



Assemblée générale

Distr.: Générale
9 avril 2003

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-sixième session
Vienne, 30 juin-11 juillet 2003

Travaux futurs possibles sur la fraude commerciale

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-4	2
II. L'étendue de la fraude commerciale	5-11	3
III. La nature de la fraude commerciale	12-26	5
IV. La fraude commerciale vue sous l'angle du droit commercial	27-63	9
A. Recours	33-41	10
B. Mesures provisoires ou conservatoires ou saisie de fonds	42-44	11
C. Répartition du risque	45-46	11
D. Tiers innocents lésés	47-48	12
E. Dissuasion et éducation	49-50	12
F. Le rôle des professionnels	51-52	12
G. Tiers intermédiaires	53	13
H. Confidentialité des données	54	13
I. Commerce électronique et cybercriminalité	55-60	13
J. Insolvabilité	61-63	14
V. Recommandations à la Commission	64-70	15
A. Colloque international	65-67	15
B. Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée	68	16
C. Accent placé, dans les futurs travaux, sur les dimensions frauduleuses des activités commerciales	69-70	16



I. Introduction

1. À sa trente-cinquième session en 2002, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a examiné une proposition tendant à ce que le secrétariat réalise, pour examen par la Commission à une session ultérieure, une étude des pratiques financières et commerciales frauduleuses dans divers secteurs du commerce et des finances¹.

2. À cette session, la Commission a été informée que les pratiques frauduleuses, qui revêtaient généralement un caractère international, avaient des conséquences économiques très graves pour le commerce mondial et des incidences négatives sur les instruments commerciaux légitimes. On a noté que les fraudes se multipliaient, en particulier depuis l'arrivée de l'Internet qui offrait de nouvelles possibilités aux fraudeurs. On a fait observer que la fraude commerciale et financière avait notamment pour conséquences: 1) de porter atteinte aux instruments commerciaux légitimes; 2) de détourner des organisations internationales de leur finalité; 3) de saper la confiance dans les mécanismes internationaux de virement; et 4) d'augmenter le coût du commerce international. Il a été souligné que les autorités s'étaient heurtées à de graves et nombreuses difficultés pour combattre ces pratiques. On a émis l'avis que la Commission bénéficiait à la fois des points de vue des gouvernements et de compétences internationalement reconnues dans le domaine du commerce international et avait une longue tradition de coopération avec des organisations internationales du secteur privé et de collaboration avec des experts internationaux renommés. Elle était également bien placée pour apprécier le fonctionnement des institutions commerciales et financières dont la coopération était essentielle, et nombre de pratiques frauduleuses faisaient intervenir des questions qui étaient expressément traitées dans des textes élaborés par la Commission. Il a été proposé que la Commission demande au secrétariat de réaliser une étude sur les pratiques financières et commerciales frauduleuses dans divers secteurs commerciaux et financiers afin de décrire la façon dont les risques liés aux types de fraude les plus courants influaient sur la valeur des engagements contractuels et financiers².

3. À cette session, la Commission a noté que les gouvernements étaient très soucieux de prendre des mesures pour faire face au problème de plus en plus grave que constituait la fraude financière et commerciale, et que cette fraude sapait la confiance dans les mécanismes commerciaux, financiers et d'investissement et avait un effet déstabilisateur sur les marchés. Il a été reconnu que les entités commerciales des pays en développement étaient particulièrement vulnérables car elles n'avaient qu'une expérience limitée des instruments du commerce international, et qu'il leur serait donc utile de recevoir des informations et des conseils sur la façon d'éviter d'être victimes de fraudes. Les travaux de la Commission aideraient également les États et les organisations intergouvernementales et non gouvernementales à se doter de régimes de droit privé à caractère législatif et non législatif mieux adaptés pour assurer la prévention des pratiques frauduleuses. Après un débat, il a été convenu qu'il serait utile d'élaborer l'étude proposée en vue de son examen par la Commission, sans que cela n'engage

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 279 à 290.

² *Ibid.*, par. 279 à 285.

pour l'instant celle-ci à prendre quelque mesure que ce soit sur la base de cette étude, et étant entendu que ces travaux ne devraient être entrepris que dans la mesure où il ne faudrait pas y consacrer des ressources nécessaires à d'autres projets inscrits à l'ordre du jour de la Commission³. Sur cette base, le secrétariat a convoqué du 2 au 4 décembre 2002 à Vienne (Autriche) au siège de la Commission une réunion d'experts afin que ceux-ci examinent la question et l'aident à élaborer la présente note à l'intention de la Commission⁴.

4. La présente note a été établie en suivant les instructions de la Commission. Elle examine l'impact et l'importance de la fraude commerciale, la signification et la nature de celle-ci, les questions générales de droit commercial sur lesquelles la fraude commerciale a une incidence, et ce qui pourrait être fait par la Commission.

II. L'étendue de la fraude commerciale

5. La fraude commerciale est un phénomène social et politique qui, ces dernières années, est devenu un grave problème international. On ne dispose pas de chiffres précis concernant les pertes qu'elle entraîne, mais d'après les estimations des experts et des données empiriques, elle grève sérieusement le commerce international, et les pertes pourraient encore s'alourdir.

6. Les chiffres dont on dispose sont principalement tirés des recueils de jurisprudence civile et pénale. D'après ces chiffres, les pertes directes s'élèveraient à des milliards de dollars des États-Unis par an⁵. Les difficultés pour calculer le montant exact des pertes sont les suivantes:

³ Ibid., par. 287 et 290.

⁴ Le secrétariat tient à remercier l'Institute of International Banking Law and Practice et son directeur, M. James E. Byrne, pour les documents que l'Institut a établi à l'intention de la réunion d'experts.

⁵ Dans une affaire de fraude en matière de prêt et de lettre de crédit touchant le Royaume-Uni, la République tchèque et l'Autriche, l'affaire *Komerční Banka AS v. Stone and Rolls Ltd.* [Queen's Bench Division (Commercial Court) [2002] EWHC 2263 (Comm), [2002] All ER (D) 239 (Nov)], les pertes sont estimées à 400 millions de dollars des États-Unis. Cette affaire est citée à titre d'exemple, mais n'est pas un cas isolé. Par exemple, dans l'affaire *Nissho Iwai v. Korea First Bank*, n° 147/2002 (NY Ct. App. 2002) [US], touchant la Corée, les États-Unis d'Amérique et le Japon, des pertes s'élevant à 75 millions de dollars des États-Unis ont été subies du fait d'incitations frauduleuses qui ont amené une banque à émettre une lettre de crédit d'un montant supérieur à celui voulu par la banque. Dans l'affaire *Malaysian International Trading Corp. v. Interamerica Asia Pte. Ltd.* 2002-4 SLR 537, 2002 SLR LEXIS 156 [Singapour], 75,1 millions de dollars des États-Unis ont été perdus à l'occasion de la vente d'oléine d'huile de palme. Dans la série d'affaires de fraude impliquant Solo Industries, 300 millions de dollars ont été perdus (Andy Holder, "des pertes s'élevant à 300 millions de dollars montrent à quel point il importe de faire preuve de la diligence voulue" *Commercial Crime International*, février 2000, 1, 6-7), et des banques ont perdu 600 millions de dollars des États-Unis dans une affaire de fraude dans laquelle était impliquée la société d'import-export de métaux RBG Resources (*Documentary Credit World*, juin 2002, 6-7). On peut trouver de nombreux exemples analogues dans les recueils de jurisprudence civile et pénale. Dans une autre affaire, plus de 6 billions de dollars de faux bons du trésor des États-Unis ont été saisis récemment en Europe et en Asie. Ces bons sont vendus en grand nombre et même "échangés" dans le monde entier alors qu'ils n'ont pas été émis par les autorités fédérales des États-Unis et qu'ils n'ont aucune valeur. Ces exemples ont été choisis au hasard pour illustrer l'ampleur du problème.

a) Deux d'entre elles tiennent au fait que les pertes ne coïncident généralement pas avec une année civile et qu'il est difficile d'établir la distinction entre les affaires de fraude commerciale, de tromperie du consommateur et d'autres types d'activités analogues. Néanmoins, les tentatives qui ont été faites viennent étayer les estimations données ci-dessus. Pour un type particulier de fraude commerciale, qui consiste à faire miroiter des rendements très élevés ou à exploiter abusivement le renom de certaines banques (voir ci-après, par. 25), les pertes au niveau international s'élèveraient, selon des estimations prudentes, à 1 milliard de dollars des États-Unis par an⁶. Utilisant une autre unité de mesure, la Chambre de commerce internationale – Autriche (CCI Autriche) estime que les pertes dues à la fraude commerciale ne serait-ce qu'en Autriche représentent l'équivalent de 100 000 emplois par an⁷;

b) Une autre difficulté tient au fait que viennent s'ajouter au montant effectif des pertes des coûts indirects tels que le coût des enquêtes et des poursuites, les coûts de recouvrement et l'impact des pertes sur le marché de l'emploi et sur les entreprises. Ces pertes sont difficiles à mesurer ou à estimer dans les cas d'espèce, et encore plus globalement;

c) Une difficulté encore plus grande tient au fait que, d'après les observateurs avertis, le nombre de cas et le montant des pertes signalés sont bien inférieurs au nombre de cas et au montant des pertes non signalés⁸. De nombreuses victimes de la fraude commerciale hésitent à signaler leurs pertes parce qu'elles en ont honte, par peur de révéler des informations défavorables à leurs concurrents ou aux prêteurs, ou parce qu'elles estiment qu'elles ne pourront rien récupérer ou qu'il y a disproportion entre le montant qu'elles pourraient récupérer et le temps et l'énergie qu'il leur faudrait consacrer à une action en réparation. Un autre motif d'hésitation peut être, dans certains États, le fait que le système de justice pénale ne dispose que de ressources limitées et n'est pas capable de poursuivre efficacement les infractions commerciales.

7. Malgré l'absence de données statistiques précises, l'on peut affirmer sans grand risque de se tromper que la fraude commerciale a atteint des proportions épidémiques. Outre son potentiel de progression, l'émergence d'une économie mondiale reposant sur l'informatique et les télécommunications a ouvert de nombreuses possibilités à la fraude commerciale. Les escrocs ont déployé des trésors d'ingéniosité pour rendre leurs combines plus souples et plus attrayantes mais aussi plus difficiles à détecter et à poursuivre.

8. En outre, un faisceau d'indices donne à penser que des éléments criminels organisés ont réalisé les profits qui pouvaient être tirés de la fraude commerciale en

⁶ James E. Byrne, *The Myth of Prime Bank Investment Scams* (Institute of International Banking Law & Practice, 2002), 297 p. 12.

⁷ Pour arriver à ce chiffre, on a estimé qu'un emploi correspond en moyenne à 100 000 euros et que le montant estimatif des fraudes à l'investissement s'élève à 3 milliards d'euros, celui des fraudes à l'import-export à 1,5 milliard d'euros, celui des fraudes en matière de financement de projets à 1 milliard d'euros, celui des fraudes au sein des sociétés à 3 milliards d'euros, celui de la corruption à 3 milliards d'euros, celui de l'espionnage à 1,5 milliard d'euros, et celui des vols à l'étalage à 700 millions d'euros. Cette estimation montre également combien il est difficile de définir la fraude commerciale à partir d'un ensemble de questions hétérogène et d'un type particulier d'activités.

⁸ D'après la CCI Autriche, de 5 à 10 % seulement des pertes sont signalées.

prenant des risques relativement faibles et ont commencé à investir ce créneau. De ce fait, et en raison de ses capacités de perturbation des économies, la fraude commerciale peut être une avenue du terrorisme mondial.

9. La menace que fait peser la fraude commerciale va bien au-delà des pertes directes et indirectes subies individuellement par les victimes, aussi importantes que soient celles-ci. La fraude commerciale peut porter atteinte à la réputation des entreprises et déstabiliser des branches d'activités, des régions, le système bancaire international, les marchés financiers, les instruments du commerce international, les échanges internationaux, et même des nations. À l'heure qu'il est, elle a déjà eu de graves conséquences pour certains petits pays en développement et, si rien n'est fait pour l'arrêter, elle pourrait menacer d'autres pays.

10. Les causes sous-jacentes de cette croissance de la fraude commerciale sont multiples: les progrès technologiques et la mondialisation du commerce, y compris l'internationalisation des banques et de la finance, notamment. Le commerce international se prête particulièrement bien à la fraude commerciale car il permet aux escrocs de tirer parti, d'une part, des lacunes que présentent les systèmes internationaux conçus pour des intérêts commerciaux agissant de bonne foi et, d'autre part, des difficultés que posent les actions civiles ou pénales comportant un élément d'internationalité. De plus, les systèmes bancaires et les systèmes de transport actuels demeurent, que ce soit au plan du droit ou de la pratique, en retard par rapport aux réalités du commerce moderne et procèdent au coup par coup au lieu de réaliser des réformes fondamentales. Les mesures temporaires qui en résultent favorisent la fraude.

11. S'il serait utile de produire des statistiques concernant l'étendue de la fraude commerciale et si un tel travail doit être encouragé, on a une idée suffisante de l'ampleur et de l'impact de celle-ci pour conclure qu'il s'agit d'un problème international suffisamment grave pour justifier que les gouvernements et la communauté commerciale cherchent à le cerner et à trouver les moyens d'une action concertée.

III. La nature de la fraude commerciale

12. Il n'est ni possible ni nécessaire de définir avec précision la fraude commerciale. Aux fins de la présente note, elle peut être définie comme les comportements commerciaux qui s'écartent notablement de la gamme de normes commerciales acceptables et détournent des formes commerciales légitimes pour en faire une utilisation illicite. Elle peut avoir des conséquences aux plans civil, réglementaire ou pénal et aussi toucher à des questions qui relèvent plutôt du droit de la consommation.

13. La fraude commerciale n'implique pas nécessairement des actes et, dans certaines situations, elle peut naître de silences ou d'omissions trompeuses et de manquements à une obligation de divulgation, soit légale soit se déduisant des usages commerciaux, ou encore de divulgations ou de déclarations partielles.

14. Le comportement constitutif de fraude commerciale peut ressembler à des concepts juridiques généraux, comme la faute quasi délictuelle ou la faute délictuelle, ou donner lieu à des poursuites sur le fondement de ces concepts. Si un

comportement négligent ne serait pas en lui-même constitutif de fraude commerciale, une extrême imprudence ou le mépris des normes de comportement commercial minimales ressemblerait étrangement à celle-ci. Dans certains systèmes, des comportements qui seraient constitutifs de fraude commerciale peuvent aussi donner lieu à des poursuites du chef de fautes délictuelles comme la fourniture de fausses informations ou le dol.

15. Il règne un certain flou quant à ce qui permet de conclure à l'existence d'une fraude commerciale. Pour certains, l'élément décisif est l'intention frauduleuse de l'auteur. Si cette approche se vérifie dans de nombreux cas de fraude commerciale, elle est moins utile dans les situations tangentes où l'intention est en fait implicite. Pour d'autres, la fraude commerciale est synonyme d'absence de bonne foi, mais l'utilité de ce critère dépendra du sens donné et de la portée accordée à la notion de bonne foi. On peut dire, en revanche, que la mauvaise foi serait dans tous les cas un élément constitutif de la fraude commerciale, mais ce concept n'est pas universellement usité et il est rarement défini avec précision. Vu l'imprécision du concept d'absence de bonne foi, celui-ci sert parfois d'explication justifiant une conclusion comme quoi il y a eu fraude commerciale plutôt que d'élément permettant de déduire la présence d'une telle fraude, en particulier dans les situations tangentes.

16. S'il n'y a pas de typologie communément admise de la fraude commerciale, il existe des schémas de fraude commerciale généralement reconnus qui sont utiles pour identifier celle-ci et pour illustrer les problèmes qui se posent lorsqu'on cherche à la distinguer d'autres phénomènes analogues.

17. Il est courant, dans les pratiques de fraude commerciale, de tirer parti du caractère international d'une opération et 1) d'utiliser abusivement des instruments du commerce international; 2) de s'appuyer sur les systèmes bancaires et de paiement internationaux ou de les utiliser; et 3) de faire appel à la collaboration de plusieurs personnes qui semblent agir indépendamment.

18. Le plus grand défi pour le droit commercial est de distinguer la fraude commerciale de la violation de contrat ou d'obligation⁹. Cette dernière, si elle est passible de poursuites pouvant déboucher sur une condamnation au versement de dommages-intérêts, ne serait pas interprétée comme constituant une fraude commerciale. Sur ce point, le degré de déviation des normes commerciales acceptées revêt une importance considérable. Pour qu'il y ait fraude commerciale, il faut que l'on se soit nettement écarté des normes commerciales acceptables.

19. Par exemple, il est accepté que surviendront dans le cours des activités commerciales des situations dans lesquelles une partie se trouvera en violation d'une obligation contractuelle, laquelle violation pourrait en elle-même être interprétée comme une déviation des normes commerciales acceptées. Pour qu'on puisse ou non conclure qu'il y a eu fraude, tout dépendra de l'ampleur de la violation. Si la violation n'est pas intentionnelle, il n'y a pas fraude commerciale. Toutefois, si la violation est intentionnelle, la situation est moins claire. Par

⁹ Les actions en violation de contrat ou d'obligation peuvent également comporter des éléments de fraude, mais elles font partie des moyens prévus en cas de contravention au contrat par le droit des contrats ou par la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Le type de fraude commerciale visé dans la présente note correspond à des activités qui s'écartent notablement des normes commerciales.

exemple, si la qualité des marchandises ne correspond pas à celle prévue au contrat, il y a probablement violation de contrat et non pas fraude commerciale, même si la différence de qualité a été délibérément voulue par le vendeur. En cas de refus délibéré de livrer des marchandises afin d'obtenir un meilleur prix d'un autre acheteur, il est difficile de dire s'il y a ou non fraude commerciale. Un tel comportement est une violation de contrat autorisant dans la plupart des cas la résiliation, mais il ne serait généralement pas, à lui seul, considéré comme un cas de fraude commerciale. De même, un refus d'exécution de la part d'un acheteur souhaitant profiter d'un meilleur prix ne serait pas un comportement commercial acceptable et serait passible de dommages-intérêts, mais il ne serait généralement pas considéré comme une fraude commerciale. Le critère de l'ampleur de la déviation par rapport aux normes commerciales acceptables, même s'il est imprécis, offre dans la pratique un moyen de déterminer s'il y a eu fraude commerciale.

20. D'un autre côté, lorsque le vendeur expédie des marchandises qui n'ont absolument aucune valeur commerciale ou lorsque l'acheteur prend réception de marchandises et, sans aucune justification commerciale, s'abstient de payer, il est probable que l'on se trouve en présence d'une fraude commerciale. D'autres facteurs peuvent faire d'une violation de contrat non frauduleuse une fraude commerciale. Par exemple, en cas de fausse déclaration concernant la qualité des marchandises visant à cacher un vice tel que l'utilisation des marchandises entraînerait une violation des règlements sanitaires ou de sécurité, il se peut qu'il y ait fraude commerciale.

21. En outre, il peut y avoir fraude commerciale au sens général même en l'absence de violation des obligations contractuelles des parties à un contrat. Si l'on prend, par exemple, le cas de l'achat et de la vente d'un produit légal mais qui se trouve être contrôlé par des intérêts criminels qui parviennent à se le procurer sans payer les taxes locales, les contrats passés entre les acheteurs et les vendeurs pourront être licites et ne contenir aucune indication de fraude commerciale, mais toute la chaîne d'opérations constituera pour la communauté commerciale un cas de fraude commerciale dans la mesure où elle met les producteurs légitimes, qui eux paient les taxes locales, dans l'impossibilité d'offrir des prix aussi compétitifs. Même si aucune voie de recours n'est ouverte au civil, le blanchiment de marchandises obtenues en contravention à la loi est aussi préoccupant que le blanchiment d'argent.

22. Des titres représentatifs de marchandises émis à l'occasion du transport, de l'entreposage, de l'inspection ou d'autres aspects de la livraison ou de la production des marchandises sont souvent utilisés dans les opérations commerciales. Par "titre contrefait", on entend généralement un titre portant une signature contrefaite ou qui a été irrégulièrement altéré tandis qu'un faux est un titre qui a été purement et simplement illicitement fabriqué. Ces termes sont toutefois souvent utilisés de façon interchangeable. Les titres contrefaits ou les faux servent à la fraude commerciale, souvent même dans des situations où les marchandises elles-mêmes correspondent aux clauses du contrat passé entre l'acheteur et le vendeur. Par exemple, si des titres représentatifs de marchandises contrefaits sont utilisés à des fins de financement ou de paiement, la conformité effective des marchandises importe peu. En outre, lorsque des titres représentatifs de marchandises sont utilisés dans une opération commerciale, la production d'un titre contrefait ou d'un faux constitue une fraude

commerciale que la personne qui produit le titre ait ou non connaissance de son caractère frauduleux.

23. Lorsque des instruments financiers représentatifs d'engagements sont utilisés dans une opération commerciale, constituent également une fraude commerciale le recours à des manœuvres frauduleuses pour en obtenir l'émission, l'émission frauduleuse elle-même ou l'utilisation de tels instruments en contravention à la réglementation ou aux usages commerciaux de même que leur falsification, leur fabrication illicite ou leur altération.

24. Comme autres exemples de fraude commerciale, on peut citer:

a) L'utilisation dans une opération commerciale de titres, y compris de titres d'État, qui ont été frauduleusement obtenus, contrefaits ou illicitement fabriqués;

b) L'utilisation de titres représentatifs de marchandises, tels que des connaissements ou des récépissés d'entrepôt, comportant des indications sur les marchandises loin de correspondre aux marchandises effectivement expédiées ou portant sur des marchandises inexistantes, ou la falsification, la fabrication illicite ou l'altération de tels titres, ou encore la vente à plus d'un acheteur de la même cargaison (existante ou non existante) représentée par les titres;

c) Les fausses déclarations de sinistre ou les demandes frauduleuses d'indemnisation à une assurance;

d) L'obtention, ou la tentative d'obtention, d'un crédit auprès d'organismes financiers en l'absence de biens pouvant servir de garantie ou en dissimulant que les biens proposés en garantie sont déjà grevés de sûretés;

e) Le recours abusif à la procédure d'insolvabilité pour cacher ou transférer à l'avance des biens ou pour frauder les créanciers.

N'importe laquelle de ces fraudes commerciales peut être combinée avec d'autres types de fraude commerciale et peut survenir à tout stade de l'opération, du début des négociations jusqu'à l'exécution ou le paiement.

25. Outre ces actes, qui s'inscrivent dans des opérations légitimes, même s'ils sont détournés de leur finalité licite, il existe un type d'opérations qui singent les pratiques commerciales légitimes mais n'ont aucune dimension commerciale. Si elles peuvent varier dans leurs modalités, ces opérations ont pour dénominateur commun la promesse, en l'absence de tout risque, de revenus faramineux qui seraient, soi-disant, obtenus sur des marchés secrets. Les auteurs de ce type de fraude utilisent les instruments et les institutions du commerce international et du système bancaire pour amener leurs victimes à investir, et leur demandent parfois de chercher à convaincre d'autres investisseurs. Il arrive fréquemment qu'ils renvoient à leurs victimes une partie des fonds qu'elles ont elles-mêmes "investis" auprès d'eux en leur faisant croire qu'il s'agit du retour sur investissement promis.

26. Comme autres types de fraude totalement étrangère à toute opération légitime, on peut citer les pratiques consistant à demander à la victime de prêter son concours, d'avancer des fonds ou de communiquer ses coordonnées bancaires afin d'aider à sortir des fonds illicites d'un pays donné, la victime étant censée recevoir en contrepartie un pourcentage de ces fonds. Si ce sont en général des consommateurs qui sont victimes de ce type de manœuvre, de nombreuses

entreprises se sont aussi fait avoir. Un amalgame finissant par se faire entre ce type de fraude et certains pays, il devient difficile aux entreprises légitimes et aux citoyens honnêtes de ces pays de faire des affaires en tout bien tout honneur.

IV. La fraude commerciale vue sous l'angle du droit commercial

27. La fraude commerciale est souvent punissable en vertu du droit pénal. On observe en effet une pénalisation croissante des comportements frauduleux, ce qui fait que les systèmes civil et pénal se chevauchent de plus en plus. L'idée répandue selon laquelle la fraude commerciale relève uniquement du droit pénal méconnaît ou néglige donc les aspects et les incidences commerciaux de cette fraude. Dans la réalité, cependant, la fraude commerciale relève autant du commerce et du droit commercial que du droit pénal.

28. Souvent, il est difficile, en matière de fraude commerciale, de tracer la frontière entre le droit pénal et le droit commercial. Une même conduite frauduleuse peut faire l'objet à la fois de poursuites civiles et de poursuites pénales. La fraude commerciale peut en outre revêtir une dimension réglementaire, ce qui introduit un éventuel troisième motif de poursuites. La suite donnée à une fraude commerciale pourra donc être administrative, civile ou pénale, voire combiner ces procédures. Qui plus est, il n'est pas rare qu'une fraude commerciale lèse l'activité commerciale sans provoquer une intervention réglementaire ou pénale.

29. Quelle que soit la forme ou l'origine de l'action en justice, la fraude commerciale a une incidence directe et immédiate sur les entités commerciales et sur le commerce. La dimension commerciale de la fraude commerciale englobe son effet sur les victimes, sur les entreprises légitimes en activité, sur les employés et leur famille, sur les créanciers et sur la zone géographique circonvoisine susceptible d'être touchée par les pertes ou par la fermeture d'une entreprise.

30. Tous ces aspects de la fraude commerciale ont des incidences sur le droit commercial. En particulier, celui-ci peut, par des poursuites civiles, donner réparation aux entités lésées par une fraude commerciale. Dans certaines circonstances, les poursuites civiles présentent par rapport aux poursuites pénales certains avantages, dont une norme de preuve différente et généralement inférieure, une saisie plus rapide des actifs et davantage de souplesse dans le choix des options.

31. Le droit commercial peut aussi prévenir et combattre efficacement des cas de fraude commerciale complexes et à évolution rapide. Le commerce étant la cible et l'objet de la fraude commerciale, les commerçants sont idéalement placés pour prévenir, faire connaître, perturber et étudier ce phénomène.

32. S'il faut encourager la coopération avec les services de répression et de réglementation, les commerçants et le droit commercial peuvent, de leur côté, grandement contribuer à prévenir et à combattre la fraude commerciale.

A. Recours

33. Il existe, s'agissant du produit de la fraude commerciale, une certaine convergence entre les systèmes pénal et civil en ceci que se pose la question de la compensation des victimes. C'est dans le calcul et dans la détermination de ces montants que des difficultés et des divergences naissent souvent. En effet, les fraudes commerciales ont souvent pour but de transférer des fonds à l'étranger afin de tirer parti de difficultés, d'incohérences et du manque d'esprit pratique de certains pays et systèmes. À cet égard, les auteurs de fraudes commerciales font souvent preuve d'un degré d'organisation et de coopération qui échappe à ceux qui les combattent.

34. L'un des éléments qui distinguent, en matière de fraude commerciale, un recours civil d'un recours pénal a trait à la sanction imposée. Au civil, il sera accordé des dommages pécuniaires ou imposé des obligations spécifiques, tandis qu'un recours pénal se caractérise principalement par une sanction, qu'il s'agisse d'une amende, d'une peine d'emprisonnement ou des deux. Dans les procédures administratives, les peines dépendent de la loi applicable et peuvent inclure des éléments de dommages pénaux et civils.

35. Pour accorder des dommages civils en cas de fraude commerciale, il importera de faire de la partie lésée une entité entière. Cela pour se faire soit en octroyant à la partie lésée le bénéfice de la transaction, le cas échéant, soit en lui restituant les fonds perdus, augmentés des frais, tout en lui permettant de résoudre le contrat.

36. Dans les procédures civiles relatives à une fraude commerciale, les tribunaux interprètent souvent les prescriptions de responsabilité en dommages-intérêts plus largement qu'en insistant sur des éléments de théorie des dommages qui s'appliqueraient par ailleurs dans une action en rupture ordinaire de contrat, comme l'exigence, par exemple, que les dommages soient prévisibles. Ils peuvent donc indemniser des tiers susceptibles d'avoir été lésés par une fraude commerciale.

37. Dans certains systèmes juridiques, des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs peuvent être dûment accordés en cas de fraude commerciale. Si dans certains systèmes, ces dommages ne sont jugés appropriés qu'accordés à l'État, dans d'autres, il est admis qu'ils soient accordés aux victimes même si, dans les systèmes qui les autorisent, ils sont rarement accordés dans les cas d'activité purement commerciale.

38. Dans de nombreux cas de fraude commerciale, cependant, on ne dispose pas de fonds suffisants pour liquider les créances civiles concurrentes de parties privées. Dans ces cas, il faut répartir le produit parmi les requérants. La répartition des fonds est souvent compliquée par le caractère international de la fraude commerciale et est conditionnée dans une grande mesure par l'emplacement des fonds. Elle est également faussée par le fait que certains fraudeurs paient certaines victimes avec des fonds pris à d'autres, faisant supporter les pertes par les derniers "investisseurs".

39. Lorsqu'il est engagé, dans différents pays, des procédures parallèles concernant différentes victimes et différents services gouvernementaux, il existe d'importants risques de confusion, de chevauchement et de pertes additionnelles. Il est vivement souhaitable que les différentes entités qui cherchent à recouvrer une créance dans une affaire donnée communiquent entre elles, et encore plus

souhaitable d'encourager systématiquement cette coopération et cette communication au sein d'un même pays et par delà les frontières.

40. La priorité relative de poursuites pénales et civiles soulève également d'importantes questions. L'avantage d'une procédure civile est qu'elle permet de saisir rapidement les fonds avant qu'ils ne soient cachés ou dispersés. Lorsqu'une procédure civile est suivie d'une procédure pénale ou administrative, il faut coordonner les deux procédures. Cette coordination pourra différer dans les pays où les procédures civiles se soumettent aux procédures pénales.

41. Étant donné que les fraudes commerciales ont partiellement pour but de tirer parti des incohérences qui existent entre différents systèmes et pays, il faudrait que les entités qui combattent la fraude commerciale coordonnent leur action et que les efforts déployés par les entités non gouvernementales pour confondre les auteurs soient encouragés.

B. Mesures provisoires ou conservatoires ou saisie de fonds

42. L'un des moyens les plus importants de combattre la fraude commerciale est l'aptitude à obtenir des mesures provisoires ou conservatoires pour geler ou saisir des fonds. Les règles qui régissent ces mesures diffèrent, mais la plupart des systèmes juridiques disposent d'un mécanisme par lequel un tribunal peut intervenir d'une façon ou d'une autre pour maintenir le *statu quo* ou pour exiger que les fonds ne soient pas déplacés ou décaissés. Les tribunaux arbitraux utilisent également de plus en plus des pouvoirs similaires conférés par les régimes qui régissent les procédures d'arbitrage¹⁰. Ces recours pourraient présenter un intérêt considérable dans les procédures internationales et devraient être proposés dans toute la mesure possible.

43. Ces outils, cependant, peuvent aussi être utilisés comme un moyen d'obtenir des avantages indus, voir comme un moyen de fraude commerciale. Il faut donc prendre soin de déterminer si ces mesures provisoires ou conservatoires sont cohérentes avec la répartition du risque entre les parties et avec les droits relatifs des différentes parties, en particulier lorsque ces mesures sont sollicitées *ex parte*, c'est-à-dire sans entendre en premier lieu la partie contre qui la mesure est dirigée.

44. Pour la même raison, il est souhaitable que les parties à une procédure arbitrale puissent faire ordonner des mesures provisoires ou conservatoires par le tribunal arbitral, aient accès aux tribunaux pour obtenir d'eux qu'ils ordonnent des mesures provisoires ou conservatoires, et pour faire appliquer ces décisions.

C. Répartition du risque

45. Généralement, les parties répartissent expressément le risque d'une fraude commerciale ou cette répartition est implicite dans leurs conventions, lois commerciales ou règles d'usage. Lorsqu'une telle répartition existe, le risque doit être placé là où il peut être vérifié. Les clauses limitatives de responsabilité ou

¹⁰ Le Groupe de travail II (Arbitrage) examine actuellement la question des mesures provisoires ou conservatoires. Des projets révisés d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ont été examinés à la trente-septième session du Groupe de travail (A/CN.9/523).

d'indemnisation remplissent une fonction similaire et sont appliquées en l'absence de circonstances inhabituelles entre les parties commerciales.

46. L'assurance est également un important moyen de répartir le risque de fraude commerciale, mais elle peut elle-même être à l'origine ou être l'objet d'une fraude commerciale.

D. Tiers innocents lésés

47. Il n'est pas rare que des tiers se trouvent mêlés à une fraude commerciale. Dans ces cas, il faut déterminer leurs droits relatifs. Le droit commercial international estime depuis longtemps que des tiers innocents qui ont agi de bonne foi ou sans avoir connaissance d'une fraude commerciale et conformément aux pratiques commerciales ordinaires doivent avoir la priorité sur le bien qu'ils ont acheté. Généralement, cette règle est essentielle pour protéger l'intégrité des marchés et des systèmes.

48. Quoi qu'il en soit, la communauté internationale pourra devoir étudier de façon plus approfondie l'ampleur et la portée de la doctrine de l'achat de bonne foi et de ses exceptions de façon à préciser les principes qui la sous-tendent.

E. Dissuasion et éducation

49. L'un des meilleurs moyens d'éviter et de contrer la fraude commerciale est de mettre en place des systèmes qui garantissent la transparence et la responsabilité et qui, lorsque des pertes surviennent, permettent de mobiliser les ressources de la victime pour stabiliser la situation et recouvrer les pertes. Les commerçants sont invités à mettre en place des systèmes qui réduisent le risque de fraude commerciale et des plans d'urgence permettant de faire face aux éventuels problèmes de fraude.

50. Il est en outre essentiel, pour combattre la fraude commerciale, d'en faire connaître les ressorts à tous les niveaux. Il serait en particulier utile d'analyser les types de fraude commerciale et de définir leurs cibles afin d'élaborer des programmes alertant et préparant les victimes potentielles. Il faudrait encourager et mettre en œuvre ces programmes aux niveaux non seulement local et national, mais aussi international.

F. Le rôle des professionnels

51. Des professionnels tels que les avocats, les comptables et les conseillers financiers sont indispensables au commerce moderne. À ce titre, ils assument, en matière de fraude commerciale, une importance disproportionnée. Lorsqu'ils sont vigilants, ils sont souvent à même de repérer les stratagèmes frauduleux (incohérences ou invraisemblances absentes des transactions légitimes) avant que des parties innocentes ne soient lésées.

52. De nombreuses fraudes commerciales, cependant, se caractérisent par la participation directe ou indirecte de professionnels qui ont prêté leur concours au stratagème. Lorsque des professionnels se rendent complices de stratagèmes frauduleux, il est essentiel que la profession elle-même ou un organisme de contrôle intervienne afin de protéger l'intégrité de cette profession, ou d'édicter pour les

professionnels des normes appropriées de responsabilité s'ils publient pour une société impliquée dans une fraude des déclarations auxquelles se fient des tiers qui ont été fraudés.

G. Tiers intermédiaires

53. De nombreuses fraudes commerciales dépendent du soutien et de l'assistance involontaires d'intermédiaires (banques, transporteurs, groupeurs, etc.) dont le rôle dans les transactions commerciales est nécessairement et à bon escient limité. S'il serait, dans bien des cas, dommageable pour le commerce international d'étendre les obligations de ces intermédiaires, il serait utile de définir certains principes fondamentaux de conduite commerciale qu'il faudrait observer et appliquer. L'une de ces règles est que l'on ne devrait publier aucun document sans en comprendre l'importance commerciale. Prêter son nom à une déclaration qui n'a commercialement aucun sens revient à en encourager l'abus. De même, aucune entité commerciale ne devrait publier une déclaration notoirement fausse. Outre qu'elles sont l'un des fondements de la moralité commerciale de base, ces règles sont aussi essentielles pour éviter de mettre entre les mains de fraudeurs des documents qui seront utilisés au détriment d'autres entités et qui pourraient, au bout du compte, se retourner contre la personne même qui les a publiés.

H. Confidentialité des données

54. Plusieurs politiques s'affrontent en matière de confidentialité des données. En ce qui concerne le débat qui entoure ces questions, cependant, il faudrait réexaminer attentivement celle du respect de la confidentialité des données commerciales qui sont constamment utilisées par les fraudeurs pour cacher ou dissimuler le produit de la fraude commerciale.

I. Commerce électronique et cybercriminalité

55. L'apparition du commerce électronique a développé les possibilités non seulement de commerce légitime, mais aussi de fraude commerciale. Même si nombre des usages frauduleux du commerce électronique visent le consommateur, il existe aussi des usages qui favorisent la fraude commerciale. L'une des difficultés tient au fait que des personnes peuvent prendre contact et traiter à distance les unes avec les autres par voie électronique sans connaître l'autre partie. Auparavant, de telles transactions se seraient généralement déroulées au sein d'un système fermé où l'on avait une assurance relative de l'authenticité et de la légitimité de la contrepartie.

56. La CNUDCI a accompli d'importants travaux dans le domaine du commerce électronique, mais nombre des systèmes qui permettent de vérifier les contreparties se situent hors du domaine réglementaire et législatif. Le degré requis de vérification est une question d'évaluation privée des risques. En revanche, il importe que la loi permette de créer des systèmes commerciaux d'authentification des messages et de vérification d'autres aspects de la transaction, compte dûment tenu du droit à la protection des données personnelles.

57. L'Internet, en particulier, permet d'utiliser de façon potentiellement trompeuse de noms d'entités ou d'entités similaires et de publier et faire circuler à grande échelle des messages à visée frauduleuse. Les fournisseurs d'accès peuvent grandement contribuer à résoudre le problème du contenu néfaste des sites Web, notamment, dans certains cas, en facilitant la transmission de plaintes aux autorités publiques compétentes et en fermant des sites qui prônent la fraude commerciale. Il serait souhaitable d'étudier cette question et, dans tous les cas, d'inviter les fournisseurs d'accès et les usagers du commerce électronique à prendre des initiatives. À ce stade, cependant, il est préférable que les initiatives soient spontanées et encouragées.

58. Il existe un lien entre la fraude commerciale et la cybercriminalité. Cette dernière se subdivise en trois grandes catégories: 1) infractions dans lesquelles un ordinateur ou un système informatique est la cible (piratage ou intrusion), 2) infractions dans lesquelles des ordinateurs sont le support de la commission du délit (utilisation d'un ordinateur à des fins de sollicitation frauduleuse par courrier électronique), et 3) infractions dans lesquelles des ordinateurs sont utilisés incidemment à la commission du délit (stockage de preuves de la fraude sur des ordinateurs).

59. L'Internet et l'informatique ont non seulement développé la commission de délits traditionnels (vol d'identité, vol de propriété intellectuelle, contrefaçon, fraude aux cartes de crédit, piratage de logiciels, harcèlement criminel, extorsion et autres délits), mais aussi accru la menace que présente pour les entreprises et les gouvernements l'attaque d'infrastructures critiques (services publics, production d'énergie, transports et communications).

60. Ces problèmes sont liés à des aspects de la cybercriminalité qui, en raison des progrès de la technologie et des communications, menacent gravement le commerce international. La Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité¹¹, qui a été élaborée avec la coopération active d'États non membres, traite de cet aspect de la criminalité et mérite d'être examinée.

J. Insolvabilité

61. L'insolvabilité peut être utilisée à la fois pour cacher le produit d'une fraude commerciale et pour commettre une telle fraude. Dans le premier cas, le fraudeur se déclare insolvable dans un pays, mais le produit de la fraude commerciale est caché dans divers autres ou frauduleusement cédé à des connaissances. Généralement, ces actifs sont difficiles à trouver et à saisir. Il faut aussi noter que le mouvement transfrontalier du produit du délit intervient également sans déclaration officielle d'insolvabilité; le résultat est cependant identique, la personne ayant des droits sur le produit étant privée de son droit à le recouvrer. Dans le second cas, les actifs d'une entreprise sur le point de se déclarer insolvable sont transférés ou cachés, souvent dans d'autres pays, avant le dépôt de bilan et sous la forme de paiements effectués dans le cadre normal de l'activité de l'entreprise afin de frauder les créanciers.

¹¹ Conseil de l'Europe, Convention sur la cybercriminalité, STE n° 185, 23 novembre 2001, publiée électroniquement : <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm>

62. Lorsque le produit d'une fraude commerciale est frauduleusement transféré ou caché, il existe différents moyens civils et pénaux de le retrouver et de le saisir. Les deux méthodes présentent des avantages respectifs en termes de rapidité et de souplesse, et les méthodes disponibles diffèrent et parfois se contrecarrent d'un pays à l'autre. Il n'existe aucun catalogue de ces recours ni aucune harmonisation entre eux, ce qui rend cette méthode particulièrement attrayante pour les fraudeurs.

63. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale aborde certaines de ces questions et propose, pour déjouer certaines des méthodes utilisées pour cacher des actifs dans d'autres pays, un mécanisme autorisant un administrateur ou un juge de l'insolvabilité d'un pays à solliciter l'aide d'un tribunal ou d'un administrateur de l'insolvabilité d'un autre pays pour obtenir des informations ou octroyer des mesures provisoires. Il existe ou l'on crée actuellement d'autres mécanismes qui permettent aux autorités pénales de localiser et d'exiger le produit de délits, y compris la fraude commerciale. Ces mécanismes doivent être encouragés.

V. Recommandations à la Commission

64. Lorsqu'elle étudiera les moyens de combattre le problème de la fraude commerciale, la Commission pourra souhaiter tenir compte des propositions suivantes.

A. Colloque international

65. Le développement et l'impact de la fraude commerciale donnent à penser qu'il est nécessaire que les gouvernements et les milieux commerciaux internationaux se penchent de plus près sur ce problème et que les entités qui cherchent à la dénoncer et à la combattre agissent de concert. À ce jour, aucune organisation n'a pu rapprocher les intérêts publics et privés de façon à encourager cette collaboration à l'échelle internationale. La CNUDCI, de par son expérience, sa réputation et ses méthodes de travail, qui incluent une étroite collaboration entre les gouvernements et les organisations non gouvernementales, est à même de jouer ce rôle. Qui plus est, elle a notamment pour mission de coordonner les activités mises en œuvre dans le domaine du droit et du commerce internationaux¹².

66. Cette collaboration pourrait commencer par la tenue d'un colloque international chargé d'étudier les différents aspects de la fraude commerciale et où les différentes parties intéressées pourraient échanger des avis. Y seraient invités des gouvernements, des organisations intergouvernementales et d'autres entités qui combattent la fraude commerciale. La Commission pourrait proposer à d'autres organismes des Nations Unies et autres de coparrainer le colloque. Celui-ci pourrait être structuré de façon à appeler d'autres réunions analogues, qui seraient encouragées par la CNUDCI sans faire appel, toutefois, à ses ressources. On pourrait donc, avec un investissement relativement modeste en temps et en moyens, stimuler la collaboration entre les organisations concernées. Une telle réunion, qui plus est, pourrait elle-même déboucher sur d'autres activités et propositions faites à la CNUDCI ou à d'autres organismes.

¹² Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale.

67. Un tel colloque permettrait également d'échanger des vues avec les secteurs du droit pénal et administratif qui combattent la fraude commerciale et de recenser les activités susceptibles d'être coordonnées ou harmonisées.

B. Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée

68. Compte tenu des rapports étroits qui existent entre les poursuites civiles et pénales engagées en cas de fraude commerciale, la Commission pourra souhaiter examiner la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et les Protocoles s'y rapportant¹³. Le comportement proscrit par la Convention et par les instruments établis par elle pour combattre la criminalité transnationale organisée engloberait généralement la fraude commerciale à condition qu'elle soit passible, en vertu du droit pénal national, "d'une privation maximale de liberté d'au moins quatre années ou d'une peine plus lourde", conformément à l'article 2-b définissant les "infractions graves". La Commission, après avoir examiné la question et sur la base d'avis appropriés, pourrait également, outre appeler l'attention des gouvernements sur l'intérêt présenté par la Convention en matière de fraude commerciale, appeler leur attention sur les liens qui existent entre les lois pénales et la Convention afin de les inciter à inclure les cas de fraude commerciale dans le champ d'application de la Convention. Lorsque la fraude commerciale sera couverte par la définition de la Convention, les services de répression disposeront au niveau international de nombreux outils très utiles pour combattre la fraude commerciale.

C. Accent placé, dans les futurs travaux, sur les dimensions frauduleuses des activités commerciales

69. Certains des textes de la CNUDCI ont incidemment abordé la question de la fraude commerciale, comme par exemple la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services. Cette question a été abordée parce qu'elle était inhérente aux thèmes examinés. La Commission pourra souhaiter conférer à ces textes davantage de visibilité compte tenu de leur éventuelle utilité dans la lutte contre la fraude commerciale.

70. Ces considérations pourront en outre permettre à la Commission d'examiner de façon plus poussée, dans ses futurs travaux, les possibilités de fraude commerciale dans les domaines dans lesquels elle prépare des textes et d'y inclure des mesures appropriées.

¹³ New York, 15 novembre 2000, Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants; Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer; et Protocole contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu, de leurs pièces, éléments et munitions.