, par. 301.

¹² *Ibid.*, quarante-neuvième session, Supplément N° 17 (A/49/17), par. 210.

¹³ *Ibid.*, par. 215 à 222.

¹⁴ *Ibid.*, quarante-huitième session, Supplément N° 17 (A/48/17), par. 302 à 306.

¹⁵ Pour des informations générales sur le Recueil de jurisprudence, voir A/CN.9/267; Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément N° 17 (A/40/17), par. 377; A/CN.9/312; et Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément N° 17 (A/43/17), par. 98 à 109.

¹⁶ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément N° 17 (A/49/17), par. 207.

¹⁷ *Ibid.*, par. 247 à 252.

¹⁸ *Ibid.*, par. 249.

¹⁹ *Ibid.*, par. 251.

ANNEXE I

[Original : Anglais/arabe/chinois/
espagnol/français/russe]

PROJET DE CONVENTION DES NATIONS UNIES SUR LES GARANTIES INDEPENDANTES
ET LES LETTRES DE CREDIT STAND-BY

CHAPITRE PREMIER. CHAMP D'APPLICATION

Article premier. Champ d'application

1. La présente Convention s'applique à tout engagement international mentionné à l'article 2 :

a) si l'établissement du garant/émetteur dans lequel l'engagement a été émis est situé dans un Etat contractant; ou

b) si les règles du droit international privé aboutissent à l'application de la législation d'un Etat contractant,

à moins que l'engagement n'exclue l'application de la présente Convention.

2. La présente Convention s'applique aussi à une lettre de crédit internationale non visée à l'article 2 s'il y est expressément mentionné qu'elle est soumise à la Convention.

3. Les dispositions des articles 21 et 22 s'appliquent aux engagements internationaux visés à l'article 2, indépendamment du paragraphe 1 du présent article.

Article 2. Engagement

1. Aux fins de la présente Convention, un engagement est un engagement indépendant, connu dans la pratique internationale sous le nom de garantie indépendante ou lettre de crédit stand-by, pris par une banque ou une autre institution ou personne ("garant/émetteur"), de payer au bénéficiaire un certain montant ou un montant déterminable sur simple demande ou sur demande accompagnée d'autres documents, conformément aux termes et à toutes conditions documentaires de l'engagement, indiquant, ou dont il peut être déduit, que le paiement est dû en raison de la non-exécution d'une obligation, ou pour toute autre éventualité, ou en raison d'un prêt ou d'une avance d'argent ou du fait de l'arrivée à échéance d'une dette du donneur d'ordre ou d'une autre personne.

2. L'engagement peut être pris :

a) à la demande ou sur les instructions du client ("donneur d'ordre") du garant/émetteur;

b) sur les instructions d'une autre banque, d'un autre établissement ou d'une autre personne ("partie ordonnatrice") agissant à la demande de son client ("donneur d'ordre"); ou

c) pour le compte du garant/émetteur lui-même.

3. Il peut être stipulé dans l'engagement que le paiement sera effectué sous toute forme, y compris :

- a) par paiement dans une monnaie ou unité de compte spécifiée;
- b) par acceptation d'une lettre de change (traite);
- c) par paiement différé;
- d) par la fourniture d'un article de valeur spécifié.

4. Il peut être stipulé dans l'engagement que le garant/émetteur lui-même est le bénéficiaire lorsqu'il agit pour une autre personne.

Article 3. Indépendance de l'engagement

Aux fins de la présente Convention, un engagement est indépendant lorsque l'obligation du garant/émetteur envers le bénéficiaire :

a) ne dépend pas de l'existence ou de la validité d'une opération sous-jacente, ni de tout autre engagement (y compris une lettre de crédit stand-by ou garantie indépendante à laquelle se rapporte une confirmation ou une contre-garantie); ou

b) n'est soumise à aucun terme ou condition ne figurant pas dans l'engagement, ni à tout acte ou fait futur et incertain, à l'exception de la présentation de documents ou d'un autre acte ou fait de même nature susceptible d'être constaté par un garant/émetteur dans l'exercice de son activité.

Article 4. Internationalité de l'engagement

1. Un engagement est international si les établissements, tels qu'ils sont spécifiés dans l'engagement, de deux des personnes suivantes sont situés dans des Etats différents : garant/émetteur, bénéficiaire, donneur d'ordre, partie ordonnatrice, confirmateur.

2. Aux fins du paragraphe précédent :

a) si l'engagement mentionne plus d'un établissement pour une personne donnée, l'établissement à prendre en considération est celui qui présente la relation la plus étroite avec l'engagement;

b) si l'engagement ne spécifie pas d'établissement pour une personne donnée, mais indique sa résidence habituelle, cette résidence est à prendre en considération pour la détermination du caractère international de l'engagement.

CHAPITRE II. INTERPRETATION

Article 5. Principes d'interprétation

Pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et d'assurer le respect de la bonne foi dans la pratique internationale en matière de garantie indépendante et de lettre de crédit stand-by.

Article 6. Définitions

Aux fins de la présente Convention et sauf disposition contraire de ladite Convention, ou à moins que le contexte ne s'y oppose :

a) le terme "engagement" inclut une "contre-garantie" et la "confirmation d'un engagement";

b) le terme "garant/émetteur" inclut le "contre-garant" et le "confirmateur";

c) le terme "contre-garantie" désigne un engagement pris envers le garant/émetteur d'un autre engagement par sa partie ordonnatrice et prévoyant un paiement sur simple demande ou sur demande accompagnée d'autres documents, conformément aux termes et à toutes conditions documentaires de l'engagement, indiquant, ou dont il peut être déduit, que le paiement en vertu de cet autre engagement a été demandé à la personne émettant cet autre engagement ou effectué par elle;

d) le terme "contre-garant" désigne la personne qui émet une contre-garantie;

e) le terme "confirmation" d'un engagement désigne un engagement s'ajoutant à celui du garant/émetteur, et autorisé par le garant/émetteur, donnant au bénéficiaire la possibilité de demander paiement au confirmateur, au lieu du garant/émetteur, sur simple demande ou sur demande accompagnée d'autres documents, conformément aux termes et à toutes conditions documentaires de l'engagement confirmé, sans préjudice du droit du bénéficiaire à demander paiement au garant/émetteur;

f) le terme "confirmateur" désigne la personne ajoutant une confirmation à un engagement;

g) le terme "document" désigne une communication faite sous une forme permettant d'en préserver un enregistrement complet.

CHAPITRE III. FORME ET TENEUR DE L'ENGAGEMENT

Article 7. Emission, forme et irrévocabilité de l'engagement

1. L'émission d'un engagement se produit au moment et au lieu où l'engagement cesse d'être sous le contrôle du garant/émetteur intéressé.

2. Un engagement peut être émis sous toute forme préservant un enregistrement complet du texte dudit engagement et permettant une authentification de sa source par des méthodes généralement acceptées ou selon une procédure convenue entre le garant/émetteur et le bénéficiaire.

3. Dès le moment de l'émission d'un engagement, une demande de paiement peut être faite, conformément aux termes et conditions de l'engagement, à moins que celui-ci ne stipule un autre moment.

4. L'engagement est irrévocable dès son émission, à moins qu'il n'ait été stipulé qu'il est révocable.

Article 8. Modification

1. Un engagement ne peut être modifié, sauf sous la forme stipulée dans l'engagement ou, faute d'une telle stipulation, sous la forme visée au paragraphe 2 de l'article 7.
2. Sauf disposition contraire de l'engagement ou sauf convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, un engagement est modifié lors de l'émission de la modification si la modification a été autorisée au préalable par le bénéficiaire.
3. Sauf disposition contraire de l'engagement ou sauf convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, lorsqu'une modification n'a pas été autorisée par le bénéficiaire, l'engagement n'est modifié que lorsque le garant/émetteur reçoit un avis d'acceptation de la modification par le bénéficiaire dans une forme visée au paragraphe 2 de l'article 7.
4. La modification d'un engagement n'a d'effet sur les droits et obligations du donneur d'ordre (ou d'une partie ordonnatrice) ou d'un confirmateur de l'engagement que s'ils acceptent ladite modification.

Article 9. Transfert du droit du bénéficiaire de demander paiement

1. Le droit du bénéficiaire de demander paiement ne peut être transféré que si cela est autorisé dans l'engagement et dans la mesure où cela est autorisé et de la manière dont cela est autorisé dans l'engagement.
2. Si un engagement est désigné comme transférable sans qu'il soit spécifié si le consentement du garant/émetteur ou de toute autre personne autorisée est requis pour qu'il y ait effectivement transfert, ni le garant/émetteur ni aucune autre personne autorisée n'est tenu d'effectuer de transfert, si ce n'est dans la mesure et de la manière expressément acceptées par lui.

Article 10. Cession du produit

1. Sauf disposition contraire de l'engagement ou sauf convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, le bénéficiaire peut céder à une autre personne tout produit auquel il peut ou pourra avoir droit en vertu de l'engagement.
2. Si le garant/émetteur, ou toute autre personne tenue d'effectuer le paiement, a reçu un avis émanant du bénéficiaire, sous une forme visée au paragraphe 2 de l'article 7, faisant état de la cession irrévocable par le bénéficiaire, le paiement au cessionnaire libère le débiteur de son obligation en vertu de l'engagement, dans la mesure du paiement qu'il effectue.

Article 11. Extinction du droit de demander paiement

1. Le droit du bénéficiaire de demander paiement en vertu de l'engagement s'éteint lorsque :
 - a) le garant/émetteur a reçu une déclaration du bénéficiaire le libérant de son obligation dans une forme visée au paragraphe 2 de l'article 7;

b) le bénéficiaire et le garant/émetteur sont convenus de la résiliation de l'engagement dans la forme stipulée dans l'engagement ou, faute d'une telle stipulation, dans une forme visée au paragraphe 2 de l'article 7;

c) le montant énoncé dans l'engagement a été payé, à moins que l'engagement ne prévoise un renouvellement ou une augmentation automatique du montant disponible ou ne prévoise de toute autre manière la continuation de l'engagement;

d) la période de validité de l'engagement a expiré conformément aux dispositions de l'article 12.

2. L'engagement peut disposer, ou le garant/émetteur et le bénéficiaire peuvent convenir par ailleurs, que le renvoi au garant/émetteur du document contenant l'engagement, ou une procédure constituant un équivalent fonctionnel du renvoi du document dans le cas de l'émission d'un engagement autrement que sur papier, est requis pour que s'éteigne le droit de demander paiement, soit à lui seul, soit en conjonction avec l'un des faits visés aux alinéas a) et b) du paragraphe 1 du présent article. Toutefois, en aucun cas la conservation d'un tel document par le bénéficiaire après que le droit de demander paiement s'est éteint conformément aux alinéas c) ou d) du paragraphe 1 du présent article ne préserve un droit quelconque du bénéficiaire en vertu de l'engagement.

Article 12. Expiration

La période de validité de l'engagement expire :

a) à la date d'expiration, qui peut être une date spécifiée ou le dernier jour d'un délai déterminé énoncé dans l'engagement, étant entendu que, si la date d'expiration n'est pas un jour ouvrable là où est situé l'établissement du garant/émetteur où l'engagement est émis, ou de toute autre personne, ou dans tout autre lieu spécifié dans l'engagement pour la présentation de la demande de paiement, la période de validité expire le premier jour ouvrable suivant cette date;

b) si l'expiration est fonction, selon l'engagement, de la survenance d'un acte ou d'un fait n'entrant pas dans la sphère d'activité du garant/émetteur, lorsque le garant/émetteur est avisé de la survenance de cet acte ou de ce fait par la présentation du document spécifié à cette fin dans l'engagement ou, si aucun document n'est spécifié, d'une attestation du bénéficiaire certifiant que l'acte ou le fait est survenu;

c) si l'engagement n'énonce pas une date d'expiration, ou si la survenance de l'acte ou du fait dont l'expiration est réputée dépendre n'a pas encore été établie par présentation du document requis et qu'une date d'expiration n'a en outre pas été spécifiée, lorsque six ans se sont écoulés à compter de la date d'émission de l'engagement.

CHAPITRE IV. DROITS, OBLIGATIONS ET EXCEPTIONS

Article 13. Détermination des droits et obligations

1. Les droits et obligations du garant/émetteur et du bénéficiaire découlant de l'engagement sont déterminés par les termes et conditions énoncés dans l'engagement, y compris toutes règles ou conditions générales ou tous usages qui

y sont mentionnés expressément, ainsi que par les dispositions de la présente Convention.

2. Pour l'interprétation des termes et conditions de l'engagement et pour le règlement de questions qui ne sont pas traitées dans les termes et conditions de l'engagement ou dans les dispositions de la présente Convention, il sera tenu compte des règles et usages internationaux généralement acceptés de la pratique en matière de garanties indépendantes ou de lettres de crédit stand-by.

Article 14. Norme de conduite et responsabilité du garant/émetteur

1. Lorsqu'il s'acquitte de ses obligations en vertu de l'engagement et de la présente Convention, le garant/émetteur agit de bonne foi et exerce un soin raisonnable compte dûment tenu des normes généralement acceptées de la pratique internationale en matière de garanties indépendantes ou de lettres de crédit stand-by.

2. Le garant/émetteur ne peut être exonéré de sa responsabilité lorsqu'il n'agit pas de bonne foi ou s'il a commis une faute lourde.

Article 15. Demande

1. Toute demande de paiement en vertu de l'engagement est faite dans une forme visée au paragraphe 2 de l'article 7 et conformément aux termes et conditions de l'engagement.

2. Sauf disposition contraire de l'engagement, la demande et toute attestation ou tout autre document requis par l'engagement sont présentés, durant la période où la demande de paiement peut être faite, au garant/émetteur au lieu où l'engagement a été émis.

3. Le bénéficiaire, lorsqu'il demande le paiement, est réputé certifier que la demande n'est pas de mauvaise foi et qu'aucun des éléments visés aux alinéas a), b) ou c) du paragraphe 1 de l'article 19 n'est présent.

Article 16. Examen de la demande et des documents joints

1. Le garant/émetteur examine la demande et tous documents joints conformément à la norme de conduite mentionnée au paragraphe 1 de l'article 14. Lorsqu'il détermine si les engagements sont conformes en apparence aux termes et conditions de l'engagement et sont cohérents entre eux, le garant/émetteur tient dûment compte de la norme applicable de la pratique internationale en matière de garanties indépendantes ou de lettres de crédit stand-by.

2. Sauf disposition contraire de l'engagement ou convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, le garant/émetteur dispose d'un délai raisonnable, mais d'un maximum de sept jours ouvrables suivant le jour de la réception de la demande et de tous documents joints :

- a) pour examiner la demande et tous documents joints;
- b) pour décider de payer ou non; et
- c) s'il décide de ne pas payer, pour émettre un avis en ce sens à l'intention du bénéficiaire.

Sauf disposition contraire de l'engagement ou convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, l'avis mentionné à l'alinéa c) ci-dessous est adressé par télétransmission ou, si cela est possible, par tout autre moyen rapide et il est motivé.

Article 17. Paiement

1. Sous réserve des dispositions de l'article 19, le garant/émetteur effectue le paiement en cas de demande conforme aux dispositions de l'article 15. Après qu'il a été déterminé que la demande de paiement est conforme auxdites dispositions, le paiement est effectué promptement, à moins que l'engagement ne prévoie un paiement différé, auquel cas le paiement est effectué à la date stipulée.

2. Tout paiement comme suite à une demande qui n'est pas conforme aux dispositions de l'article 15 est sans préjudice des droits du donneur d'ordre.

Article 18. Compensation

Sauf disposition contraire de l'engagement ou convention contraire entre le garant/émetteur et le bénéficiaire, le garant/émetteur peut s'acquitter de l'obligation de paiement résultant de l'engagement en se prévalant d'un droit à compensation, sauf s'il invoque une créance qui lui a été cédée par le donneur d'ordre ou la partie ordonnatrice.

Article 19. Exception à l'obligation de paiement

1. S'il est clair et patent :

- a) qu'un document n'est pas authentique ou a été falsifié;
- b) qu'aucun paiement n'est dû sur la base des motifs invoqués dans la demande et des documents joints; ou
- c) qu'en égard au type et à l'objet de l'engagement, la demande n'a pas de justification concevable,

le garant/émetteur, agissant de bonne foi, a le droit, à l'encontre du bénéficiaire, de s'abstenir de payer.

2. Pour l'application de l'alinéa c) du paragraphe 1 du présent article, les situations dans lesquelles une demande n'a pas de justification concevable sont notamment les suivantes :

- a) l'éventualité ou le risque contre lequel l'engagement est supposé protéger le bénéficiaire ne se sont indubitablement pas matérialisés;
- b) l'obligation sous-jacente du donneur d'ordre a été déclarée invalide par un tribunal ou un tribunal arbitral, sauf s'il est indiqué dans l'engagement que cette éventualité relève du risque que l'engagement devait couvrir;
- c) l'obligation sous-jacente a indubitablement été acquittée à la satisfaction du bénéficiaire;
- d) il apparaît clairement que l'exécution de l'obligation sous-jacente a été empêchée du fait d'une faute intentionnelle du bénéficiaire;

e) dans le cas d'une demande de paiement d'une contre-garantie, le bénéficiaire de la contre-garantie a payé de mauvaise foi en tant que garant/émetteur de l'engagement auquel se rapporte la contre-garantie.

3. Dans les circonstances énoncées aux alinéas a), b) ou c) du paragraphe 1 du présent article, le donneur d'ordre a vocation à obtenir des mesures judiciaires provisoires en application de l'article 20.

CHAPITRE V. MESURES JUDICIAIRES PROVISOIRES

Article 20. Mesures judiciaires provisoires

1. Lorsque, sur requête du donneur d'ordre ou de la partie ordonnatrice, il apparaît qu'il y a une forte probabilité que, en ce qui concerne une demande présentée ou susceptible d'être présentée par le bénéficiaire, il existe une des circonstances visées aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 1 de l'article 19, le tribunal peut, sur la base d'éléments de preuve sérieux immédiatement disponibles :

a) prononcer une mesure provisoire ou conservatoire tendant à ce que le bénéficiaire ne reçoive pas le paiement, y compris une mesure tendant à ce que le garant/émetteur retienne le montant de l'engagement; ou

b) prononcer une mesure provisoire ou conservatoire tendant à ce que le produit de la garantie payé au bénéficiaire soit bloqué,

en prenant en considération le risque de préjudice grave que le donneur d'ordre courrait à défaut d'une telle mesure.

2. Lorsqu'il prononce une mesure provisoire ou conservatoire visée au paragraphe 1 du présent article, le tribunal peut demander au requérant de fournir la forme de garantie qu'il jugera appropriée.

3. Le tribunal ne peut prononcer une mesure provisoire ou conservatoire du type visé au paragraphe 1 du présent article pour toute raison autre que celles visées aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 1 de l'article 19 ou l'utilisation de l'engagement à des fins délictueuses.

CHAPITRE VI. CONFLIT DE LOIS

Article 21. Choix de la loi applicable

L'engagement est régi par la loi dont le choix est :

a) stipulé dans l'engagement ou démontré par les termes et conditions de l'engagement; ou

b) convenu par ailleurs par le garant/émetteur et le bénéficiaire.

Article 22. Détermination de la loi applicable

A défaut de choix d'une loi conformément à l'article 21, l'engagement est régi par la loi de l'Etat dans lequel le garant/émetteur a l'établissement où l'engagement a été émis.

CHAPITRE VII. CLAUSES FINALES

Article 23. Dépositaire

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

Article 24. Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion

1. La présente Convention sera ouverte à la signature de tous les Etats au Siège de l'Organisation des Nations Unies, à New York, jusqu'au ... [date suivant de deux ans la date d'adoption].
2. La présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les Etats signataires.
3. La présente Convention sera ouverte à l'adhésion de tous les Etats non signataires à partir de la date à laquelle elle sera ouverte à la signature.
4. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion seront déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Article 25. Application aux unités territoriales

1. Tout Etat qui comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent dans les matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou plusieurs d'entre elles et pourra à tout moment remplacer cette déclaration par une nouvelle déclaration.
2. Ces déclarations désigneront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.
3. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention ne s'applique pas à toutes les unités territoriales d'un Etat et si l'établissement du garant/émetteur ou du bénéficiaire est situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention ne s'applique pas, cet établissement ne sera pas considéré comme étant situé dans un Etat contractant.
4. Si un Etat ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet Etat.

Article 26. Effet des déclarations

1. Les déclarations faites en vertu des dispositions de l'article 25 lors de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.
2. Les déclarations et la confirmation des déclarations seront faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.
3. Les déclarations prendront effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'Etat déclarant. Cependant, les déclarations dont le dépositaire aura reçu notification formelle après cette date prendront

effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de leur réception par le dépositaire.

4. Tout Etat qui fait une déclaration en vertu de l'article 25 peut à tout moment la retirer par une notification formelle adressée par écrit au dépositaire. Ce retrait prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'une période de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

Article 27. Réserves

Aucune réserve à la présente Convention n'est autorisée.

Article 28. Entrée en vigueur

1. La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date du dépôt du cinquième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

2. Pour tout Etat qui deviendra Etat contractant à la présente Convention après la date du dépôt du cinquième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date du dépôt de l'instrument approprié au nom dudit Etat.

3. La présente Convention s'appliquera uniquement aux engagements conclus à la date de son entrée en vigueur ou après cette date à l'égard de l'Etat contractant visé à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article premier ou de l'Etat contractant visé à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier.

Article 29. Dénonciation

1. Tout Etat contractant peut à tout moment dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au dépositaire.

2. La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question à compter de la date de réception de la notification.

FAIT à, le, en un seul original, dont les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe sont également authentiques.

EN FOI DE QUOI les plénipotentiaires soussignés, dûment autorisés par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention.

ANNEXE II

[Original : Anglais/arabe/chinois/
espagnol/français/russe]

PROJET DE LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR CERTAINS ASPECTS JURIDIQUES DE L'ÉCHANGE
DE DONNEES INFORMATISEES (EDI) ET DES MOYENS CONNEXES
DE COMMUNICATION DES DONNEES

Première partie : Texte des articles premier et 3 à 11 résultant
des travaux de la Commission à sa vingt-huitième session

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GENERALES*

Article premier. Champ d'application**

La présente Loi s'applique à tout type d'information revêtant la forme d'un message de données utilisé dans le contexte d'activités commerciales***.****

* La présente Loi ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger les consommateurs.

** La Commission propose le texte suivant aux Etats qui souhaiteraient limiter l'applicabilité de la présente Loi aux messages de données internationaux :

La présente Loi s'applique à un message de données tel qu'il est défini au paragraphe 1 de l'article 2, lorsque ledit message de données se rattache au commerce international.

*** Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes : toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs, ingénierie, licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

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

La présente Loi s'applique à tout type d'information revêtant la forme d'un message de données [utilisé dans le contexte de ...] [sauf dans les situations suivantes : ...].

Article 3. Interprétation

1. Pour l'interprétation de la présente Loi, il sera tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et d'assurer le respect de la bonne foi.
2. Les questions concernant les matières régies par la présente Loi et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire.

CHAPITRE II. APPLICATION DES EXIGENCES LEGALES AUX MESSAGES DE DONNEES

Article 4. Reconnaissance juridique des messages de données

La valeur légale, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas refusées au seul motif qu'elle est présentée sous la forme d'un message de données.

Article 5. Ecrit

1. Lorsqu'une règle de droit exige qu'une information soit par écrit ou soit présentée par écrit, ou prévoit certaines conséquences si elle ne l'est pas, un message de données est conforme à cette exigence si cette information est accessible de manière à pouvoir être consultée ultérieurement.
2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].

Article 6. Signature

1. Lorsqu'une règle de droit exige une signature ou prévoit certaines conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données :

a) si une méthode est utilisée pour identifier l'initiateur du message de données et pour indiquer que cette personne approuve l'information qu'il contient; et

b) si cette méthode est aussi fiable que cela était approprié au vu de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris tout accord entre l'initiateur et le destinataire du message de données.

2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].

Article 7. Original

1. Lorsqu'une règle de droit exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, ou prévoit certaines conséquences si elle ne l'est pas, un message de données est conforme à cette exigence :

a) s'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre; et

b) si, lorsqu'il est exigé que l'information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée.

2. Si une question est soulevée quant au point de savoir si les conditions énoncées à l'alinéa a) du paragraphe 1 du présent article ont été respectées :

a) Les critères utilisés pour apprécier l'intégrité consistent à déterminer si l'information est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant durant le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition; et

b) La norme de fiabilité requise doit être appréciée compte tenu de la fin pour laquelle l'information a été créée et de toutes les circonstances y afférentes.

3. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].

Article 8. Admissibilité et force probante d'un message de données

1. Dans toute procédure légale, aucune disposition relative aux règles de preuve ne sera appliquée afin d'empêcher l'admission en preuve d'un message de données :

a) Au motif qu'il s'agit d'un message de données; ou,

b) S'il s'agit de la meilleure preuve que la personne qui la présente peut raisonnablement escompter obtenir, au motif qu'il n'est pas sous sa forme originale.

2. Une information sous la forme d'un message de données se voit dûment accorder force probante. Lors de l'évaluation de la force probante d'un message de données, il est tenu compte de la fiabilité du mode de création, de conservation ou de communication du message de données, de la fiabilité du mode de préservation de l'intégrité de l'information, de la manière dont l'initiateur a été identifié et de tout autre facteur pertinent.

Article 9. Conservation des messages de données

1. Lorsqu'une règle de droit exige que certains documents, enregistrements ou informations soient conservés, cette exigence est satisfaite si des messages de données sont conservés, étant entendu que les conditions suivantes doivent être remplies :

a) l'information que contient le message de données est accessible de manière à pouvoir être consultée ultérieurement;

b) le message de données est conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, transmis ou reçu ou sous une forme dont il peut être démontré qu'elle représente avec précision les informations créées, transmises ou reçues; et

c) sont conservées, s'il en existe, les informations qui permettent de déterminer l'origine et la destination du message de données, ainsi que la date et l'heure de la transmission ou de la réception.

2. L'obligation de conserver des documents, enregistrements ou informations conformément au paragraphe 1 ci-dessus ne s'étend pas à toute information dont le seul objet est de permettre la transmission ou la réception du message.

3. Une personne peut satisfaire à l'exigence mentionnée au paragraphe 1 ci-dessus en recourant aux services de toute autre personne, étant entendu que les conditions énoncées aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 1 ci-dessus doivent être remplies.

CHAPITRE III. COMMUNICATION DE MESSAGES DE DONNEES

Article 10. Dérogation conventionnelle

1. Pour ce qui est des relations entre les parties créant, stockant, communiquant, recevant ou traitant de toute autre manière des messages de données et sauf disposition contraire, les dispositions du présent chapitre peuvent être modifiées par convention.

2. Le paragraphe 1 du présent article ne porte atteinte à aucun droit éventuel de modifier par convention toute règle de droit mentionnée au chapitre II.

Article 11. Attribution des messages de données

1. Un message de données émane de l'initiateur s'il a été communiqué par l'initiateur lui-même.

2. En ce qui concerne la relation entre l'initiateur et le destinataire, un message de données est réputé émaner de l'initiateur s'il a été communiqué par une personne qui avait le pouvoir d'agir au nom de l'initiateur pour ce qui est du message de données.

3. En ce qui concerne la relation entre l'initiateur et le destinataire, un destinataire est en droit de considérer un message de données comme émanant de l'initiateur et d'agir en conséquence si :

a) en vue de s'assurer que le message de données émanait de l'initiateur, le destinataire a appliqué de manière appropriée une procédure à cet effet, qui :

i) avait été précédemment convenue par l'initiateur; ou

ii) était raisonnable compte tenu des circonstances; ou

b) le message de données tel qu'il a été reçu par le destinataire résulte d'actions d'une personne dont la relation avec l'initiateur ou tout agent de l'initiateur lui a permis d'avoir accès à une méthode utilisée par l'initiateur pour identifier les messages de données comme émanant de lui.

4. Le paragraphe 3 n'est pas applicable :

a) après que le destinataire a été avisé par l'initiateur dans un délai raisonnable que le message de données n'émanait pas de l'initiateur; ou

b) dans un cas relevant de l'alinéa a) ii) ou de l'alinéa b) du paragraphe 3, lorsque le destinataire savait, ou aurait dû savoir, s'il avait exercé un soin raisonnable ou utilisé toute procédure convenue, que le message de données n'émanait pas de l'initiateur.

5. Lorsqu'un message de données émane ou est réputé émaner de l'initiateur, ou lorsque le destinataire est en droit d'agir en conséquence, le destinataire est alors, dans sa relation avec l'initiateur, en droit de considérer la teneur du message de données telle qu'elle a été reçue comme étant celle que l'initiateur se proposait de lui transmettre, et d'agir en conséquence. Le destinataire n'est pas en droit d'agir ainsi s'il savait, ou aurait dû savoir, s'il avait exercé un soin raisonnable ou utilisé toute procédure convenue, que la transmission avait entraîné une erreur dans la teneur du message de données tel qu'il avait été reçu.

[6. Le destinataire est habilité à considérer chaque message de données reçu comme un message de données distinct et d'agir en conséquence, à moins que le message ne reproduise la teneur d'un autre message de données et que le destinataire ne sache ou n'eût dû savoir, s'il avait exercé un soin raisonnable ou utilisé toute procédure convenue, qu'il s'agissait d'une duplication et non de la transmission d'un message de données distinct.]

Deuxième partie. Texte des articles 2 et 12 à 14 résultant
des travaux du Groupe de travail sur les échanges de données
informatisées à sa vingt-huitième session

(Le texte de ces articles n'a pas été examiné par la Commission
à sa vingt-huitième session)

Article 2. Définitions

Aux fins de la présente Loi :

a) Le terme "message de données" désigne une information créée, conservée ou communiquée par des moyens électroniques ou optiques ou par des moyens analogues, y compris l'échange de données informatisées (EDI), le courrier électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie;

b) Le terme "échange de données informatisées (EDI)" désigne le transfert électronique d'ordinateur à ordinateur d'une information par l'utilisation d'une norme convenue pour structurer l'information;

c) Le terme "initiateur" d'un message de données désigne une personne par laquelle, ou au nom de laquelle, le message de données est présumé avoir été créé, conservé ou communiqué, mais il n'inclut pas une personne agissant en tant qu'intermédiaire pour ce qui est dudit message de données;

d) Le terme "destinataire" d'un message de données désigne une personne qui est supposée, selon l'intention de l'initiateur, recevoir le message de données, mais il n'inclut pas une personne agissant en tant qu'intermédiaire pour ce qui est dudit message de données;

e) Le terme "intermédiaire", pour ce qui est d'un message de données particulier, désigne une personne qui, au nom d'une autre personne, reçoit, transmet ou conserve ledit message de données ou fournit d'autres services pour ce qui est dudit message de données;

f) Le terme "système d'information" désigne [un système] [un ensemble de moyens techniques] utilisé pour créer, transmettre, recevoir ou conserver des informations dans un message de données.

Article 12. Accusé de réception

1. Le présent article s'applique lorsque, au moment de l'expédition d'un message de données ou avant cette expédition, ou au moyen dudit message de données, l'initiateur a demandé un accusé de réception.

2. Si l'initiateur n'a pas demandé que l'accusé de réception prenne une forme particulière, la demande d'accusé de réception peut être satisfaite par toute communication ou tout acte du destinataire suffisant pour indiquer à l'initiateur que le message de données a été reçu.

3. Si l'initiateur a déclaré que le message de données est subordonné à la réception d'un accusé de réception, le message de données est sans effet juridique tant que l'accusé de réception n'a pas été reçu.

4. Si l'initiateur n'a pas déclaré que le message de données est subordonné à la réception d'un accusé de réception et que l'accusé de réception n'a pas été reçu par l'initiateur dans le délai spécifié ou convenu ou, lorsqu'aucun délai n'a été spécifié ou convenu, dans un délai raisonnable :

a) l'initiateur peut aviser le destinataire qu'aucun accusé de réception n'a été reçu et spécifier un délai, qui doit être raisonnable, dans lequel l'accusé de réception doit être reçu; et

b) si l'accusé de réception n'est pas reçu dans le délai spécifié à l'alinéa a) ci-dessus, l'initiateur peut, sur notification adressée au destinataire, considérer que le message de données n'a jamais été transmis, ou exercer tout autre droit qu'il peut avoir.

5. Lorsque l'initiateur reçoit un accusé de réception, il est présumé que le message de données en question a été reçu par le destinataire. Lorsque l'accusé de réception qui a été reçu indique que le message de données en question est conforme aux conditions techniques, soit convenues, soit fixées dans les normes applicables, il est présumé que ces conditions ont été remplies.

Article 13. Formation et validité des contrats

1. Dans le contexte de la formation des contrats, sauf convention contraire des parties, une offre et l'acceptation d'une offre peuvent être exprimées au moyen d'un message de données. Lorsqu'un message de données est utilisé pour la formation d'un contrat, la validité ou la force exécutoire dudit contrat ne sont pas refusées pour le seul motif qu'un message de données a été utilisé à cette fin.

2. Les dispositions du présent article ne s'appliquent pas dans les situations suivantes : [...].

Article 14. Moment et lieu de l'expédition et de la réception d'un message de données

1. Sauf convention contraire entre l'initiateur et le destinataire d'un message de données, l'expédition d'un message de données intervient lorsqu'il entre dans un système d'information qui n'est pas sous le contrôle de l'initiateur.

2. Sauf convention contraire entre l'initiateur et le destinataire d'un message de données, le moment de la réception de message de données est déterminé comme suit :

a) si le destinataire a désigné un système d'information aux fins de la réception de message de données, la réception intervient au moment où le message de données entre dans le système d'information désigné, mais, si le message de données est envoyé à un système d'information du destinataire qui n'est pas le système d'information désigné, la réception intervient lorsque le message de données est retiré par le destinataire;

b) si le destinataire n'a pas désigné de système d'information, la réception intervient lorsque le message de données entre dans un système d'information du destinataire.

3. Les dispositions du paragraphe 2 s'appliquent même si le lieu où est situé le système d'information est différent du lieu où le message de données est reçu en application du paragraphe 4.

4. Sauf convention contraire entre l'initiateur et le destinataire de la transmission informatisée de message de données, le message de données est réputé avoir été reçu au lieu où le destinataire a son établissement et est réputé avoir été expédié du lieu où l'initiateur a son établissement. Aux fins du présent paragraphe :

a) si le destinataire ou l'initiateur a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec l'opération sous-jacente ou, en l'absence d'opération sous-jacente, l'établissement principal;

b) si le destinataire ou l'initiateur n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

5. Les dispositions du paragraphe 4 sont sans effet pour la détermination du lieu de réception ou d'expédition aux fins de toute loi en matière administrative ou pénale ou en matière de protection des données.

ANNEXE III

LISTE DES DOCUMENTS DONT LA COMMISSION ETAIT SAISIE
A SA VINGT-HUITIEME SESSION

A. Documents à distribution générale

- A/CN.9/404 Ordre du jour provisoire annoté et calendrier des séances de la vingt-huitième session
- A/CN.9/405 Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-deuxième session
- A/CN.9/406 Rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées sur les travaux de sa vingt-huitième session
- A/CN.9/407 Rapport du Groupe de travail sur les échanges de données informatisées sur les travaux de sa vingt-neuvième session
- A/CN.9/408 Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa vingt-troisième session
- A/CN.9/409
et Add.1 à 4 Projet de Loi type sur certains aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI) et des moyens connexes de communication des données : compilation des observations des gouvernements et des organisations internationales
- A/CN.9/410 Arbitrage commercial international : projet d'aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales
- A/CN.9/411 Projet de Convention sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by
- A/CN.9/412 La cession dans le cadre du financement par cession de créance : examen et avant-projet de règles uniformes
- A/CN.9/413 Aspects transnationaux de l'insolvabilité : rapport sur le Colloque judiciaire CNUDCI-INSOL relatif aux aspects transnationaux de l'insolvabilité
- A/CN.9/414 Travaux futurs possibles : projets de construction-exploitation-transfert
- A/CN.9/415 Formation et assistance technique
- A/CN.9/416 Etat des conventions
- A/CN.9/417 Bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI

B. Documents à distribution restreinte

- A/CN.9/XXVIII/CRP.1 Projet de rapport de la Commission des Nations Unies
pour le droit
et Add.1 à 22 commercial international sur les travaux de sa vingt-
huitième session
- A/CN.9/XXVIII/CRP.2 Rapport du Groupe de rédaction
et Add.1 à 5
- A/CN.9/XXVIII/CRP.3 Propositions relatives à l'article 19
- A/CN.9/XXVIII/CRP.4 Projet de rapport de la Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international sur les
travaux de sa vingt-huitième session : Projet de
Convention sur les garanties indépendantes et les
lettres de crédit stand-by : Décision de la
Commission et recommandation à l'Assemblée générale
- A/CN.9/XXVIII/CRP.5 Rapport du Groupe de rédaction
et Add.1 et 2
- A/CN.9/XXVIII/CRP.6 Projet de Loi type de la CNUDCI sur certains aspects
juridiques de l'échange de données informatisées
(EDI) et des moyens connexes de communication des
données : proposition du Royaume-Uni tendant à
modifier l'article 11
- A/CN.9/XXVIII/CRP.7 Projet de Loi type de la CNUDCI sur certains aspects
juridiques de l'échange de données informatisées
(EDI) et des moyens connexes de communication des
données : proposition de l'Australie, des Etats-Unis
d'Amérique et du Royaume-Uni tendant à modifier
l'article 11

C. Documents d'information

- A/CN.9/XXVIII/INF.1 Liste provisoire des participants
- A/CN.9/XXVIII/INF.1/Rev.1 Liste des participants