LE DROIT COMMERCIAL UNIFORME AU XXIe SIÈCLE

Actes du Congrès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

New York, 18-22 mai 1992

NATIONS UNIES
New York, 1995

Préface

Le secrétariat de la CNUDCI est heureux de présenter les Actes du Congrès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international qui s'est tenu du 18 au 22 mai 1992 au Siège des Nations Unies, sur le thème "Le droit commercial uniforme au XXIème siècle". Ce congrès s'est réuni pendant la vingt-cinquième session de la CNUDCI, et faisait partie de la contribution de la CNUDCI à la Décennie des Nations Unies pour le droit international qui couvre la période 1990-1999.

Près de 70 des orateurs invités ont pris la parole dans la salle de l'Assemblée générale devant plus de 600 participants venus de toutes les parties du monde : praticiens du droit, hauts fonctionnaires, juges, arbitres, enseignants du droit et autres utilisateurs de textes de droit uniforme.

Le Congrès de la CNUDCI avait pour but de permettre aux participants d'examiner les résultats obtenus pour l'unification progressive du droit commercial international au cours des 25 dernières années et, ce qui est encore plus important, les besoins qu'il était possible de prévoir pour les 25 prochaines années. Il a apporté aux participants les informations les plus récentes et des orientations pratiques sur les principaux textes de droit de pertinence universelle, il leur a donné la possibilité d'exprimer leur opinion sur la valeur pratique des lois et des règlements qui régissent actuellement le commerce mondial, et leur a offert un forum pour faire part de leurs besoins concrets qui permettront d'orienter les travaux futurs de la CNUDCI et des autres organisations qui s'occupent à formuler des textes de droit destinés à s'appliquer au commerce international.

La première journée du Congrès a été consacrée à un examen du processus d'unification du droit commercial et de l'intérêt qu'il présente. Après le discours d'ouverture prononcé par le Secrétaire général Boutros-Boutros-Ghali, plusieurs orateurs ont tiré les leçons de l'expérience de la CNUDCI en présentant d'utiles suggestions pour l'avenir, et des représentants d'organisations régionales et autres s'occupant de l'unification du droit ont traité de l'importante question de la coordination et de la coopération.

Les trois journées suivantes ont été consacrées aux six domaines du droit commercial ci-après : vente de marchandises; offre de services; paiements; crédits et banques; échange de données informatisées; transport; et règlement des différends. Pour chacun de ces domaines, deux communications ont été présentées par des experts éminents sur des textes de droit d'une pertinence particulièrement universelle. Des représentants d'un certain nombre d'associations du barreau de diverses régions se sont faits ensuite les porte-parole des praticiens internationaux en procédant à une évaluation de la valeur pratique des textes de droit uniforme et en proposant des questions pour lesquelles une unification paraissait nécessaire, pour faire place ensuite aux observations et aux questions des participants.

La dernière journée a été consacrée au rôle futur de la CNUDCI, en ce qui concerne notamment les besoins et les aspirations des pays en développement. Dans son discours de clôture, Carl-August Fleischhauer, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques et Conseiller juridique, s'est félicité du succès du Congrès, et en particulier des nombreuses propositions intéressantes qui avaient été présentées. Le Congrès était destiné à permettre un libre-échange de vues s'inscrivant dans une perspective à long terme et, par conséquent, il n'était pas attendu des membres de la CNUDCI ni des autres participants qu'ils établissent un consensus, et encore moins qu'ils adoptent des recommandations à partir des propositions formulées durant le Congrès.

Les communications contenaient un trésor de suggestions et d'idées qui ont besoin d'être évaluées et si elles sont jugées prometteuses, d'être poursuivies dans les années à venir. Sans doute, ce travail sera entrepris non seulement par la CNUDCI en tant qu'organisme hôte - pour mentionner un autre aspect particulier de

ce congrès - mais aussi par les divers autres organisations de formulation et organes similaires intéressés par le droit futur du commerce international.

Pour ce qui concerne la CNUDCI, nous sommes en mesure de rendre compte des premières mesures qui ont été prises à cet égard. Dans une note préparée pour la vingt-sixième session de la CNUDCI en 1993 (A/CN.9/378), le secrétariat a énuméré toutes les propositions faites au Congrès, dont la plupart concernaient des travaux futurs possibles. Pour certaines de ces suggestions, des notes additionnelles exposaient brièvement les principaux problèmes et les autres facteurs pertinents à prendre en compte pour déterminer, au moins provisoirement, la possibilité d'une unification et de la mise au point de textes de droit. A partir de ces notes, la Commission a décidé d'établir des directives pour les conférences préliminaires dans le cadre des procédures arbitrales et d'entreprendre des travaux, et notamment de nouvelles études de faisabilité, dans le domaine de la cession de créances et dans celui des aspects transnationaux de l'insolvabilité. Le secrétariat suit l'évolution de la situation dans les autres domaines (comme ceux du concept de construction-exploitation-transfert, des sûretés, des connaissements électroniques et des registres internationaux), et se propose de présenter de nouvelles notes explicatives à des sessions futures.

Certaines des propositions faites au Congrès ne concernaient pas la préparation de nouveaux textes de droit. Pour donner suite à une de ces propositions, le secrétariat prévoit de surveiller l'application de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et d'autres conventions relatives au droit commercial. Pour donner suite à une autre proposition, le concours d'arbitrage Willem C. Vis a récemment été créé par l'Institut de droit commercial international de la Faculté de droit de la Pace University de New York, et s'est tenu à la Chambre économique fédérale à Vienne.

De nombreux orateurs ont souligné la nécessité d'une plus grande coordination des activités des organes de formulation pour éviter les doubles emplois et l'élaboration de textes incompatibles. Il a été rappelé que la coordination des activités des autres organisations actives dans ce domaine était l'une des principales tâches assignées à la CNUDCI lors de sa création. La CNUDCI a assumé ce rôle et obtenu un certain succès, mais des efforts supplémentaires devraient être déployés malgré les obstacles que constituent les particularismes institutionnels et les faiblesses humaines.

Une coordination deviendra encore plus nécessaire - et encore plus difficile à obtenir - avec la prolifération des efforts d'intégration régionale en vue de la création de zones de libre-échange ou de marchés communs, aussi longtemps qu'il n'aura pas été pris conscience qu'il est dans l'intérêt supérieur des membres d'un groupe régional que leurs activités commerciales soient régies par un droit uniforme préparé et accepté sur un plan universel, hormis le cas d'un impératif spécial ou d'une caractéristique véritablement particulière à la région concernée. La CNUDCI est une organisation unique, grâce à sa composition universelle et équilibrée, avec cette combinaison merveilleuse de hauts fonctionnaires, d'enseignants et de praticiens du droit, avec sa tradition consacrée de consensus, de compétence et de professionnalisme, et avec ses six langues officielles, et elle est donc parfaitement équipée pour améliorer cette coordination et montrer la voie pour l'entrée dans le XXIème siècle.

La demande la plus pressante et la plus souvent formulée au cours du Congrès a, semble-t-il, été celle d'une diffusion plus étendue et plus systématique d'informations sur les textes de droit uniforme. On estimait dans beaucoup de pays que les informations disponibles sur le droit du commerce international étaient insuffisantes et que l'adoption relativement lente des textes de droit uniforme était généralement due à une familiarité insuffisante avec ceux-ci plutôt qu'à des objections sur le fond. Le secrétariat, en réponse, a encore renforcé son action dans ce domaine, en organisant des séminaires internationaux ou en y participant, et en apportant une assistance technique juridique aux gouvernements ou aux parlements qui avaient entrepris une réforme législative.

Malheureusement, en raison de la pénurie de ressources humaines et, surtout, financières (c'est-à-dire de contributions volontaires), ce renforcement a été très limité et à vrai dire presque minimal au regard de l'importance des demandes reçues. Ces demandes témoignent de l'importance des besoins actuels, qui sont particulièrement manifeste dans les pays à économie en transition. On y perçoit une prise de conscience accrue et parfois soudaine de la nécessité de promulguer une législation adéquate pour les transactions commerciales en tant qu'une des bases essentielles de l'infrastructure mise en place. On constate la même

prise de conscience dans d'autres pays, en particulier des pays en développement qui sont sur le point d'accéder au marché mondial ou d'y accroître leur participation. Ces pays ont besoin d'une législation de qualité et adaptée aux transactions internationales, et ils auraient intérêt à promulguer des textes de droit uniforme qui sont également promulgués dans de nombreux autres Etats et qui sont ainsi familiers à leurs clients et partenaires commerciaux étrangers. Par conséquent, les textes de droit élaborés par la CNUDCI devraient être des candidats privilégiés à la promulgation en raison de leur double objectif d'unification et d'amélioration du droit commercial.

On peut espérer que dans les années à venir, de nombreux Etats comprendront l'intérêt d'adhérer à des textes de droit uniforme. Après tout, ce ne peut être qu'une question de temps pour que chacun prenne conscience du paradoxe que constitue l'existence d'un marché mondial sur lequel les marchandises et les services traversent librement et tout naturellement les frontières tandis que ces mêmes frontières, lorsqu'il s'agit de questions juridiques, se manifestent soudain ou constituent des obstacles à ces mouvements parce que le droit de chaque Etat est différent ou mal connu. La conviction que le Congrès de la CNUDCI a permis de mieux comprendre ce problème est un motif supplémentaire de notre sincère gratitude à l'égard de tous ceux qui ont présenté des communications ou fait des déclarations.

Pour tous les participants aux travaux de la CNUDCI, le Congrès a en outre été l'occasion précieuse d'une "réunion de famille" à l'occasion des noces d'argent de la CNUDCI. On pouvait rencontrer dans la salle de l'Assemblée générale de nombreux délégués qui participaient aux travaux de la CNUDCI depuis de longues années, et dont 11 avaient participé à la toute première session de la CNUDCI en 1968, et presque tous les anciens secrétaires de la CNUDCI étaient présents, en particulier MM. John O. Honnold, Willem C. Vis, Kazuaki Sono et Eric E. Bergsten.

Nous déplorons aujourd'hui que le Congrès ait été la dernière occasion d'une rencontre avec Willem C Vis dans le cadre de la CNUDCI, car il est décédé le 5 décembre 1993. Willem C. Vis, qui disait de John O. Honnold qu'il avait été le maître architecte d'une grande partie de l'oeuvre de la CNUDCI, n'était pas lui-même un simple décorateur d'intérieur, car il a contribué à façonner la CNUDCI dans ses années de formation, avec son esprit d'analyse aigu, son intime connaissance des différents systèmes juridiques, sa riche expérience des organisations internationales, sa splendide maîtrise des langues et son talent de rédaction. Le secrétariat n'oubliera jamais la contribution durable qu'il a apportée au développement du droit commercial uniforme.

Le secrétariat de la CNUDCI

AAA	American Arbitration Association
AICC	Asociacion Iberoamericana de Cámaras de Comercio
CCE	Commission des communautés européennes
CCI	Chambre de commerce internationale
CE	Communauté européenne
CEE	Commission économique pour l'Europe
CESAP	Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique
CET	Construction-exploitation-transfert
CFR	Coût et fret
CHIPS	Clearing-House Interbank Payment System
CICES	Centre international de commerce extérieur du Sénégal
CIF	Coût, assurance et fret
CIP	Port payé, assurance comprise, jusqu'à
CMI	Comité maritime international
CMR	Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
COMESA	Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe
CPT	Part pays jusqu'à
DTS	Droits de tirage spéciaux
ECU	Unité monétaire européenne
EDI	Echange de données informatisées
EXW	A l'usine
FCA	Franco transporteur
FMI	Fonds monétaire international
FOB	Franco bord
FOR	Franco wagon
FOT	Franco camion
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
Incoterms	Règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux
IUMI	Union internationale d'assurances transports
LUF	Loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEA	Organisation des Etats américains
OMI	Organisation maritime internationale
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
RUN	Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires
UCC	Uniform Commercial Code (Etats-Unis d'Amérique)
ULIS	Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels
UNCID	Règles de conduite uniformes pour l'échange de données par télétransmission
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
ZEP	Zone d'échanges préférentiels pour les Etats de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe

TABLE DES MATIERES

Page

Préface iii

Introduction

Chapitres

I. **DISCOURS D'OUVERTURE** 1
Boutros Boutros-Ghali
Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies

II. **LE PROCESSUS D'UNIFICATION DU DROIT COMMERCIAL : SON INTERET ET LES LECONS POUR L'AVENIR TIREES DE VINGT-CINQ ANNEES D'EXPERIENCE** 5

A. La naissance de la CNUDCI et ses objectifs 5

1. Historique de la création de la CNUDCI 5
László Réczei, professeur, Budapest

2. Naissance de la CNUDCI 7
Aron Broches, ancien vice-président et conseiller juridique, Banque mondiale, Washington

André Erdös, ambassadeur, représentant permanent de la Hongrie auprès de l'Organisation des Nations Unies 10

3. Objectifs de l'unification 12
John O. Honnold, professeur, Université de Pennsylvanie, Philadelphie (secrétaire de la CNUDCI, 1969-1974)

4. Processus d'élaboration de règles juridiques uniformes susceptibles d'être acceptées 16
Willem C. Vis, professeur, Université Pace, White Plains, New York (secrétaire de la CNUDCI, 1974-1980)

B. Méthodes permettant d'améliorer la coordination entre les organisations chargées de formuler des règles 19

1. Considérations générales 19
Eric E. Bergsten, professeur, Université Pace, White Plains, New York (secrétaire de la CNUDCI, 1985-1991)

2. Institut international pour l'unification du droit privé
Malcolm Evans, secrétaire général, Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), Rome 24

3. Conférence de La Haye de droit international privé
Michel Pelichet, secrétaire général adjoint de la Conférence de La Haye de droit international privé, La Haye 28

4 Chambre de commerce internationale
Dominique Hascher, secrétaire de la Commission de l'arbitrage international de la Chambre de commerce internationale, Paris 31

5. Débat 33

TABLE DES MATIERES (suite)

Page

C. Diverses techniques d'unification 36

1. Moyens législatifs d'unification
Sergej Lebedev, professeur, Moscou 36

2. Unification du droit par des moyens non législatifs 39
Joachim Bonell, professeur, Université "La Sapienza", Consultant juridique, Rome

D. Application et interprétation de textes juridiques uniformes 48

1. Principes pour l'interprétation d'une loi uniforme et utilité à cette fin des travaux préparatoires, des commentaires et de la jurisprudence 48
Zhang Yuqing, Département des lois et traités, Ministère du commerce et des relations économiques extérieures, Beijing

2. "Le cuisinier qui mange sa propre soupe" : réflexions d'un juge qui applique un texte juridique à la rédaction duquel il a participé 56
Howard H. Holtzmann, juge, Tribunal des réclamations, République islamique d'Iran-Etats-Unis, La Haye

3. Les lois uniformes appellent une interprétation uniforme : propositions en vue d'un tribunal international chargé d'interpréter les instruments juridiques uniformes 60
Louis B. Sohn, professeur, George Washington University, Washington, D.C.

E. Intérêt d'une unification universelle pour l'intégration et le développement régionaux 65

1. Comité consultatif juridique afro-asiatique 65

2. Organisation des Etats américains 68

3. Zone d'échanges préférentiels pour les Etats de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe 71

4. Communauté économique européenne 75

III. DES MARCHANDISES AUX SERVICES 83

A. Vente de marchandises 83

1. Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises : aperçu général et examen de quelques questions pratiques s'y rapportant 83
S. Kofi Date-Bah, Secrétariat du Commonwealth, Londres

2. Nouvelles caractéristiques des Incoterms de 1990 de la CCI 93
Jan Ramberg, professeur, Université de Stockholm

TABLE DES MATIERES (suite)

		Page
3.	Praticiens internationaux	100
	Hans van Houtte, professeur et avocat à Bruxelles, président du Sous-Comité des ventes internationales de l'Association internationale du barreau	100
	Burghard Piltz, avocat, Gütersloh (Allemagne), Union internationale des avocats	102
	Rafael Eyzaguirre, professeur, Santiago du Chili, président de la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial	104
	Helen Elisabeth Hartnell, professeur, Tulane University, New Orleans, Section du droit international et de la pratique de l'American Bar Association	109
	Michael L. Sher, avocat, New York, Association du barreau de la ville de New York	113
4.	Débat	124
B.	Offre de services	127
1.	Questions pratiques concernant la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international Roy Goode, professeur, St-John's College, Oxford	127
2.	Le Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles James J. Myers, avocat, Boston	132
3.	Praticiens internationaux	145
	R. D. Nicholson, juge, Perth, The Law Association for Asia and the Pacific (LAWASIA)	145
	Richard E. Lutringer, avocat, New York, président de l'Association américaine pour les droits étrangers	149
	José Ignacio Cruz, avocat, New York, Association du barreau mexicain	153
	Edward V. Lahey, vice-président et conseil général, Pepsico Inc., Westchester-Fairfield Corporate Council Association	155
4.	Débat	158

TABLE DES MATIERES (suite)

		Page
IV.	**DES PAIEMENTS TRADITIONNELS AUX MESSAGES ELECTRONIQUES**	164
A.	Paiements, crédits et banques	164
1.	Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux : le point de vue d'un juriste spécialiste du droit bancaire Bradley Crawford, QC, professeur et avocat, Toronto	164
2.	Projet de révision des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires : les "RUU 500" Salvatore Maccarone, professeur et avocat, Rome	168
3.	Praticiens internationaux	176
	Robert D. Webster, avocat, New York, Comité de droit bancaire, Association internationale du barreau	176
	Umberto Burani, secrétaire général de la Fédération bancaire de la Communauté européenne	180
	Carlos Zeyen, avocat, Luxembourg	183
	George A. Hisert, avocat, San Francisco; président du Sous-Comité des lettres de crédit du Comité du Code commercial uniforme du barreau de Californie	185
4.	Débat	187
B.	Echange de données informatisées	190
1.	Le commerce électronique et la loi Amelia H. Boss, professeur, Temple University, Philadelphie	190
2.	Les règles juridiques uniformes requises pour l'EDI José María Abascal Zamora, professeur et avocat, Mexico	198
3.	Praticiens internationaux	202
	Jeffrey B. Ritter, avocat, Columbus, Groupe de travail de la Commission économique pour l'Europe sur la facilitation des procédures du commerce international	202
	Sylvia Khatcherian, avocate, New York, Committee on International Computer and Technology Law, Association internationale du barreau	205
	Papa Moussa Ndiaye, conseiller juridique, Centre international du commerce extérieur du Sénégal, Dakar	208
	Ciro Angarita Barón, professeur et juge, Bogotá	215

TABLE DES MATIERES (suite)

Page

Olav Torvund, professeur, Oslo, Centre de recherche norvégien sur l'informatique et le droit 219

4. Débat 221

V. TRANSPORT ET REGLEMENT DES DIFFERENDS 225

A. Transport 225

1. De La Haye à Hambourg : vers l'adoption de règles uniformes modernes pour le transport maritime 225
H. M. Joko Smart, professeur et avocat, Freetown

2. La Convention des Nations Unies du 19 avril 1991 sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international et les autres conventions sur les transports 231
Jean-Paul Beraudo, président de la première Commission de la Conférence des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international; président de la Cour d'appel de Grenoble (France)

3. Praticiens internationaux 237

O. P. Sharma, avocat, New Delhi, président de la section indienne de l'Association des avocats de l'Asie et du Pacifique 237

Lennard K. Rambusch, avocat, New York, Comité du droit maritime et des transports de l'Association internationale du barreau 241

Geoffrey J. Ginos, avocat, New York, Section de la pratique et du droit internationaux, Association du barreau de l'Etat de New York 244

4. Débat 246

B. Règlement des différends

1. Quelques questions d'ordre pratique concernant la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) 249
Albert Jan van den Berg, professeur et avocat, Amsterdam

2. Adjonctions utiles à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 258

Ivan Szasz, professeur et avocat, Budapest 258

3. Praticiens internationaux 262

Giorgio Bernini, professeur et avocat, Bologne, président du Conseil international d'arbitrage commercial 262

TABLE DES MATIERES (fin)

Page

John Townsend, avocat, Washington, Law and Corporate Counsel Committee, Association américaine d'arbitrage 269

Dominique Hascher, secrétaire de la Commission de l'arbitrage international de la Chambre de commerce internationale, Paris 271

Jan Paulsson, avocat, Paris, Users' Council, London Court of International Arbitration 277

Mohamed Aboul Enein, directeur, Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire, Le Caire 279

4. Débats 286

VI. LE ROLE FUTUR DE LA CNUDCI 293

A. L'évolution du rôle de la CNUDCI 293
Kazuaki Sono, professeur, Sapporo, conseiller juridique assistant, Fonds monétaire international (secrétaire de la CNUDCI, 1980-1985)

B. Promotion d'une meilleure connaissance et d'une acceptation plus étendue des textes de droit uniforme 297
Gerold Herrmann, secrétaire de la CNUDCI

C. Aspirations et priorités des pays en développement - des représentants de diverses régions récapitulent ce que les pays en développement attendent de la CNUDCI 305

Abbas Safarian Neamat Abad, chef du Département des traités du Ministère des affaires étrangères, Téhéran (République islamique d'Iran) 305

Ana Isabel Piaggi de Vanossi, professeur et juge, Buenos Aires 308

B. M. Koentjoro-Jakti, assistant du Ministre du commerce, Jakarta 310

Robert Rufus Hunja, mission permanente du Kenya auprès des Nations Unies 313

D. Suggestions finales concernant les activités futures de la CNUDCI 315

VII. DISCOURS DE CLOTURE 324

Carl-August Fleischhauer, secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, conseiller juridique (Organisation des Nations Unies) 324

I. DISCOURS D'OUVERTURE

BOUTROS BOUTROS-GHALI
Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les délégués,
Mesdames et Messieurs,

Voici donc pour moi une occasion de saluer votre prestigieuse assemblée de spécialistes et d'experts du droit commercial international, connue dans le monde entier sous le nom de CNUDCI ou, par les anglophones, d'UNCITRAL. Cette occasion, je la saisis avec grand plaisir. Ce n'est d'ailleurs pas une circonstance ordinaire, et cela au moins pour deux raisons : d'abord, cette réunion marque les "noces d'argent" de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et je suis heureux de me joindre à vous aujourd'hui pour que nous saluions ensemble cet événement. Ensuite parce que ce Congrès est le premier d'une telle envergure qui soit placé sous les auspices de la CNUDCI; il entre dans le cadre de la Décennie des Nations Unies pour le droit international proclamée par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/23 du 17 novembre 1989. Cette contribution est précieuse, notamment par le choix de son thème "l'uniformisation du droit commercial au XXIème siècle". Une telle question présente un grand intérêt pour moi : d'abord en raison de mes fonctions à la tête d'une organisation pour laquelle l'uniformisation du droit est un des objectifs traditionnels; mais aussi parce que j'ai longtemps enseigné le droit international, vous le savez, et que j'ai été pendant plusieurs années membre de la Commission du droit international. Vous vous réunissez à un moment exceptionnel, alors que de profonds changements ont suscité une grande espérance, mais aussi de graves inquiétudes. D'un côté, nous voyons que des perspectives nouvelles s'offrent à nous et que nous pouvons espérer faire de substantiels progrès vers l'instauration de la paix, de la sécurité mondiale, et vers un monde où règnent la coopération et la justice. La démocratisation, le respect des droits de l'homme, le développement économique et le "développement durable", ce nouveau concept très riche de résonances, qui sera discuté dans quelques jours à Rio : tels sont les piliers sur lesquels cet ordre nouveau doit s'édifier. D'un autre côté, bien des régions du monde connaissent une dangereuse instabilité, des conflits larvés qui se révèlent fort préoccupants et la résurgence de nationalismes ou plutôt de micronationalismes qui vont à l'exact opposé de nos efforts les plus constants. Pour apaiser ces tensions, une grande partie des Etats Membres sont soucieux d'assurer une transition politique et économique qui suppose une substantielle révision du droit dans bien des domaines. Cette révision du droit est un accompagnement nécessaire des tendances favorables, en même temps qu'une médiation possible pour conjurer les tendances inquiétantes que je viens de relever. C'est là notre rôle, plus grand que jamais.

L'Organisation des Nations Unies doit jouer un rôle de plus en plus complexe dans l'édification de la paix; l'une des voies qu'elle entend privilégier est le développement économique où l'unification du droit commercial international est l'un des moyens qui lui permettra de faciliter les échanges internationaux et, du même coup, le développement économique.

J'ai toujours été convaincu que l'uniformisation du droit était inséparable de la coopération économique internationale et donc des progrès sur la voie du développement. Les différences juridiques peuvent, vous le savez bien, constituer de véritables maquis de normes, où seuls se retrouvent les plus puissant au détriment des plus faibles. Par ailleurs, la fluidité juridique est un atout pour la coopération : or, vous le savez - on l'a dit souvent, mais il ne faut pas se lasser de le répéter - le développement, ou plus exactement un nouveau mode de développement, sera de plus en plus au XXIème siècle, une condition sine qua non de la paix et de la protection des grands équilibres de la planète. Plus que jamais, la clarté et l'homogénéité sont des attributs essentiels du droit, lequel a pour but, dans la conception que nous en avons, de protéger et d'aider les faibles.

Nul ne peut nier que depuis sa création, la CNUDCI a largement contribué à l'unification progressive du droit commercial international, ce qui lui a valu l'estime de la communauté internationale. Cette estime, et l'on pourrait ajouter ce prestige, sont mérités. Votre bilan est en effet spectaculaire ! Les instruments juridiques uniformisés élaborés par la CNUDCI témoignent avec éloquence de l'ampleur de vos travaux. Citons par exemple la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, conclue à New York en 1974; la Convention sur le transport de marchandises par mer, conclue à Hambourg en 1978; la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, conclue à Vienne en 1980, ou encore la Loi type sur l'arbitrage commercial international, et un vaste ensemble de règles d'arbitrage et de conciliation. J'en passe, évidemment; en un mot, vous avez "couvert", si vous m'autorisez cette expression, un grand nombre de domaines, vous avez rationalisé un grand nombre d'activités humaines, leur permettant de dépasser les frontières et de le faire sans effort. Vous avez ainsi bien servi la coopération entre les peuples, et donc la paix.

Beaucoup reste encore à faire; la liste n'est pas close. L'ordre du jour actuel de la CNUDCI comporte un certain nombre de questions d'une grande importance pour tous les pays, notamment pour les pays en transition; je noterai en particulier la Loi type sur les virements internationaux qui vient d'être adoptée, le Guide juridique de la CNUDCI sur les opérations internationales d'échanges compensés et la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés.

La CNUDCI élabore aussi actuellement une loi uniforme sur les garanties et les lettres de crédit stand-by et envisage d'éventuels instruments juridiques traitant du recours à l'échange de données informatisées dans le commerce. Dans le même temps, elle coopère toujours activement avec d'autres organisations participant à l'unification du droit commercial international et apportant une contribution précieuse à ce processus et elle en promeut les activités.

Ces réalisations démontrent que la bonne volonté, les accommodements, l'esprit de compromis et, avant tout, le professionnalisme, qui ont toujours caractérisé les travaux de la CNUDCI, permettent de venir à bout de la plupart des difficultés; la même démarche pourrait sans doute être adoptée pour l'examen des questions de droit international public.

Je ne doute pas que la CNUDCI continuera d'apporter une contribution remarquable à l'unification progressive du droit commercial international en élaborant des textes juridiques uniformes. Et je suis convaincu qu'aucun

effort ne sera épargné pour que ces instruments juridiques non seulement répondent aux besoins du commerce international, mais prennent aussi en compte les préoccupations légitimes des pays en développement et des pays développés.

Il doit être bien clair que le succès de ces efforts garantira une acceptation universelle de ces textes juridiques uniformes. Toutefois, c'est à vous, participants au Congrès, d'évaluer la contribution passée et actuelle de la CNUDCI et d'autres organisations à l'unification du droit commercial international et de proposer des orientations pour l'avenir, afin que le processus d'unification du droit commercial conserve son caractère pratique et reste adapté aux besoins de tous les pays, alors que notre société planétaire connaît une évolution profonde et rapide affectant la vie de tous ses membres.

Je tiens à remercier sincèrement par avance tous les distingués orateurs et participants au Congrès, dont la participation active démontre l'intérêt qu'ils portent aux travaux de la CNUDCI et à l'unification du droit commercial international, dont sont chargées la CNUDCI et d'autres organisations.

Je tiens également à vous assurer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les participants, que le Bureau des affaires juridiques, qui assure le secrétariat de la Commission, est à votre entière disposition durant le Congrès pour vous aider dans votre tâche.

En conclusion, Monsieur le Président, je vous souhaite, à vous et aux participants, tous le succès possible dans vos délibérations.

II. LE PROCESSUS D'UNIFICATION DU DROIT COMMERCIAL : SON INTERET ET LES LECONS POUR L'AVENIR TIREES DE VINGT-CINQ ANNEES D'EXPERIENCE

A. La naissance de la CNUDCI et ses objectifs

1. Historique de la création de la CNUDCI

PROFESSEUR LASZLO RECZEI
Budapest

Notre Congrès a pour objet de passer en revue les résultats des travaux d'unification progressive et d'harmonisation du droit commercial international depuis vingt-cinq ans et d'évaluer les besoins qui pourront se faire jour durant les vingt-cinq prochaines années. Permettez-moi de ne pas me conformer à ce programme mais - en tant que témoin de ses premiers pas - de retracer l'histoire de la CNUDCI et de dire quelques mots sur les faits qui ont précédé sa création.

En avril 1964, les Pays-Bas ont organisé à La Haye une conférence diplomatique sur l'unification du droit régissant la vente internationale des objets mobiliers corporels. La guerre froide s'était quelque peu apaisée à l'époque. De ce fait, les délégations de deux pays en développement et de trois pays socialistes ont participé à la conférence, parmi une trentaine de délégations de pays développés. Les pays en développement, s'étant libérés du colonialisme, n'exerçaient que depuis peu leur souveraineté, notamment dans le domaine du commerce extérieur. La situation des pays socialistes n'était pas bien meilleure. Quiconque était expert du commerce extérieur était considéré comme suspect, écarté des activités internationales et surveillé par la police secrète. Le commerce extérieur était plutôt entre les mains de membres du parti dignes de confiance. L'ignorance de ces gens a causé des dommages énormes. Ces pays avaient grandement besoin d'un ensemble de règles sur la vente de marchandises, acceptables par autant d'Etats que possible et tenant compte du fait que les participants aux activités commerciales internationales ne se situaient pas tous au même niveau de développement. Cet ensemble de règles devait donc éviter les dispositions étranges et les sanctions et solutions inconnues et, étant uniforme, permettrait d'éliminer le problème des conflits de lois, problème inconnu des négociants de ces pays.

Le projet soumis à la conférence de La Haye ne se fondait que sur les lois des pays les plus développés. Son principe fondamental n'était pas pacta sunt servanda, mais pacta sunt rigide servanda, et il prévoyait en cas de défaillance des sanctions qui ne pouvaient ni ne devaient être acceptées par des négociants qui n'avaient pas les hautes compétences requises. Je ne veux pas ici énumérer et analyser tous les exemples; je me contenterai d'appeler votre attention sur les articles 24, 32, 41 et 43 de la Convention de La Haye portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels prévoyant, en cas de défaillance, la résolution du contrat par notification, et les articles 25, 26 et 30, aux termes desquels le contrat est résolu de plein droit en cas de défaillance. Les arguments avancés pour atténuer cette sévérité n'ont pas été entendus. La majorité des délégations n'étaient pas disposées à compromettre; elles se satisfaisaient de voir leur législation nationale consacrée à l'échelon international.

L'article 9 de la Convention disposant que les parties contractantes sont liées par les usages auxquels elles se sont référées tacitement et par les usages que des personnes raisonnables de même qualité placées dans leur

situation considèrent normalement comme applicables à leur contrat aurait pu poser un problème similaire. En outre, les usages devaient prévaloir et non la Convention. Qui, dans les pays socialistes, avait la moindre connaissance des usages consacrés ou apparus sur le marché mondial, quelle en était la teneur et quelles surprises pouvaient-ils causer ? La Convention faisait à plusieurs reprises référence aux usages, par exemple aux articles 20, 21 et 26.

Comme je l'ai déjà dit, il n'était pas possible à la conférence de tenir compte du fait que les mécanismes du commerce extérieur, dans la majorité des Etats, étaient bien inférieurs à ceux des pays développés. Les délégations de ces derniers pays ont insisté sur la préservation des usages, coutumes et pratiques fondés sur la longue expérience de leurs commerçants et ont négligé le fait que ni les pays en développement ni les pays socialistes n'avaient le niveau nécessaire pour adhérer à la Convention. C'est ce qui explique qu'à peine une douzaine d'Etats ont ratifié cette Convention, moins du tiers des participants à la conférence.

La réglementation uniforme et universelle des ventes internationales était toutefois une réelle nécessité pour le commerce mondial. Comme de plus en plus de pays coloniaux acquéraient la souveraineté et devenaient parties à des contrats commerciaux, il devenait de plus en plus urgent de lancer un processus d'unification, quel que soit le nombre de générations nécessaire pour toucher au but.

Après la conférence de La Haye, il est apparu clairement que le droit du commerce international était beaucoup plus important qu'on ne le supposait lorsque UNIDROIT avait lancé le processus d'unification du droit des ventes. Dans les années 20, il y avait environ 50 Etats souverains; en 1964, il y en avait trois fois plus. La mise en place étape par étape d'une sorte de loi commerciale faciliterait le commerce international et favoriserait le développement des peuples. De ce fait, l'élaboration des règles pertinentes ne pouvait ni ne devait être laissée à un nombre restreint d'Etats. C'est pour cela que l'on s'est tourné vers l'Organisation des Nations Unies, ce qui ne signifiait pas que les organisations internationales créées des années auparavant à cette même fin étaient devenues inutiles. Les vingt-cinq dernières années nous ont prouvé que les activités de ces organisations, comme celles de l'ONU, étaient de plus en plus efficaces.

La création de la CNUDCI résulte du fait que la conférence de La Haye n'avait pas été suffisamment souple pour tenir compte des intérêts des pays moins avancés et, au lieu de rechercher le compromis, s'était fondée sur le principe du vote majoritaire. Je suis fermement convaincu que le succès de la CNUDCI durant les vingt-cinq dernières années tient au principe fondamental sur lequel elle repose et qui a été introduit dès ses premiers jours, à savoir que l'essentiel pour arriver à une décision est le compromis. Et le compromis n'est possible que si chaque membre de la communauté comprend la situation et les besoins des autres.

Notre Congrès a été organisé pour étudier les besoins de la CNUDCI durant les vingt-cinq années à venir. Cela ne relève pas de mes compétences, mais bien des vôtres. J'appartiens au passé et je n'échafaude pas de plan pour les vingt-cinq prochaines années. Je tiens néanmoins à faire une remarque sur l'avenir.

Si la CNUDCI arrive à faire accepter dans le monde entier ses règles pour tel ou tel domaine juridique, on pourra croire que le problème des conflits de loi sera éliminé dans ce domaine. Mais cela n'est pas le cas. Un effet pervers intervient alors. Le droit uniforme, dès le moment où il entre en application, commence à se modifier. Chaque juge, dans chaque pays, est un interprète souverain du texte et l'on devient juge en apprenant le système juridique de son propre pays. De même que l'on ne saurait renier ses origines, le juge est incapable d'oublier le droit qu'il a appris. Des interprétations divergentes, voire contradictoires, par exemple l'application des règles de pays différents, conduisent à des jugements différents.

Plus les activités de la CNUDCI sont fructueuses, plus elle étend ses activités dans le domaine des relations commerciales internationales, plus il est nécessaire d'assurer une interprétation uniforme des règles uniformes. Il serait très simple de mettre en place une sorte de juridiction civile internationale, mais je crains qu'il ne faille un certain temps pour admettre que cette juridiction internationale n'empièterait pas sur la souveraineté nationale. Entre-temps, il sera peut-être utile de publier un périodique, qui aurait pour objet de présenter des interprétations divergentes et des jugements contradictoires et de les discuter à l'échelon international. En d'autres termes, nous devrions nous efforcer d'assurer une interprétation uniforme en nous fondant non sur le pouvoir et l'autorité des tribunaux, mais sur des arguments scientifiques. Un programme de suivi permet la collecte de jugements et de sentences, mais ceux-ci ne sont pas confrontés les uns aux autres.

Les annuaires d'UNIDROIT, par exemple, présentent toujours des jugements fondés sur des règles uniformes. Il serait utile que de telles publications paraissent plus d'une fois par an et que les juristes intéressés aient la possibilité de discuter, ou de convenir, des interprétations.

J'ai pleinement confiance en la force de conviction de la jurisprudence, si ses arguments ne sont pas inspirés par la protection d'intérêts particuliers.

2. Naissance de la CNUDCI

ARON BROCHES
Ancien vice-président et conseiller juridique, Banque mondiale, Washington

Monsieur le Président, on m'a demandé de retracer devant vous les conditions dans lesquelles est née la CNUDCI, pour servir de toile de fond aux débats sur son rôle présent et futur qui occuperont le Congrès pendant cette semaine.

J'ai assisté à la première session de la Commission en qualité d'observateur représentant la Banque mondiale. En tant qu'institution de financement du développement, la Banque s'était félicitée de la création d'un organe des Nations Unies qui avait pour mandat de promouvoir l'harmonisation et l'unification progressive du droit commercial international par une action menée sur le plan international le plus large et, notamment, avec une pleine participation des pays en développement.

Les résultats obtenus par la CNUDCI au cours du dernier quart de siècle sont devenus une source légitime de fierté pour le système des Nations Unies. On peut d'ailleurs rétrospectivement se demander pourquoi les Etats ont attendu si longtemps, vingt ans après la création de l'Organisation des Nations Unies, pour se préoccuper du rôle que celle-ci pourrait jouer dans ce domaine.

D'importants faits nouveaux intervenus au début des années 60 sont à l'origine de ce changement.

En 1962, l'Association internationale des sciences juridiques a réuni à Londres un Colloque sur les sources du droit commercial international. Feu le professeur Clive Schmitthoff, la grande autorité en matière de droit commercial international, était l'un des rapporteurs. L'examen par le colloque de l'activité des organismes internationaux publics et privés dans le domaine de l'harmonisation et de l'unification avait fait apparaître, selon ses propres termes, un manque de véritable coopération entre les organismes chargés de formuler des règles en la matière. L'établissement progressif d'une liaison et d'une coopération entre ceux-ci devait être la prochaine étape de l'élaboration d'un droit autonome du commerce international, qui par nature était universel. Dans un article ultérieur, Schmitthoff a proposé qu'un organisme international d'un très haut niveau, éventuellement celui de l'Organisation des Nations Unies, soit chargé de ce travail de coordination.

Le deuxième fait nouveau est intervenu au niveau politique. En 1964, la Hongrie a pris une initiative qui s'est révélée décisive en proposant d'inscrire à l'ordre du jour provisoire de l'Assemblée générale de cette année-là un point relatif à l'examen des mesures à prendre pour le développement progressif du droit commercial international.

Cette question a été inscrite à nouveau l'année suivante à l'ordre du jour de l'Assemblée générale, qui en a confié l'examen à la Sixième Commission où Endre Ustor s'est fait le vigoureux champion d'un rôle des Nations Unies dans ce domaine. Les pays en développement se sont félicités de cette proposition, mais elle a recueilli un accueil assez froid et circonspect, motivé en partie par la crainte qu'une unification des règles juridiques de fond ne soit impossible à l'échelle mondiale et par le désir de ne pas créer de double emploi avec les travaux déjà entrepris par ailleurs. Au terme de ses délibérations, la Sixième Commission a cependant unanimement recommandé que l'Assemblée générale adopte une résolution priant le Secrétaire général de lui soumettre, lors de sa vingt et unième session, un rapport complet comprenant un exposé des travaux accomplis dans le domaine de l'unification et de l'harmonisation du droit commercial international, une analyse des méthodes et moyens appropriés à cet effet, et une indication du rôle futur de l'Organisation des Nations Unies et des autres organismes dans ce domaine.

Le Secrétaire général a ensuite fait appel à Schmitthoff pour préparer une étude préliminaire qui a servi de base pour le rapport du Secrétaire général et la résolution de l'Assemblée générale qui a porté création de la CNUDCI.

Le rapport notait que, grâce aux efforts de plusieurs organismes qui se chargent de formuler des règles en la matière, il avait été possible de parvenir à une certaine harmonisation et à une certaine unification sur des points tels que la vente internationale de marchandises, les effets de

commerce, le commerce maritime international et l'arbitrage international. Une évaluation objective des efforts déployés dans ce domaine faisait cependant apparaître un certain nombre d'insuffisances.

Aucun des organismes concernés ne jouissait d'une autorité mondiale. Aucun, non plus, ne réunissait une représentation équilibrée des pays de libre entreprise, des pays à économie planifiée, des pays développés et des pays en développement. Pour cette raison, une fois mené à bien le travail technique de préparation de projets de convention, de lois types ou de lois uniformes, il avait été souvent impossible d'adopter une convention ou une législation internationale, et les conventions qui avaient été adoptées réunissaient un nombre de participants insuffisant. Les pays nouvellement indépendants n'avaient pris part que dans une faible mesure aux activités des organismes qui se chargent de formuler des règles et, dans beaucoup de cas, leur législation qui datait de la période d'avant l'indépendance était inadaptée à leur stade actuel de développement économique. Enfin, la coopération et la coordination entre ces organismes avaient été insuffisantes, ce qui s'était traduit par des doubles emplois importants.

Cette analyse indiquait la direction dans laquelle pouvait être recherchée une solution, sous la forme d'une participation au processus d'harmonisation et d'unification de l'Organisation des Nations Unies, dont font partie pratiquement tous les pays du monde représentant les divers systèmes juridiques, économiques et sociaux, ainsi que tous les stades de développement économique. En outre, étant donné qu'il n'existait à l'ONU aucun organe qui soit à la fois techniquement compétent dans ce domaine et capable de consacrer suffisamment de temps à une tâche qui promettait d'être complexe et de longue haleine, il pourrait être créé un nouvel organe, sous la forme d'une commission pour le droit commercial international. La composition de cette commission devrait assurer une représentation équitable de toutes les régions, et elle devrait être composée d'autorités reconnues dans le domaine du droit commercial international. Il était également nécessaire de créer un nouveau secrétariat dans le cadre du Service juridique du secrétariat, lequel est devenu le Service du droit commercial international, dont le chef est le Secrétaire de la CNUDCI.

A propos des fonctions de ce nouvel organe, le rapport indiquait que s'il devait principalement avoir une fonction de coordination, il était souhaitable de ne pas le confiner à cette fonction et de l'autoriser à jouer également un rôle de formulation. Ce point a été confirmé de manière explicite dans la résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966 de l'Assemblée générale qui autorise la Commission à préparer ou encourager l'adoption de conventions, de lois types et de lois uniformes. Ces deux fonctions soulèvent la question de la relation entre la Commission et les nombreux autres organes qui s'occupent à formuler des règles comme, en commençant par un organe établi de longue date, l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) de Rome, la Conférence de La Haye de droit international privé et, dans le domaine privé, la Chambre de commerce international (CCI).

La résolution n'apporte pas de réponse explicite à cette question. Elle déclare cependant que la CNUDCI, dans l'exercice de sa fonction de formulation, collaborera étroitement chaque fois que cela sera approprié avec les organisations compétentes dans ce domaine. La pratique de la CNUDCI, dont le secrétariat multiplie les consultations et les invitations d'organisations intéressées non seulement aux sessions de la Commission mais aussi à des

groupes de travail, est conçue pour éviter les problèmes à cet égard. Il est vrai, cependant, que la CNUDCI a principalement eu jusqu'ici une activité de formulation, plutôt que de coordination. Elle pourrait donc souhaiter examiner les moyens d'accroître ses activités de coordination en conformité avec son mandat initial.

Il avait été entendu dès le début que la réalisation de l'objectif assigné à la CNUDCI nécessiterait beaucoup de flexibilité dans le choix des moyens employés. Cela vaut aussi bien pour le type des instruments, convention, loi uniforme, loi type, guide juridique, règles types, que pour la technique employée pour leur formulation, et notamment le rôle plus ou moins grand du secrétariat, des consultants, des groupes de travail et des contributions d'autres organisations. Lors des travaux qui ont permis l'élaboration de la Loi type sur l'arbitrage commercial international, un Groupe de travail plénier s'est appuyé dans ses délibérations sur des projets successifs élaborés par le secrétariat.

A sa première session, la Commission a décidé qu'elle procéderait dans ses travaux par voie de consensus. Cette sage décision lui a permis d'établir une tradition de débats constructifs et exempts d'idéologie pour la recherche de solutions techniquement judicieuses et susceptibles d'être très largement acceptées. Les représentants des Etats membres, initialement 29 et maintenant 36, ainsi que les observateurs d'autres Etats et d'organisations internationales la font profiter d'un trésor d'expertise et d'expérience. Bénéficiant de l'avantage unique de réunir des pays du monde entier et de pouvoir produire des textes en six langues importantes, la CNUDCI devrait poursuivre son travail d'harmonisation et d'unification sur des projets hautement prioritaires et réalisables. Les participants à ce congrès pourront aider la Commission à déterminer des sujets appropriés à cet égard compte tenu des besoins qui se dégagent de la pratique internationale.

Monsieur le Président, je voudrais conclure en rendant hommage aux contributions que feu Clive Schmitthoff a apportées à l'établissement des fondements théoriques et au développement pratique du droit du commerce international, et à la naissance de la CNUDCI. Permettez-moi, Monsieur le Président, d'inviter toutes les personnes ici présentes à observer à sa mémoire une minute de silence.

ANDRE ERDOS
Représentant permanent de la Hongrie auprès de l'Organisation des Nations Unies

Puisque l'ordre du jour de votre Congrès contient un point intitulé "La naissance de la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international" (CNUDCI), je me permettrai de dire quelques mots en ma qualité de représentant permanent de la République de Hongrie auprès des Nations Unies. Ce faisant, je ferai, avec votre permission, un petit détour historique pour nous amener quelques trente années en arrière.

Mais, avant tout, il me paraît important de signaler que le Gouvernement de la République de Hongrie n'a pas laissé au hasard le choix des personnes qui le représenteraient à ce Congrès. L'un d'entre eux est le professeur László Réczei, éminente personnalité du domaine du droit commercial international, qui n'a guère besoin d'être présenté ici. Il est ancien président de la CNUDCI et a représenté la Hongrie à plus d'une douzaine de ses

sessions. L'autre représentant hongrois est le professeur Endre Ustor dont le nom est intimement lié à la naissance même de la CNUDCI. M. Ustor est ancien président de la Commission du droit international et du Tribunal administratif de l'ONU, et a été le représentant de la Hongrie à la Sixième Commission.

C'est déjà du ressort de l'histoire que de rappeler que c'était le Gouvernement hongrois qui, en 1964, avait proposé l'introduction à l'ordre du jour provisoire de la dix-neuvième session de l'Assemblée générale d'un nouveau point avec un intitulé un peu long - et je cite - "Examen des mesures à prendre en vue du développement progressif du droit international privé, tout particulièrement afin de favoriser le commerce international". Un mémoire explicatif en annexe faisait ressortir clairement que "ce que l'on entend par 'développement du droit international privé' n'est pas tellement un accord international au sujet des règles que les tribunaux nationaux et les tribunaux d'arbitrage appliquent pour régler les conflits de lois et de législations, mais plutôt l'unification du droit privé, en particulier dans le domaine du commerce international". Cette proposition n'avait pas encore fait l'objet d'un examen à la dix-neuvième session de l'Assemblée générale. Mais l'année suivante, en 1965, elle a été soumise une nouvelle fois, accompagnée d'un mémoire explicatif identique à celui de l'année précédente, en vue de son inscription à l'ordre du jour de la vingtième session. L'Assemblée générale ayant donné suite à cette requête a décidé, à son tour, de renvoyer la question à la Sixième Commission.

C'est au sein de la Sixième Commission que s'est déroulé le processus d'accouchement de la CNUDCI. Au cours de la vingtième session, toujours en 1965, la délégation de la Hongrie a présenté un document de base volumineux sur la question, tandis que le Secrétariat a, lui aussi, préparé une étude préliminaire y relative. A la vingt et unième session de l'Assemblée générale, en 1966, la Commission avait devant elle le rapport magistral du Secrétariat qui a été préparé sur la base d'un projet du feu professeur Clive M. Schmitthoff. Une description succincte des débats de la Sixième Commission par son rapporteur, le professeur Arangio-Ruiz de l'Italie, est reproduite dans les documents de la vingt et unième session.

Les débats au sein de la Sixième Commission ont été accompagnés d'une longue série de négociations informelles en vue de rechercher des compromis. Ces efforts ont éventuellement abouti à un accord unanime sur une résolution - la résolution 2205 (XXI) - laquelle a donné naissance à la CNUDCI.

Se référant à ces discussions, le docteur Robert Rosenstock, dans un article intitulé "CNUDCI - un début raisonnable" et publié dans American Journal of International Law en 1968, a fait remarquer: "Personne de ceux qui étaient présents lorsque les arrangements finals ont été approuvés dans le cadre d'une session de négociations informelles n'oubliera aisément le large sourire de fierté paternelle bien méritée qui est apparue sur le visage du docteur Endre Ustor, le distingué représentant de la Hongrie, lorsque l'accord a été finalement atteint".

Les représentants de la Hongrie qui sont présents dans cette salle ont observé avec recueillement la minute de silence à la mémoire du professeur Schmitthoff et s'inclinent devant ses mérites extraordinaires dans la création de la CNUDCI. Ils se souviennent aussi des nombreux autres collègues disparus qui ont également participé dans cette entreprise commune. Parmi eux, des consultants qui ont pris une part active à la préparation du projet du professeur Schmitthoff en 1965, M. Constantin Stavropoulos, le Conseiller juridique de l'ONU, M. Paolo Contini du Secrétariat, l'Ambassadeur Richard Kearney de la délégation des Etats-Unis, et beaucoup d'autres.

Après avoir brossé ce tableau historique, permettez-moi en conclusion de formuler nos voeux de réussite à votre Congrès qui commémore le vingt-cinquième anniversaire de la création de la CNUDCI. Ce Congrès est en même temps un événement majeur de la décennie de l'ONU consacrée au droit international. Nous nous félicitons de voir réunis dans cette salle tant de représentants officiels, de savants et d'experts qui continuent à apporter leur contributions précieuses à la mise en oeuvre des acquis de la CNUDCI dans la pratique du droit commercial international.

3. Objectifs de l'unification

JOHN O. HONNOLD
Université de Pennsylvanie, Philadelphie (Etats-Unis d'Amérique);
Secrétaire de la CNUDCI, 1969-1974

Je me propose d'apporter ma contribution à notre examen de la question suivante : quels sont les objectifs - les valeurs ultimes - qui doivent guider les travaux de la CNUDCI au cours des prochaines années ? Cette question nous concerne tous car le succès de notre entreprise reposera sur la réflexion et les efforts de la famille élargie de la CNUDCI qui se trouve représentée ici aujourd'hui.

Quels sont les objectifs auxquels la CNUDCI doit accorder une importance particulière dans ses travaux ? Nous en examinerons ici quatre qui ont nom : i) clarté, ii) flexibilité; iii) modernisation; et iv) équité.

Ces objectifs, dès l'origine, ont été ceux de la CNUDCI. Comment pouvons-nous préserver et renforcer ces valeurs dans la suite de nos travaux ?

Clarté ou, en d'autres termes, prévisibilité

Une clarté et une prévisibilité parfaites du droit, comme la plupart d'entre vous le savent trop bien, ne seront jamais de ce monde - en tout cas aussi longtemps que le droit ne pourra être exprimé qu'en mots et devra s'appliquer à la conduite de simples humains, ces créatures en perpétuel mouvement, inventives dotées d'une propension à des actes inattendus et parfois abusifs. Cependant, il a généralement été possible d'établir des systèmes de droit interne où l'incertitude est maintenue dans des limites tolérables de telle sorte que pratiquement chacun préfère le droit à l'anarchie.

Le commerce international, ayant affaire au passage à de très nombreux systèmes juridiques différents dont les règles sont exprimées dans une multitude de langues, a été confronté à une formidable incertitude juridique. Les commerçants ont donc eux-mêmes mis au point pour leur propre commodité des instruments pratiques comme les contrats types applicables dans certains domaines bien structurés du commerce international, les Incoterms de la CCI et l'arbitrage. Comme nous le verrons de manière plus détaillée dans la suite de nos débats, la CNUDCI s'est activement employée à parfaire la mise au point de ces instruments ainsi que d'autres moyens analogues afin de les rendre plus largement utilisables. Ces instruments pratiques laissent cependant subsister de vastes domaines d'incertitude juridique, qui appellent l'établissement de règles uniformes de droit international.

Un droit international clair et prévisible peut-il être élaboré à partir des règles contradictoires de dizaines de systèmes de droit interne, qui sont exprimées dans des idiomes juridiques locaux dont les termes ne possèdent pas d'équivalents dans d'autres langues ? La réponse, malheureusement, est négative, mais l'histoire ne s'arrête pas là.

Comme vous pouvez le supposer, les délégués nourris de leur système de droit interne particulier sont venus à la CNUDCI avec mission de faire passer le plus possible de la culture de leur droit interne dans les textes internationaux uniformes. Fort heureusement, ce groupe international de personnalités soucieuses de l'intérêt public a rapidement compris que cette manière de procéder était impossible, et tous étaient fermement décidés à réussir.

Les délégués ont constaté que la meilleure manière d'aborder ces problèmes apparemment insolubles était de se concentrer sur des exemples pratiques des dilemmes les plus cruciaux. (Il semble que la plupart des langues possèdent des mots pour désigner des "faits" par opposition aux concepts juridiques désincarnés.) Face à ces faits concrets, le groupe pouvait généralement se mettre d'accord sur le résultat qui était le meilleur pour le commerce international. Ensuite, prenant pour objectif les résultats qu'ils étaient convenus de rechercher, il leur était habituellement possible (sinon facile) de traduire ces résultats dans un langage de tous les jours exempt d'idiomes juridiques locaux intraduisibles.

Permettez-moi d'avouer ma désolation quand j'entends dire que nous avons "négocié" un texte juridique. Assurément, les délégués se livraient à un long et difficile travail pour se mettre d'accord - et la CNUDCI a mis sa fierté à ce qu'il puisse toujours être dit qu'elle prenait ses décisions sans un vote formel. Cependant, cet accord n'était pas le résultat de marchandages juridiques comparables à des "négociations tarifaires". ("Nous réduirons le droit de douane sur vos poulets si vous faites de même pour notre maïs.") J'ai toujours présent à l'exprit le souvenir de délégués qui, aux premières sessions de la CNUDCI, disaient : "Ce n'est pas ce à quoi j'étais habitué, ni ce que je voulais, mais cela me semble clair et équitable, et donc cela me convient."

Je ne m'étendrai pas davantage sur les techniques qui permettent de rendre le droit commercial international clair et prévisible car il va en être question à propos du point suivant. Dans la suite de l'après-midi, nous examinerons les moyens d'assurer une meilleure uniformité dans l'interprétation des textes juridiques uniformes.

Flexibilité et adaptabilité à des situations différentes

Le principal exemple de cette flexibilité concerne le choix entre les différentes techniques d'unification :

a) Lorsque l'uniformité doit être aussi grande que possible, la CNUDCI emploie la convention ou le traité international. La Convention de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises en est un excellent exemple. Cette convention a déjà été ratifiée par 33 pays de tous les continents. Elle assure cette flexibilité de diverses manières. L'une d'elles consiste à éviter les détails inutiles. Une autre est la disposition suivant laquelle les parties peuvent rendre la convention inapplicable entre

elles, et le contrat entre les parties prévaut sur les dispositions contraires de la convention. En outre, la convention donne plein effet aux pratiques établies entre les parties et aux usages commerciaux en vigueur. Cette convention sera examinée de manière plus détaillée durant le Congrès, de même que les autres conventions de la CNUDCI;

b) Lorsqu'est nécessaire une meilleure adaptation au contexte local, la CNUDCI n'établit pas une convention mais une loi type - par exemple la Loi type de 1985 sur l'arbitrage commercial international. Cette Loi type sera examinée durant le Congrès;

c) Lorsqu'une flexibilité encore plus grande est indispensable, la CNUDCI définit des règles ou des dispositions types que les parties peuvent rendre applicables par contrat - par exemple, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui a reçu un excellent accueil et que les parties peuvent rendre applicable d'un trait de plume.

Ces diverses méthodes ont-elles apporté une flexibilité suffisante, ou excessive ? A propos de divers points du programme, vous serez invités à faire part de votre point de vue et de votre expérience qui seront les bienvenus.

Modernisation

L'unification fondée sur les systèmes juridiques existants est-elle suffisante ? Devons-nous nous satisfaire de l'uniformité obtenue par une fusion dans le même réceptacle international des systèmes actuels de droit interne ? Cette méthode du "melting-pot" souffre d'insuffisances fatales. Certains codes de droit interne qui sont d'application très étendue auront bientôt deux siècles et beaucoup sont vieux de près d'un siècle. Pire, beaucoup ont été élaborés pour des opérations intérieures sans aucun rapport avec le commerce international d'aujourd'hui.

Par bonheur, une importante modernisation est devenue inévitable. Même si les délégués devaient se borner à choisir entre les règles de droit interne en vigueur, ils se trouveraient confrontés à cette question : quelle règle est la meilleure pour le commerce international dans la situation actuelle ? Une modernisation s'impose encore davantage avec la démarche que nous avons évoquée plus haut et qui repose sur la question suivante : quel devrait être le résultat obtenu dans cette situation concrète ?

Le droit moderne du commerce international doit être fondé sur l'expérience internationale actuelle. Nous sommes persuadés que vous saurez faire bénéficier la CNUDCI de votre expérience.

Equité

Chacun est d'accord, je pense, qu'une négociation entre des parties expérimentées et compétentes est le meilleur moyen d'élaborer des arrangements commerciaux dans un marché de libre concurrence. Cependant, les parties ont parfois besoin d'aide.

Les parties veulent souvent conclure les contrats rapidement, et ne pas différer une transaction pour négocier des solutions à chaque problème qui pourrait survenir.

Les lois uniformes, comme la Convention des Nations Unies sur les ventes, fournissent des règles générales qui sont conçues de manière équitable pour combler ces lacunes dans le contrat. Un organe très largement représentatif comme la CNUDCI est bien placé pour élaborer des règles équitables pour chacune des parties. Il est rare que des délégués aient objecté que des projets de règle favorisaient une partie et lorsque cela s'est produit, le souci des délégués que ces règles puissent être très largement acceptées a permis d'aboutir à des compromis satisfaisants.

Pour qu'une négociation puisse être équitable, chaque partie doit posséder une information suffisante. Durant les débats, vous pourrez examiner le Guide juridique de la CNUDCI pour l'élaboration de contrats internationaux de construction d'installations industrielles qui connaît un grand succès et qui, à la demande des pays en développement, a été établi pour les aider dans la négociation de contrats de construction d'ensembles industriels. Vous entendrez aussi parler de projets semblables qui sont en cours et pourrez proposer des domaines où des travaux supplémentaires seraient nécessaires.

Enfin, nous arrivons à un domaine sensible pour lequel une négociation serait utile. Je me demande combien d'entre nous qui sommes venus par air, mer, bus ou chemin de fer ne se sont pas proposés de lire et de réécrire les contrats qui régissent la responsabilité du transporteur pour le passager et ses bagages. Imaginez qu'un vendeur dise, en remettant des marchandises à un navire "Asseyons-nous et réécrivons le connaissement de transport maritime type que vous-mêmes et les autres transporteurs maritimes avez préparé". Où cela le mènerait-il ?

Jusqu'à une date récente, ce sont les transporteurs maritimes qui ont défini les règles internationales relatives à la responsabilité du transporteur maritime de marchandises. La Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, élaborée par la CNUDCI pour assurer un équilibre plus équitable entre les intérêts de la marchandise et du transporteur maritime, a reçu une mise au point définitive en 1978 à une conférence diplomatique tenue à Hambourg; cette convention entrera en vigueur entre 20 pays en novembre 1992. La convention, et les bases qu'elle a établies pour un droit uniforme du transport combiné ou multimodal moderne (par exemple, par camion, rail et mer) est au programme du Congrès sous la rubrique "De La Haye à Hambourg".

A ce sujet, et pour des questions similaires, vous aurez la possibilité d'examiner et de commenter les effets que peut exercer un gouvernement international représentatif sur l'équité du droit du commerce international.

Dans les heures et les jours qui viennent, vous aurez de multiples possibilités d'examiner le travail effectué par la CNUDCI en faveur de l'établissement de règles internationales à la fois claires, flexibles, modernes et équitables, ainsi que de la faire bénéficier de votre contribution.

4. Processus d'élaboration de règles juridiques uniformes susceptibles d'être acceptées

WILLEM C. VIS
Université Pace, White Plains, New York (Etats-Unis d'Amérique);
Secrétaire de la CNUDCI, 1974-1980

Je pense inutile de souligner devant vous les difficultés et les complications apparemment insurmontables qui sont inhérentes à la préparation de règles juridiques uniformes susceptibles d'être adoptées à l'échelle mondiale.

Premièrement, les systèmes de droit interne nous proposent des règles qui sont fondamentalement différentes, sinon aucune uniformisation ne serait nécessaire. Face à ces règles très différentes, il faut choisir ou formuler une nouvelle règle qui concilie les divergences. Le grand problème est alors de déterminer à partir de quel critère une règle sera jugée plus appropriée qu'une autre.

Deuxièmement, les systèmes juridiques emploient souvent une terminologie différente, ou bien une même terminologie peut recouvrir des significations différentes. Il faut alors déterminer s'il est possible, pour la formulation de règles uniformes, d'emprunter des termes techniques à des systèmes de droit interne sans créer des problèmes d'interprétation dans d'autres juridictions.

Troisièmement, la langue dans laquelle sont rédigés les textes juridiques uniformes est presque toujours l'anglais, au moins au stade préparatoire du travail qui est particulièrement important. La mesure dans laquelle la prépondérance de l'anglais peut avoir une incidence sur la formulation conceptuelle des règles est une question intéressante et il faudrait peut-être un Wittgenstein pour l'analyser et y répondre. On peut en tout cas affirmer que ceux des participants à ce processus qui ne sont pas anglophones et ne possèdent pas la maîtrise de l'anglais juridique sont désavantagés dans les discussions. Permettez-moi ici d'exprimer mon admiration pour la grande compétence avec laquelle les interprètes de l'ONU ont permis d'assurer des niveaux raisonnables de communication et de compréhension entre des participants de formations juridique et linguistique différentes.

Par contre, plusieurs facteurs sont de nature à atténuer ces difficultés.

Premièrement, les textes de la CNUDCI concernent généralement des opérations internationales particulières, et ils ne sont pas destinés à remplacer ou à modifier le droit interne relatif aux opérations commerciales intérieures.

Deuxièmement, les textes de la CNUDCI, chaque fois qu'il est approprié, reconnaissent l'autonomie des parties en ce qui concerne la forme qu'elles souhaitent donner à leurs opérations.

Troisièmement, de réels efforts ont été faits, peut-être pas toujours avec succès, pour employer une "terminologie juridique neutre". Fait significatif, en ce qui concerne au moins ma propre expérience de la CNUDCI en tant que membre de son secrétariat ou de représentant gouvernemental, les

approches différentes de la rédaction des textes juridiques qui sont celles du droit de tradition romaine et de la common law n'ont pas été un problème. A cet égard, d'ailleurs, les théories doctrinales qui tiennent une très grande place, par exemple dans le droit des effets de commerce, n'ont jamais non plus été un facteur déterminant pour le choix d'une démarche de préférence à une autre.

De même, la souplesse des méthodes employées pour la formulation de règles juridiques est un facteur important de leur acceptabilité. C'est un aspect du travail de la CNUDCI dont traiteront d'autres intervenants et je ne m'étendrai donc pas à ce sujet.

Pour ce qui est du processus d'élaboration de règles uniformes, il n'existe aucun système standard convenant à chaque sujet qui ait été ou qui soit encore au programme des travaux de la CNUDCI. D'une manière générale, la Commission décide en séance plénière, à partir des observations des gouvernements et des milieux intéressés ainsi que des études préparatoires réalisées par son secrétariat, s'il y a lieu ou non d'entreprendre un travail sur un sujet déterminé. Si le feu vert est donné, la première phase du processus consiste à faire progresser les travaux jusqu'au point où ils peuvent utilement être confiés à un groupe de travail. Dans la plupart des cas, il faudra disposer d'un projet de texte de règles juridiques qui pourra être une convention multilatérale existante ou, s'il n'en existe pas, un projet de texte établi par le secrétariat.

Par exemple, les travaux relatifs à la vente internationale de marchandises se sont basés sur les Conventions de La Haye de 1964 et les travaux relatifs au transport des marchandises par mer, sur la Convention de Bruxelles de 1924 sur les connaissements. Les textes relatifs à la prescription en matière de vente internationale de marchandises, aux règlements d'arbitrage et de conciliation, et aux lettres de change et billets à ordre ont été élaborés par le secrétariat lui-même en consultation avec des experts et des praticiens extérieurs. Cette méthode consistant à construire à partir de ce qui existe déjà ou de formuler des règles uniformes de novo a été adoptée pour tous les autres sujets dont s'est occupée la CNUDCI : contrats industriels, clauses de dommages-intérêts spécifiés et clauses pénales, unité universelle de compte pour les conventions internationales, échange de données informatisées, lettres de crédit et garanties, etc. Quand un groupe de travail a achevé la mise au point d'un projet de texte, la Commission prend la suite et adopte elle-même les textes définitifs qui sont ensuite adoptés par l'Assemblée générale ou par une conférence diplomatique.

Quels enseignements peut-on tirer de ce processus parfois excessivement long ?

Le principal défaut, selon moi, est l'examen des projets de textes par des groupes de plus en plus nombreux à chaque stade du processus. Ce problème n'est pas particulier à la CNUDCI. La majorité, sinon la totalité, des membres de la Commission et des observateurs participant aux réunions de la CNUDCI sont des juristes. Tout juriste digne de ce nom pense qu'un texte juridique peut être amélioré. Un texte juridique peut être rédigé de nombreuses manières, de telle sorte qu'au stade final on se trouve en présence de nombreuses propositions d'amendements. Les amendements constituent généralement des compromis, et si ceux-ci peuvent rendre des règles juridiques plus facilement acceptables, ils n'améliorent pas toujours la qualité juridique des textes.

Il existe une différence fondamentale entre le travail circonspect et réfléchi auquel se livre un groupe de travail de réunion en réunion sur une période de plusieurs années et le caractère abrupt des décisions quasi instantanées que doivent souvent prendre sur beaucoup de sujets des groupes plus nombreux comme les comités pléniers, la Commission réunie en séance plénière ou une conférence diplomatique. La rédaction de règles juridiques dans les groupes de travail plus restreints dont la composition est généralement stable au fil des années et qui disposent du temps nécessaire pour étudier les propositions faites, procéder à une nouvelle rédaction et à un nouvel examen, ne peut pas avoir son équivalent dans le cas des instances nombreuses où beaucoup de participants abordent la question pour la première fois et où des textes juridiques doivent souvent être modifiés sur le champ.

Il semble actuellement que la tendance, à la CNUDCI, soit de confier les travaux préparatoires initiaux à des groupes de travail plus nombreux, ouverts à toutes les personnes intéressées. C'est peut-être une réponse à la nécessité que les textes puissent recevoir une plus large adhésion, mais on peut se demander s'il est possible d'élaborer dans des groupes importants des textes de la meilleure qualité juridique. C'est René David, je pense, qui a dit un jour que la qualité des projets de textes juridiques était inversement proportionnelle au nombre de leurs rédacteurs. Je suis cependant persuadé que la CNUDCI saura trouver un juste milieu. Il est certain, en tout cas, que les processus, les procédures et les méthodes ont évolué au fil des années et vont continuer de le faire.

Le travail de la CNUDCI a ceci d'unique qu'il s'adresse au monde entier. Son activité n'est pas guidée par des considérations politiques, ni par des intêrêts économiques, comme peut l'être par exemple celle de la CEE. Son travail doit être légitimé par l'existence d'un besoin universellement perçu de règles capables de faciliter les opérations commerciales internationales. La seule arme de la CNUDCI est ainsi la persuasion, ce qui lui impose donc de produire des textes acceptables et de la plus haute qualité.

Des règles juridiques uniformes ne peuvent bénéficier d'une adhésion universelle que si elles sont faciles à utiliser. Les professionnels du commerce, les banquiers et les juristes n'accepteront les textes de la CNUDCI que s'ils ont conclu qu'il était dans leur intérêt que leurs opérations internationales soient régies par ces règles.

La CNUDCI a, je pense, fait la place nécessaire aux praticiens dans ses méthodes de travail. Par exemple, elle possède depuis le début un Groupe d'étude permanent sur les paiements internationaux, composé de banquiers et de représentants des organisations intéressées, qui a apporté une contribution importante à ses travaux.

La contribution des praticiens devrait être renforcée à tous les stades des travaux de la CNUDCI. Celle-ci pourrait, dans ce but, insister pour que les gouvernements tiennent des consultations avec les associations nationales du barreau et les organisations commerciales appropriées, et encourager ces associations et ces organisations à communiquer au secrétariat leurs observations sur les projets de textes. Ces observations seraient particulièrement précieuses au stade initial de l'élaboration de règles uniformes.

Je ne voudrais pas conclure sans rendre hommage à un ancien collègue du secrétariat de la CNUDCI qui a été mon prédécesseur comme secrétaire de celle-ci, John O. Honnold. Tous ceux qui ont eu l'occasion de travailler avec lui au secrétariat et à la Commission savent qu'il a été le principal architecte d'une grande partie de ce qu'a pu réaliser la CNUDCI.

B. Méthodes permettant d'améliorer la coordination entre les organisations chargées de formuler des règles

1. Considérations générales

ERIC E. BERGSTEN
Université Pace, White Plains, New York (Etats-Unis d'Amérique);
Secrétaire de la CNUDCI, 1985-1991

Les travaux préparatoires qui ont conduit à la création de la CNUDCI ont mis l'accent sur la contribution que l'Organisation des Nations Unies pourrait apporter au développement du droit commercial international en coordonnant les activités des organismes existants qui s'occupent de la formulation de règles. "Au lieu de réduire l'utilité des organismes qui s'occupent actuellement de droit commercial international, l'intervention active des Nations Unies dans ce domaine contribuerait à élargir et à renforcer leur action" 1/. La question qui se posait était la suivante : "L'ONU doit-elle se borner à jouer un rôle de coordination ou doit-elle se charger aussi de la formulation des règles ?" 2/.

La réponse donnée par l'Assemblée générale dans sa résolution 2205 (XXI) (1966) portant création de la CNUDCI était qu'elle devait faire les deux. Cependant, cette résolution indiquait en premier lieu, et sans doute comme étant la tâche la plus importante de la Commission, que celle-ci devrait s'acquitter de sa mission "en coordonnant les activités des organisations qui s'occupent de ces questions et en les encourageant à coopérer entre elles". L'Assemblée générale a souligné à plusieurs reprises l'importance qu'elle attache à la fonction de coordination de la CNUDCI, notamment dans sa résolution 34/142 du 17 décembre 1979 et dans la phrase où elle réaffirme que la Commission, en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine afin d'éviter un gaspillage d'efforts et de favoriser l'efficacité, la cohésion et la cohérence dans l'unification et l'harmonisation du droit commercial international.

Pendant les premières années qui ont suivi la création de la CNUDCI, son mandat de coordination des activités des autres organisations qui s'occupent de droit commercial international a été à la base de toute son action. La CNUDCI a demandé et reçu des rapports de la Chambre de commerce internationale (CCI) et de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) sur les travaux qui pourraient être entrepris par ces organisations ou par la CNUDCI elle-même. Elle a fait connaître mondialement les travaux menés dans le domaine du droit commercial international par plusieurs organisations régionales, et notamment la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, le Conseil de l'Europe et le maintenant défunt Conseil d'assistance économique mutuelle.

Les relations avec certaines organisations sont demeurées étroites au cours de toute cette période de vingt-cinq années. Par exemple, les travaux de la CCI dans le domaine des garanties ont été initialement entrepris en 1969

à l'invitation de la CNUDCI, et la CCI a présenté jusqu'en 1974 à la Commission des rapports annuels sur les progrès de ses travaux pour la mise au point de règles à ce sujet. Les travaux actuels de la Commission dans le domaine des garanties, la préparation d'une convention sur les garanties et les lettres de crédit stand-by ont commencé en 1988 par une session du groupe de travail en grande partie consacrée à l'examen de ce qui était alors le projet de règles uniformes de la CCI relatives aux garanties (publication CCI N° 458). A propos d'autres questions, la CCI a demandé et obtenu que la CNUDCI entérine les versions 1974 et 1983 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (publication CCI N° 400) et, pas plus tard que la semaine dernière, des Incoterms 1990 (publication CCI N° 460).

A plusieurs reprises, UNIDROIT a transmis à la CNUDCI des projets de texte pour qu'elle les examine et les complète. L'occasion la plus récente est celle qui s'est conclue par une conférence diplomatique tenue en avril 1991 où a été adoptée la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international. Un exemple encore plus frappant est peut-être celui des travaux qui ont conduit à l'élaboration de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, la réalisation sans doute la mieux connue de la CNUDCI, qui ont commencé par une étude des deux conventions de La Haye de 1964 sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, qui avaient été préparées par UNIDROIT. Ces deux Conventions et les lois uniformes qui leur étaient annexées comprenaient des dispositions qui les rendaient inacceptables pour plusieurs pays, et interdisaient donc qu'elles puissent bénéficier d'une adhésion universelle. L'étude confiée à la CNUDCI était destinée à "déterminer quelles modifications des textes existants pourraient les rendre susceptibles d'une adhésion plus large de la part de pays qui ont des systèmes juridiques, économiques et sociaux différents" 3/. En fait, les modifications proposées devinrent si importantes que l'étude se transforma en l'élaboration d'une nouvelle convention à partir des textes de 1964. Le résultat final a été un succès dont UNIDROIT peut s'enorgueillir au même titre que la CNUDCI.

Des relations étroites ont également été maintenues avec la Conférence de La Haye de droit international privé et de nombreuses autres organisations intergouvernementales et non gouvernementales, tant régionales que mondiales, qui s'occupent, exclusivement ou non, de droit commercial international.

Ces exemples de relations entre la CNUDCI et d'autres organisations qui s'occupent de droit commercial international illustrent l'amélioration générale de la coopération entre les différentes organisations qui a pu être enregistrée au cours des vingt-cinq dernières années. Il est procédé à des échanges de documentation et les membres des secrétariats ou d'autres représentants des diverses organisations assistent souvent aux réunions de leurs homologues. Les organisations régionales, en particulier, ont désormais davantage tendance à promouvoir l'adoption d'une convention qui existe déjà à l'échelon universel qu'à vouloir élaborer pour des fins régionales une convention qui leur serait propre, favorisant ainsi une unification interrégionale du droit pour éviter d'isoler leur région du reste du monde. Enfin, il est maintenant fréquent - on pourrait à cet égard citer plusieurs exemples - qu'une organisation se base sur le texte établi par une autre organisation pour les travaux qu'elle entreprend sur un projet distinct mais connexe.

Néanmoins, le problème reste pratiquement le même qu'il y a vingt-cinq ans. Une multiplicité d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales s'occupent actuellement de droit commercial international. Un rapport du secrétariat de la CNUDCI, en 1988, en énumérait 40 et beaucoup n'étaient certainement pas mentionnées. L'important développement de leurs activités rend la nécessité d'une coordination méthodique aussi impérative aujourd'hui qu'elle pouvait l'être quand l'Assemblée générale a créé la CNUDCI il y a vingt-cinq ans.

Malheureusement, l'Assemblée générale n'a pas doté la Commission des moyens institutionnels nécessaires pour qu'elle puisse assurer le rôle de coordination qui lui avait été assigné. La plupart des organisations qui s'occupent du développement du droit commercial international ne font pas partie du système des Nations Unies. Celles qui en font partie, ou même les organes internes des Nations Unies elles-mêmes, ne sont nullement obligés de se ranger aux points de vue de la Commission. Il était manifeste dès le début que le rôle directeur de la CNUDCI dans ce domaine n'était associé à aucune notion d'autorité hiérarchique, laquelle n'existait pas. La déférence témoignée pendant les premières années aux demandes et aux suggestions de la CNUDCI était due à la conscience qu'elle seule pouvait jouer le rôle directeur dont la nécessité était généralement ressentie.

Malgré les honneurs rendus à la CNUDCI pendant cette semaine de Congrès, on peut dire que la Commission est aujourd'hui moins bien placée qu'elle ne l'était il y a vingt-cinq ans pour assurer sa fonction de coordination. Pour commencer, la Commission a perdu de vue l'importance de ce rôle. Elle ne demande plus, comme elle l'a fait, aux autres organisations de lui rendre compte de leurs activités à propos d'un sujet particulier. Le rapport annuel du secrétariat sur le travail des autres organisations a droit à un accusé de réception qui ne s'accompagne habituellement d'aucune observation de fond. La Commission peut certes se considérer comme "le principal organe juridique dans le domaine du droit commercial international", mais c'est par rapport à son rôle de formulation et non à son rôle de coordination qui est celui auquel l'Assemblée générale se référait dans cette phrase.

La CNUDCI, dans son rôle de coordination, est victime de son succès en tant qu'organe de formulation. En 1968, la Commission est entrée dans un domaine auquel les milieux internationaux commençaient à peine à s'intéresser. La décision de créer la Commission a été un effet de l'intérêt que portaient les milieux académiques au droit commercial international dans les années 60. La création de la Commission et sa réussite ultérieure ont immensément contribué à accroître l'intérêt des praticiens et des pouvoirs publics pour cette question. Ainsi que le montre le succès rencontré par le présent Congrès, le droit commercial international est effectivement reconnu comme un des principaux sujets auxquels devrait être consacrée la Décennie des Nations Unies pour le droit international. Il n'en aurait pas été de même si la Décennie avait été célébrée pendant les années 70 ou 80.

Quand la Commission a commencé ses travaux en 1968, elle n'avait pas d'ordre du jour. Il était donc tout naturel qu'elle commence par faire un bilan de la situation pour déterminer ce qu'elle devait faire. Son rôle de coordination ne constituait pas une menace pour les autres organisations. Cependant, le succès de la CNUDCI en tant qu'organe de formulation au cours des vingt-cinq dernières années a été une source de préoccupations pour certaines, mais non la totalité, des autres organisations, celles qui s'occupaient depuis toujours de droit commercial international comme celles

qui s'étaient découvert une vocation de fraîche date dans ce domaine. Les organisations qui nourrissent ces préoccupations sont bien entendu moins disposées à accepter le rôle de coordination de la Commission qu'elles ne l'étaient durant les premières années.

Il est difficile de donner des exemples, et peut-être ne serait-il pas judicieux de le faire. La plupart des faits concernés sont sujets à interprétation. Nous mentionnerons donc seulement deux cas qui concernent des commissions économiques régionales des Nations Unies elles-mêmes. Dans le premier, un comité d'une des organisations économiques régionales a pu faire échec à une proposition tendant à ce que la Commission entreprenne un projet particulier qui aurait empiété sur un de ses propres projets. Dans le deuxième, une autre commission économique régionale s'est activement employée à dissuader les Etats de sa région d'adopter deux des conventions élaborées par la Commission. On doit espérer que ces deux exemples d'un manque de considération à l'égard du travail de la Commission, et les autres qu'il est plus difficile d'établir formellement, ne sont que des aberrations passagères.

Un problème de coordination quelque peu différent, qui pourrait facilement se poser dans d'autres domaines, est apparu à propos de la vente internationale de marchandises. Actuellement, il existe à côté de la Convention des Nations Unies sur les ventes, trois conventions subsidiaires qui sont la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, également élaborée par la CNUDCI, la Convention sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, élaborée par UNIDROIT, et la Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises élaborée par la Conférence de La Haye. De ces trois conventions, seule la Convention sur la prescription est en vigueur. Les raisons de cette situation sont certainement nombreuses. L'une d'elles est peut-être que la Convention sur la prescription est de loin la plus ancienne des trois, ayant été adoptée par une conférence diplomatique en 1974, alors que la Convention sur la représentation a été adoptée par une conférence diplomatique en 1983 et la Convention sur la loi applicable a été adoptée en 1986. Je penserais cependant que la principale raison est qu'UNIDROIT, pas plus que la Conférence de La Haye, n'ont été chacun en mesure de promouvoir efficacement la ratification de leur convention quand elle était considérée séparément de la Convention sur les ventes dont elle est un instrument subsidiaire. Les Etats qui se proposent de ratifier la Convention sur les ventes peuvent envisager de ratifier simultanément la Convention sur la prescription, mais il est moins probable qu'ils puissent ratifier les deux Conventions qui n'ont pas été élaborées par la CNUDCI. La Convention sur la représentation et la Convention sur le choix de la loi sont donc bel et bien orphelines.

Je ferai deux suggestions à propos de ce problème particulier. La première concerne le stade préparatoire d'une convention nouvelle. Préalablement à une conférence diplomatique, l'organisation concernée pourrait faire participer la CNUDCI à la préparation de la convention. La méthode sans doute la plus efficace consisterait pour elle à soumettre à la CNUDCI le projet de convention pour qu'elle y mette la dernière main de telle sorte que la conférence diplomatique puisse se tenir sous les auspices des Nations Unies. Cette suggestion n'a rien de nouveau ni de révolutionnaire. La Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, adoptée par une

conférence diplomatique en avril 1991, était basée sur un projet de convention préparé par UNIDROIT qui l'avait soumis à la CNUDCI pour qu'elle lui donne sa forme définitive et l'adopte. Etant donné que cette convention est philosophiquement, sinon juridiquement, inspirée des Règles de Hambourg et de la Convention des Nations Unies sur le transport multimodal, il était à mon avis justifié qu'UNIDROIT reconnaisse que la convention pourrait connaître un avenir plus prometteur si la CNUDCI achevait sa préparation et se chargeait de la promouvoir dans le cadre d'un ensemble d'instruments juridiques concernant le transport.

Ma deuxième suggestion concerne les textes de droit commercial international qui sont préparés par d'autres organisations, que ceux-ci soient présentés sous la forme d'une convention ou sous une autre forme. La Commission devrait inviter ces organisations à lui soumettre, pour qu'elle les entérine, les textes de droit commercial international qu'elles ont élaborés. C'est ce qu'a fait à plusieurs reprises la Chambre de commerce international en ce qui concerne les Règles et usances uniformes relatives au crédit documentaire, et l'année dernière à propos de la révision 1990 des Incoterms.

Ce n'est pas la première fois que cette suggestion est faite. En 1981, le secrétariat a noté que la Commission, au cours des dernières années, n'avait pas demandé à d'autres organismes compétents de lui communiquer des textes adoptés par eux et susceptibles d'être entérinés par elle. Le secrétariat poursuivait en indiquant que "maintenant que l'Assemblée générale a réaffirmé le mandat de la Commission en matière de coordination des activités juridiques dans le domaine du droit commercial international, la Commission souhaitera peut-être prendre l'initiative de demander que lui soient communiqués de nouveaux textes susceptibles d'être entérinés par elle" (A/CN.9/203, par. 125). La Commission n'a pas donné suite à cette suggestion du Secrétariat en 1981 ni plus tard. Peut-être est-ce parce que le fait de solliciter la communication de textes susceptibles d'être entérinés ou leur communication à la CNUDCI par l'organisme qui les a formulés comporte le risque que la Commission ne souhaite pas entériner le texte en question. La réalité de ce risque a été démontrée l'année dernière lorsque la Commission a différé d'une année sa décision d'entériner les Incoterms 1990, bien que ce délai ne soit pas motivé par des réserves quant à la qualité de la nouvelle version des Incoterms. Cependant, la possibilité de rejet d'un texte par la Commission serait en elle-même un moyen de déterminer si ce texte fait avancer la cause du droit commercial international ou s'il ne s'agit que d'un texte juridique de plus destiné à encombrer la littérature, ralentissant par là une unification et une harmonisation véritables du droit commercial international.

La promotion des textes relatifs au droit commercial international dans un Etat qui participe aux travaux de la Commission incombe principalement aux délégués à la Commission, aux ministères concernés, aux milieux académiques et aux milieux intéressés de cet Etat, mais cette situation concerne au maximum un quart des Etats Membres de l'ONU. Il faut s'employer activement à promouvoir l'adoption des textes dans les trois quarts restants des Etats Membres. Après que la Commission a entériné un texte de droit commercial international élaboré par une autre organisation, le secrétariat peut participer à la promotion de son adoption et de son application. Il n'est pas libre de le faire s'il s'agit de textes qui n'ont pas été élaborés ou entérinés par la Commission. La CNUDCI est bien placée pour promouvoir l'adoption de textes juridiques qu'elle a élaborés ou entérinés en menant une action dans chaque Etat individuel. Bien que n'importe quelle organisation

puisse aussi bien que la CNUDCI organiser des séminaires, les organisations intergouvernementales ne faisant pas partie du système des Nations Unies ne disposent pas du soutien que peuvent apporter les bureaux de pays du Programme des Nations Unies pour le développement.

La CNUDCI est une organisation unique. Elle de devrait pas être considérée simplement comme un organe de formulation de plus dans le domaine du droit commercial international. Elle est la seule organisation au monde qui soit compétente pour la totalité de ce domaine et qui, faisant partie de l'Organisation des Nations Unies et relevant de l'Assemblée générale, regroupe les pays du monde entier. Ces attributs sont un élément de sa force en tant qu'organe de formulation. Cependant, la satisfaction intellectuelle que procure l'élaboration de textes juridiques susceptibles d'être adoptés dans des Etats possédant toutes les formes de systèmes juridiques et économiques et se trouvant à tous les niveaux de développement économique ne doit pas faire perdre de vue que la principale mission confiée à la CNUDCI par l'Assemblée générale était la coordination des activités des autres organisations du système des Nations Unies et des organisations autonomes dans le domaine du droit commercial international.

2. Institut international pour l'unification du droit privé

MALCOLM EVANS
Serétaire général, Institut international pour l'unification du droit privé, Rome

Permettez-moi avant tout d'adresser à la Commission les chaleureuses félicitations d'UNIDROIT à l'occasion de ces célébrations qui marquent la vingt-cinquième session annuelle de la CNUDCI et, dans le même temps, de la remercier de m'avoir offert la possibilité, en tant que Secrétaire général d'UNIDROIT, d'échanger avec les participants au Congrès quelques réflexions sur l'importante question de la coordination entre les organisations légiférantes.

J'aborderai brièvement quatre aspects de cette coordination, à savoir la sélection des domaines dans lesquels une harmonisation semble possible, le processus d'élaboration des textes, leur promotion et enfin la question de la formation et de l'assistance. Vous voudrez bien me pardonner de me fonder essentiellement sur des exemples tirés de l'expérience d'UNIDROIT. Du fait de ses soixante-cinq années d'existence, du large mandat qui lui a été conféré et qui est loin de se limiter au domaine du droit commercial international, et de son approche que l'on a souvent décrite comme essentiellement scientifique, UNIDROIT a eu des contacts directs avec la plupart des organisations actives dans le domaine de l'harmonisation et de l'unification du droit, qu'elles soient intergouvernementales ou non gouvernementales, universelles ou régionales, ainsi qu'avec de nombreuses associations représentant diverses catégories professionnelles.

Parmi les quatre aspects que j'ai mentionnés plus haut, il me semble que le premier, le choix par les organisations légiférantes des sujets d'examen et des domaines d'action possibles, est celui dans lequel les plus grands progrès ont été réalisés sur le plan de la coordination et je rappellerai à ce propos que, depuis près de quinze ans maintenant, les secrétariats de la Conférence de La Haye de droit international privé, de la CNUDCI et d'UNIDROIT ont saisi toutes les occasions possibles pour échanger des idées et des renseignements,

afin notamment d'éviter tout double emploi. Ces contacts se sont révélés inestimables et je ne peux, quant à moi, me rappeler aucun cas de friction durant cette période entre UNIDROIT d'une part et la CNUDCI ou la Conférence de La Haye d'autre part pour ce qui est de la répartition des tâches.

Bien sûr, me dira-t-on, il est évident que l'on doit éviter tout chevauchement, source de tant de perte de temps et de gaspillages; aussi les organisations compétentes n'ont-elles pas à s'autoféliciter pour avoir atteint ce but, étant donné notamment que les Etats leur rappellent avec de plus en plus d'insistance que les ressources disponibles pour la coopération internationale dans le domaine de l'harmonisation et de l'unification du droit privé sont rien moins que limitées. Bien que le ralentissement marqué de la prolifération des organisations intergouvernementales, caractéristique des deux décennies ayant suivi la seconde guerre mondiale, permette de penser que les risques de concurrence entre organisations se sont réduits, deux facteurs peuvent néanmoins contrarier cette tendance. Premièrement, certains Etats ou groupes d'Etats peuvent estimer qu'une organisation donnée constitue une enceinte plus favorable que d'autres pour promouvoir leurs propres intérêts et deuxièmement, les organisations régionales, de caractère essentiellement économique et ayant pour objectif de promouvoir l'intégration, tendent de plus en plus à légiférer dans le domaine du droit commercial, compliquant ainsi la tâche des Etats membres de ces groupements régionaux désireux de progresser vers une harmonisation universelle car celle-ci risquerait d'aboutir à des solutions différentes de celles qui ont pu être adoptées à l'échelon régional. Cette dernière question mérite, me semble-t-il, une attention particulière.

Pour ce qui est de la coordination au stade de l'élaboration de textes uniformes, l'expérience d'UNIDROIT peut être envisagée sous deux angles différents. UNIDROIT est, sans aucun doute, une organisation légiférante : c'est en effet une organisation intergouvernementale qui rassemble plus de 50 Etats provenant de tous les continents du monde, dont certains ont accueilli des conférences diplomatiques pour l'adoption de conventions d'UNIDROIT.

Dans le même temps, toutefois, UNIDROIT est un institut de recherche disposant d'un vaste réseau d'éminents correspondants provenant des milieux universitaires et professionnels, auxquels nous avons recours régulièrement dans le cadre d'études de droit comparé et d'études de faisabilité décidées par le Conseil de direction, et qui sont fréquemment associés aux membres du Conseil dans le cadre de groupes d'étude chargés de l'élaboration initiale des textes uniformes, que la mise au point définitive de ces textes soit confiée à UNIDROIT ou à une autre organisation.

Je donnerai quelques exemples de cette double fonction d'UNIDROIT : outre les deux conventions les plus récentes d'UNIDROIT adoptées à Ottawa en 1988, les Conventions sur le crédit-bail international et sur l'affacturage international, l'Institut a également effectué des recherches de base et élaboré des projets relatifs à deux autres conventions conclues récemment, à savoir la Convention des Nations Unies sur la responsabilité civile en cas de dommages causés durant le transport de substances dangereuses par la route, par les chemins de fer et par les voies navigables intérieures (Genève, 1989) et, plus récemment encore, la Convention des Nations Unies de 1991 sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, qui est l'aboutissement de plus de 10 ans d'efforts, d'abord au sein d'UNIDROIT, puis à la CNUDCI.

Il est certes toujours possible d'améliorer encore la situation, mais il me semble, si l'on se fonde du moins sur l'expérience d'UNIDROIT, que la coordination avec les autres organisations compétentes durant les deux premières étapes du processus d'harmonisation est dans l'ensemble très satisfaisante.

Il reste toutefois beaucoup à faire dans les domaines de la promotion des instruments internationaux et de la formation et de l'assistance juridiques, deux domaines connexes mais distincts, que l'on confond parfois. Ici, la coordination n'en est qu'à ses balbutiements, bien que l'on ne manque pas d'exemples de coopération interorganisations.

UNIDROIT est tout à fait conscient de la dette de gratitude qu'il a envers les organisateurs du Congrès, et notamment envers mon ami Gerold Herrmann, secrétaire de la Commission, pour avoir inscrit au programme du Congrès l'examen de la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail et, je n'en doute pas, mon collègue Joachim Bonell ne manquera pas de mentionner les projets de principes d'UNIDROIT en matière de contrats commerciaux internationaux lorsqu'il traitera de la question des formes non législatives d'harmonisation. De même, je rappellerai avec gratitude la possibilité qu'a donnée à UNIDROIT l'ancien secrétaire de la Commission, Eric Bergsten, de présenter les Conventions d'UNIDROIT sur le crédit-bail et la représentation lors du Séminaire AALCC/CNUDCI/CNUCED tenu à New Delhi en 1989; notre organisation, quant à elle, a donné la prééminence à la Convention des Nations Unies sur les ventes lors de son Congrès international sur le droit uniforme dans la pratique, tenu à Rome en 1987.

Aussi louables que soient ces exemples de coopération, et il ne s'agit là que d'exemples, ils tendent à rester l'exception et, alors que les organisations compétentes sont régulièrement invitées par ceux qui sont après tout leurs trésoriers, à savoir les Etats eux-mêmes, à se concentrer davantage sur la consolidation des acquis, il semblerait qu'elles pourraient déployer davantage d'efforts pour utiliser au mieux les ressources limitées mises à leur disposition.

Si l'on met à part des célébrations telles que celle-ci, qui sont naturellement consacrées essentiellement à mettre en lumière les réalisations et les travaux en cours de l'Organisation hôte - et, de fait, les réalisations de la CNUDCI durant le quart de siècle écoulé sont exceptionnelles - la plupart des activités routinières de promotion sont effectuées sur le terrain et, dans certains cas, notamment lorsque des congrès et séminaires sont organisés dans des régions du monde qui bénéficient rarement des fruits du processus d'harmonisation, une présentation conjointe par les secrétariats de diverses organisations aurait un impact plus grand et serait de fait plus rentable qu'une succession de visites séparées de représentants de ces organisations, souvent accompagnés des experts eux-mêmes qui représentaient les gouvernements durant la phase d'élaboration.

Pour ce qui est de la formation et de l'assistance juridiques, les mêmes considérations semblent s'appliquer. Les ressources sont limitées. Les organisations internationales désireuses d'obtenir un appui financier extrabudgétaire se tourneront sans doute vers les mêmes sources de financement, que l'objet de ce financement soit la tenue d'un séminaire au siège de l'organisation ou sur le terrain, ou l'octroi de contrats de stage au sein de l'organisation. Dans ce dernier contexte, je noterai que le

secrétariat d'UNIDROIT envisage de mettre en place un mécanisme pilote de bourses de recherche dans le domaine du droit uniforme à l'intention de juristes provenant de ce que l'on appellera, faute d'un terme plus approprié, les économies en développement; ce mécanisme sera mis en oeuvre, dans toute la mesure possible, en association avec d'autres organisations internationales et avec des instituts de droit comparé. Il va sans dire que, si cette initiative devait être approuvée en principe par notre Conseil de direction et se révéler financièrement viable, nous chercherions naturellement à obtenir le plein appui d'organisations telles que la CNUDCI et la Conférence de La Haye, avec laquelle nous avons déjà établi à ce propos des contacts préliminaires encourageants.

Permettez-moi de rappeler que, dès 1973, la cinquième Réunion d'UNIDROIT rassemblant les organisations chargées de l'unification du droit a été organisée à Rome; les deux principaux thèmes de la réunion étaient les méthodes de coordination des activités des différentes organisations internationales et le droit uniforme en tant que mode d'assistance technique aux pays en développement. Il est curieux de noter que peu d'orateurs ont alors tenté de rapprocher ces deux thèmes et il me semble que, 20 ans après, il est grand temps de saisir l'occasion que nous donne la CNUDCI de le faire. Je suis de ce fait heureux d'annoncer que le secrétariat d'UNIDROIT envisage, dans les deux ou trois prochaines années, d'organiser à Rome un séminaire où seraient examinés les moyens d'intensifier la coopération entre les organisations, afin de maximiser les avantages qu'offrent nos programmes de formation et d'assistance respectifs.

Enfin, j'ai eu le plaisir et le privilège, durant les vingt dernières années, de rencontrer les six secrétaires de la CNUDCI et de collaborer avec eux. Cela s'est révélé être une expérience des plus fructueuses et il me semble justifié de conclure mon intervention en citant le premier Secrétaire de la CNUDCI, Paolo Contini, qui déclarait, dans son discours de clôture lors de la Réunion de Rome de 1973 : "Il est un autre facteur que l'on ne saurait négliger : c'est l'élément humain. Une coopération authentique suppose un véritable échange d'informations et de conseils, sans aucune mesquinerie. Des consultations spontanées et officieuses entre secrétariats fondées sur des rapports personnels, seront sans doute plus efficaces que des accords officiels de coordination appliqués sans enthousiasme. Dans toute activité d'unification à laquelle participent au moins deux organisations, il est essentiel que les participants aient conscience qu'une coopération fructueuse tend à produire davantage de résultats, alors qu'une bataille de compétences autour d'un même projet risque de laisser les combattants les mains vides."

Paolo Contini faisait naturellement référence à cette occasion aux effets néfastes de la concurrence entre organisations au stade de l'élaboration des textes, mais ses paroles sont tout aussi pertinentes pour l'ensemble du processus d'harmonisation. L'esprit de coopération qu'il préconisait a toujours présidé, me semble-t-il, non seulement aux relations entre la CNUDCI et UNIDROIT, mais aussi aux activités entreprises par nos deux organisations avec d'autres. Et il n'y a aucune raison de douter que cet esprit continuera de prévaloir, alors que nous sommes au seuil de ce XXIème siècle, vers lequel les organisateurs du Congrès nous ont, avec tant de brio, invités à porter nos regards.

3. Conférence de La Haye de droit international privé

MICHEL PELICHET
Secrétaire général adjoint de la Conférence de La Haye de droit international privé, La Haye (Pays-Bas)

C'est avec un sentiment d'admiration que j'ai l'honneur aujourd'hui, mais plus encore le plaisir, de venir apporter le salut de la Conférence de La Haye de droit international privé à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à l'occasion de ce Congrès consacré au vingt-cinquième anniversaire de cette institution. Comment ne pas être admiratif en effet devant les résultats remarquables auxquels a abouti cette organisation, qui, âgée de vingt-cinq ans seulement, est la plus jeune parmi toutes les organisations qui se sont engagées à un titre ou un autre à unifier le droit. Il ne m'appartient pas, dans le temps limité que m'est alloué ce matin, d'examiner en détail les conventions ou lois modèles élaborées au sein de la CNUDCI, cela fera l'objet de discussions plus détaillées dans les jours qui vont suivre. Je reviendrai simplement tout à l'heure sur le cas particulier de la vente internationale pour laquelle une coordination harmonieuse a pu se réaliser entre la CNUDCI et la Conférence de La Haye. Ce que je voudrais souligner à ce premier stade de mon intervention, c'est qu'il nous apparaît certain à La Haye que les résultats remarquables de la CNUDCI sont dus en partie au fait que cette organisation n'a cessé d'avoir le souci d'engager et de maintenir le contact avec les autres organisations s'occupant de l'unification du droit, qu'elles soient gouvernementales ou non gouvernementales, et qu'elle a eu à coeur de tenir le rôle qu'elle s'était assigné lors de sa création, à savoir de coordonner les travaux de ces diverses organisations.

Pourtant, faut-il le souligner, cette tâche essentielle de la coordination n'est pas aisée et requiert beaucoup d'habileté. Sans parler des problèmes de susceptibilité qu'elle peut soulever, il faut bien dire que la coordination entre organisations dont la spécificité n'est pas identique et dont les intérêts ne sont par conséquent pas concordants peut soulever de sérieuses difficultés. A cet égard, l'exemple de la Conférence de La Haye est typique : cette organisation, on le sait, a pour but, selon l'article premier de son Statut, de travailler à l'unification progressive des règles de droit international privé. C'est dire que la Conférence se trouve devant un véritable dilemme : d'une part, son domaine d'activité est très limité, puisqu'il ne porte que sur le droit international privé, mais dans le cadre de ce domaine, l'organisation ne traite pas uniquement du droit commercial, mais également du droit de la famille, des successions, de la responsabilité extracontractuelle, de l'entraide judiciaire et du domaine très vaste de la compétence judiciaire, de la reconnaissance et de l'exécution des jugements; mais, d'autre part, ce champ d'activité limité se reflète, je devrais dire se projette, dans tous les domaines du droit matériel, ce qui a pour conséquence qu'il n'y a pas de tentatives d'unification du droit matériel, quel que soit le cadre dans lequel ces tentatives se réalisent, qui ne soulèvent pas des problèmes de droit international privé. Pour la CNUDCI, la coordination des travaux avec une organisation du type de la Conférence de La Haye, une éventuelle collaboration même, apparaissait comme délicate, dans la mesure où pour tous les sujets de droit matériel abordés par la CNUDCI, il convient de faire la balance entre les problèmes de pur droit international privé, dont la solution devrait revenir à la Conférence de La Haye, et ceux plus directement imbriqués dans le droit matériel et qui pourraient trouver place dès lors dans une réglementation de ce type.

Or, durant ces premières vingt-cinq années d'existence de la CNUDCI, la collaboration et la coordination avec les travaux de la Conférence ont été harmonieux et semblent avoir parfaitement réussi. Il faut rappeler à cet égard que dix ans déjà avant la naissance de la CNUDCI, la Conférence de La Haye avait conclu un accord de collaboration avec l'Organisation des Nations Unies. En novembre 1958, en effet, les deux Secrétaires généraux d'alors, M. Dag Hammarskjöld pour les Nations Unies et M. Matthijs van Hoogstraten pour la Conférence de La Haye, s'étaient entendus dans un échange de lettres pour organiser une collaboration aux termes de laquelle les deux organisations prévoyaient un échange général d'information, de même que l'envoi d'observateurs pour les matières qui étaient d'intérêt commun; mais il était surtout prévu que pour certaines matières spéciales, l'une de ces organisations pouvait saisir l'autre pour lui demander d'entamer des travaux. Cet accord a trouvé très naturellement un champ d'application idéal dès la constitution de la CNUDCI et a permis un développement harmonieux de la collaboration entre les deux organisations. C'est ainsi que pour les travaux relatifs aux effets de commerce, un observateur de la Conférence de La Haye a régulièrement suivi les réunions de la CNUDCI, a même participé à certains comités de rédaction et a pris une part active dans les problèmes de champ d'application que la Convention en la matière avait soulevés. De plus, la nouvelle Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux soulevant un problème spécifique de conflit de lois par le fait qu'elle est entièrement basée sur l'autonomie de la volonté des parties, la Conférence de La Haye a porté à l'agenda de ses travaux futurs l'élaboration d'une convention sur la loi applicable aux effets de commerce.

Il en va de même en matière de vente internationale : la Conférence a non seulement suivi les travaux effectués au sein de la CNUDCI, mais elle a de son côté, en collaboration et avec le soutien de l'Organisation des Nations Unies, élaboré elle-même une Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, convention complémentaire à celle adoptée sous l'égide de la CNUDCI à Vienne en 1980. Bien plus, pour cette Convention sur la loi applicable à la vente internationale, l'Organisation des Nations Unies a accepté de traduire le texte conventionnel adopté à La Haye dans les langues officielles des Nations Unies autres que le français et l'anglais, qui sont les seules langues officielles de la Conférence de La Haye.

Cette collaboration harmonieuse entre la Conférence de La Haye et la CNUDCI va-t-elle se prolonger à l'avenir, pour développer encore au XXIème siècle le droit commercial uniforme, thème de ce Congrès ? C'est naturellement le désir le plus sincère de la Conférence de La Haye et le secrétariat de cette organisation va tout entreprendre pour que cela se réalise. Je ne puis néanmoins vous cacher que nous sommes saisis à La Haye d'une certain appréhension. Il semble en effet se dessiner au sein de la CNUDCI une nouvelle tendance en matière d'unification du droit commercial, nouvelle tendance qui ne va pas sans poser certains problèmes à la Conférence de La Haye. Alors que, jusqu'à présent, la CNUDCI s'est occupée, par le biais de conventions, des domaines traditionnels du droit commercial international, elle entreprend de plus en plus des travaux dans des matières très particulières et souvent plus limitées et inexplorées, telles que le transfert électronique de fonds, les garanties à première demande ou les échanges de données informatisées. A cela s'ajoute que ces travaux sont entrepris de plus en plus sous forme de loi modèle, l'unification par voie conventionnelle de matières très limitées ne se justifiant peut-être pas.

Or, la nouvelle tendance de la CNUDCI, qui n'était jamais apparue jusqu'à maintenant lors de l'unification conventionnelle traditionnelle, est d'adopter dans ses lois modèles de droit matériel des règles de conflit de lois et des règles de compétence juridictionnelle. Or, si la Conference de La Haye ne saurait avoir d'objection de principe à ce qu'une loi modèle contienne une règle de conflit - encore que la technique, consistant à adopter dans une loi de droit matériel une règle de conflit dans le but précisément de déterminer l'application de la loi modèle, semble des plus douteuses et aboutir à un cercle vicieux - elle ne peut que regretter que des règles de conflit et de compétence juridictionnelle soient proposées dans les lois modèles sans qu'une véritable recherche ait été effectuée dans le domaine visé. Le droit international privé est une matière très particulière et délicate, qui doit se fonder sur des recherches de droit comparé, surtout dans des matières partiellement nouvelles, inconnues, et où une règle de conflit élaborée à la hâte peut déboucher sur des résultats surprenants. Il est clair que si cette nouvelle tendance de la CNUDCI devait perdurer, en d'autres termes si la CNUDCI devait insister à adopter dans une réglementation de droit matériel des règles de conflit de lois et de compétence juridictionnelle - tendance qui est considérée comme regretable par la Conférence de La Haye - une nouvelle forme de collaboration devrait être développée entre les deux organisations.

La Conférence de La Haye de droit international privé va fêter l'année prochaine, lors de sa dix-septième session en mai 1993, le centième anniversaire de sa création. Comme votre organisation pour son vingt-cinquième anniversaire, ce centenaire de la Conférence sera l'occasion d'opérer un examen critique sur ses méthodes de travail et sur ses relations avec les autres organisations internationales. Il conviendra peut-être d'envisager alors de nouvelles formes de collaboration, par exemple en prévoyant de réunir des groupes de travail communs entre la CNUDCI et la Conférence pour régler certains problèmes spécifiques de droit international privé. Si une telle approche implique nécessairement un revirement dans les méthodes de travail de la Conférence, cela nécessitera également une adaptation de la part de la CNUDCI, mais cette adaptation ne peut être que bénéfique au développement et à l'unification du droit commercial international.

Mais, et j'aimerais terminer sur cette dernière observation, une bonne harmonie entre les différentes organisations internationales qui s'occupent de l'unification du droit, une coordination des travaux et une collaboration au niveau de la réalisation ne peuvent exister que si ce désir de collaboration et de coordination existe au sein de chaque administration nationale des différents Etats concernés. Or, trop souvent, les Etats se font représenter dans les travaux des différentes organisations internationales par des experts ou délégués qui ignorent tout de ce qui se fait, souvent en parallèle, dans d'autres organisations; bien plus, il arrive que les mêmes experts ou délégués représentent leur pays dans deux organisations, mais en adoptant, pour des raisons politiques souvent obscures, des attitudes diamétralement opposées. Cela aboutit à des résultats malheureux, qui nuisent non seulement à la collaboration entre les organisations concernées, mais en fin de compte à l'unification du droit elle-même. Si l'on veut donc que la coordination entre les organisations internationales soit harmonieuse et efficace, il est indispensable que dans chaque Etat, au sein de son administration, une telle coordination soit organisée, encouragée et respectée. C'est là une condition impérative pour que l'unification du droit ne se réalise pas de manière anarchique.

4. Chambre de commerce internationale

DOMINIQUE HASCHER
Secrétaire de la Commission de l'arbitrage international de la Chambre de commerce internationale, Paris

La Chambre de commerce internationale, fondée en 1919, est l'organisation mondiale des milieux d'affaires. Sur le plan organique, la CCI est une organisation internationale non gouvernementale à laquelle l'ONU a, lors de la troisième session du Conseil économique et social en 1946, conféré un statut consultatif de première catégorie. Son siège international est situé à Paris. Ses membres, plus de 7 000 répartis dans 110 pays, sont pour la plupart regroupés dans des comités nationaux.

La CCI élabore et coordonne la position des milieux d'affaires mondiaux sur certains objectifs fondamentaux et défend ces points de vue auprès des organisations internationales et de leurs Etats membres. Elle entretient donc des relations étroites avec l'OCDE, les Communautés européennes, la Banque mondiale, le FMI, le GATT dont elle suit attentivement les négociations dans le cadre du Comité économique consultatif CCI/Nations Unies/GATT ainsi qu'avec des institutions et organismes spécialisés tels l'OMPI ou le Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales.

L'apport de la CCI aux travaux des organisations internationales des Etats est ancien. On peut ainsi rappeler que la CCI avait soumis à la Société des Nations plusieurs projets de conventions internationales sur le statut des étrangers, sur l'arbitrage, et qu'elle a, depuis ses débuts, participé aux travaux diplomatiques sur les transports maritimes (Conventions de Bruxelles de 1924) ou encore sur la propriété intellectuelle et le droit de la vente internationale. Dès lors, elle apporte aujourd'hui un concours actif aux activités de la CNUDCI dont elle salue le vingt-cinquième anniversaire et l'oeuvre accomplie au service de la communauté internationale.

La CCI mène par ailleurs l'harmonisation des règles et pratiques du commerce international. Sa Commission sur les pratiques commerciales formule des recommandations sur l'évolution souhaitable des pratiques juridiques commerciales et suggère des solutions aux divergences des lois nationales qui affectent le commerce international. A cette fin d'uniformisation, la CCI a d'abord créé des définitions et interprétations normalisées de termes commerciaux dont les Incoterms sont l'exemple. Dès 1920, à l'occasion de son premier congrès, la CCI arrêtait le principe de travaux préparatoires dans ce domaine. L'opportunité d'une interprétation uniforme des termes commerciaux utilisés dans les contrats de vente s'imposa rapidement après que l'on eut constaté les sens différents et, à l'occasion, contradictoires que les usages nationaux donnaient aux mêmes expressions. Ainsi, dès 1936, la CCI mettait à la disposition de la communauté internationale une réglementation uniforme : les premiers Incoterms. Ceux-ci ont, depuis, été successivement révisés (1967, 1976, 1980 et maintenant, la dernière fois, en 1990); la dernière version tient compte des échanges de données informatiques dans les ventes documentaires ainsi que des nouvelles techniques de transport.

La CCI élabore des règles et des clauses types. En 1933 ont été adoptées pour la première fois les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU) qui fixent un certain nombre de normes

applicables aux opérations de crédit. Le réajustement de ces Règles, utilisées aujourd'hui par les banques de 160 pays, est un processus constant auquel s'emploie la Commission des techniques et pratiques bancaires. A l'évidence, les règles écrites doivent être interprétées à la lumière de l'expérience pratiquée de leurs utilisateurs. Cette mission est confiée à un groupe d'experts de la Commission bancaire qui répond aux questions sur l'application concrète des règles posées par les banques, les entreprises ou bien même les personnes privées. Afin de les faire connaître, ces avis d'experts, qui contribuent à maintenir une application uniforme, font d'ailleurs l'objet de publications.

On peut encore citer les règles uniformes pour les garanties contractuelles et les règles uniformes pour les garanties sur demande, les règles uniformes relatives aux encaissements et les principes directeurs pour le transfert international interbancaire de fonds et pour l'indemnisation.

Dans le droit des transports, la CCI et la CNUCED ont élaboré en commun des règles applicables aux documents de transport multimodal afin de soumettre les contrats privés à un régime juridique uniforme dans un domaine où il n'existe pas de texte normatif international.

La CCI propose également aux opérateurs du commerce international des guides juridiques informant les parties des problèmes que posent les échanges internationaux. Ont ainsi été rédigés des guides sur les clauses pénales, sur la rédaction de contrats d'agence ou de concession de vente et des règles de conduite uniformes pour l'échange électronique de données commerciales.

La CCI a su provoquer l'autodiscipline des milieux d'affaires et, à cet égard, il convient de mentionner notamment les codes de marketing, dont le premier paru en 1937, ainsi que la charte des entreprises pour le développement durable.

De leur côté, les travaux de la Commission sur l'arbitrage ont notamment porté sur le règlement d'arbitrage maritime en collaboration avec le Comité maritime international, le règlement de la CCI en tant qu'autorité de nomination dans le cadre du règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou encore le règlement de référé préarbitral. De manière générale, la Commission se préoccupe des grands problèmes du droit de l'arbitrage comme l'arbitrage multipartite.

L'action de la CCI complète ainsi les initiatives étatique en vue d'établir des règles acceptées par la communauté internationale. D'ailleurs, la jurisprudence des tribunaux étatiques et arbitraux a reconnu dans les usages codifiés par la CCI une des source du droit matériel des relations commerciales internationales.

En matière d'arbitrage, l'oeuvre essentielle de la CCI est d'avoir mis à la disposition du commerce internationale un règlement perfectionné de conciliation et d'arbitrage, modifié et adapté depuis 1923 de façon pragmatique aux besoins changeants de la société internationale, imposant ainsi ce mode de résolution des litiges comme la procédure de droit commun dans les relations internationales.

En lui même, le règlement d'arbitrage de la CCI contient un certain nombre de principes qui maintiennent l'efficacité des procédures d'arbitrage et renforcent la validité des sentences, notamment au moyen du contrôle exercé par la Cour internationale d'arbitrage aujourd'hui présidée par Alain Plantey. Grâce à ces règles qui constituent de véritables disciplines juridiques et éthiques, la CCI a contribué à établir un modèle de solution des litiges du commerce mondial et à remplir au profit de la communauté internationale une véritable mission de service public.

L'un des effets de ce règlement est de prévenir non seulement les litiges dans les affaires du commerce international, mais souvent, de façon médiate, d'éventuelles difficultés entre les gouvernements impliqués, directement ou indirectement, dans un grand nombre de litiges et sensibles à l'effet de ceux-ci dans les milieux économiques et dans l'opinion. Il offre donc une sécurité dans un domaine où la mauvaise gestion et l'incertitude mettent en jeu les intérêts des Etats.

C'est avec la collaboration de la CCI que les premiers instruments diplomatiques sur l'arbitrage ont été négociés à Genève en 1923 et 1927. Ces traités sont aujourd'hui largement remplacés par la Convention de New York de 1958 dont l'initiative revient à la CCI, et principalement à M. Eisemann. Le projet dont, en 1953, la CCI avait saisi le Conseil économique et social allait dans le sens d'une pleine autonomie du règlement arbitral. L'idéal de la CCI en faveur d'un arbitrage véritablement international, dégagé des contraintes des droits étatiques, a aussi inspiré pour une large part la Convention de Genève de 1961 rédigée dans le cadre de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies. Ce texte mentionne d'ailleurs la Chambre de commerce internationale dans les modalités de sa mise en oeuvre. Plus récemment, la CCI a participé aux travaux de la CNUDCI sur la loi modèle de l'arbitrage qui a grandement contribué à la diffusion de l'arbitrage dans le monde.

Aussi la CCI pourra-t-elle utilement contribuer à l'effort entrepris par les Nations Unies à l'occasion de la Décennie pour le droit international, dont elle se félicite, et pour laquelle elle a déjà soumis l'an dernier au Secrétaire général des Nations Unies un rapport sur son rôle dans la formation d'un ordre juridique économique universel.

A cette fin, elle est disposée à rechercher les améliorations qui pourraient être apportées aux procédures de conciliation et d'arbitrage et, de manière générale, à examiner les modalités pratiques de sa collaboration en vue d'inciter les Etats et les entités publiques à recourir à l'arbitrage internationale afin de contribuer toujours davantage au développement de cette institution de paix qu'est l'arbitrage.

5. Débat

JEAN-PAUL BERAUDO
Président de la Cour d'appel de Grenoble (France)

Je voudrais dire quelques mots au sujet d'un problème qui peut se poser en raison de la spécialisation des organisations internationales et de la coexistence nécessaire de diverses méthodes d'harmonisation du droit

international. Hormis l'Egypte ancienne et la Rome ancienne qui n'ignoraient rien des méthodes de conflit de lois et du droit matériel uniforme où tout coïncidait et coexistait, en Europe, à partir du Moyen Age, c'est la méthode du conflit de lois qui a prévalu, en dehors des usages en vigueur dans les foires commerciales.

C'est pour cette raison historique que la Conférence de La Haye a été, chronologiquement, la première à connaître le jour en 1893. La mise en place d'un droit uniforme impliquait que la communauté internationale soit capable de faire de plus en plus de concessions. Il est donc tout à fait compréhensible que l'Institut international pour l'unification du droit privé, UNIDROIT, ait fait son apparition 30 ans plus tard. L'objectif de la Conférence de La Haye était de normaliser le droit international privé, essentiellement les règles de conflit de lois. UNIDROIT a été conçu pour définir un droit matériel uniforme. Conformément à la méthodologie qui lui a été attribuée, la CNUDCI a reçu de l'Assemblée générale la mission de lever ou de réduire les obstacles aux échanges internationaux.

Mais la réalité de l'unification du droit international telle que nous l'avons connue et telle qu'elle s'est présentée à moi depuis 1977, car j'ai suivi étroitement toutes les négociations qui se sont déroulées dans les trois organismes susmentionnés, est beaucoup plus complexe. Conformément à l'usage, la Conférence de La Haye a recours à la méthode du droit uniforme. De nombreuses conventions de coopération ou de compétence judiciaire sont des lois uniformes, comme la Convention de 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, qui est récapitulée dans deux parties du même instrument international (la méthode du conflit de lois et la méthode du droit matériel uniforme). Dans le cadre d'UNIDROIT, lorsque les Etats ne sont pas disposés à harmoniser leur droit matériel, ils ont également recours à la méthode du conflit de lois, quelquefois de manière très novatrice, comme le montre, par exemple, l'article 7 de la Convention de 1988 sur les crédits, qui stipule des règles de conflit de lois très précises concernant la crédibilité de l'emprunteur. Le Secrétaire général de la Conférence de La Haye a lui-même noté, en la regrettant, la pluralité des méthodes et règles utilisées : les règles de conflit de lois coexistent avec les règles de droit uniforme. Dans la très récente Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport adoptée en 1991, nous relevons également des éléments relatifs au conflit de lois qui sont très précis, par exemple en ce qui concerne le droit de rétention de l'exploitant d'un terminal de transport.

Que pouvons-nous donc conclure d'une situation où la pratique ou la nécessité supposent la coexistence de méthodes différentes ? Comme nous l'avons indiqué, ce qui importe avant tout, c'est la coopération, mais une coopération qui aille bien au-delà d'une coopération ordinaire, au-delà de l'échange d'informations sur les travaux entrepris et leurs résultats. La coopération doit être élargie, elle doit être globale, elle doit peut-être également impliquer la participation aux travaux de membres d'autres organisations et institutions spécialisées, qu'il s'agisse de la méthode du conflit de lois ou de la méthode du droit matériel. Mais même pour cela il faudrait peut-être créer des groupes d'experts qui puissent vraiment examiner avec soin certaines dispositions apparaissant dans tel ou tel projet élaboré par une organisation qui n'a pas le même domaine de spécialisation.

MANUEL OLIVENCIA
Université de Séville (Espagne)

Permettez-moi tout d'abord, au nom de la délégation espagnole à la CNUDCI, de vous faire part du plaisir que j'ai à être ici et de vous dire combien il est émouvant pour nous de participer à ce Congrès qui doit procéder à un inventaire de ce qui a été fait et préparer l'avenir. Je souhaiterais ici rendre hommage à la mémoire d'un de ceux qui ont contribué au succès des travaux de la CNUDCI depuis les premiers instants, M. Joaquín Garriguez. Je tiens à évoquer son souvenir et à rappeler également tous ceux qui ne sont pas avec nous aujourd'hui mais qui ont apporté leur contribution à la création, au fonctionnement et au succès de cet organisme.

L'Espagne a été présente à la Commission dès le tout début et elle a constamment participé à ses travaux. Nous sommes heureux de la contribution que notre pays a apportée à l'activité de la CNUDCI, mais permettez-moi également, puisque nous sommes ici à ce Congrès, de parler non seulement au nom de la délégation espagnole, mais aussi en mon nom propre, compte tenu de ma propre expérience. Je suis les travaux de la CNUDCI depuis la quatrième session - il y a bien longtemps - et je pense qu'à côté de ma très modeste contribution, j'ai également, durant tout ce temps, acquis une très riche expérience.

Notre objectif, l'harmonisation et l'unification du droit, est un objectif ambitieux dont la réalisation est à l'évidence difficile et exige beaucoup de patience et de prudence. Je crois que la précipitation et l'imprudence auraient été nos ennemis. Je pense que l'histoire de la CNUDCI est une histoire de patience, de prudence et de succès. Nous avons traversé de nombreuses et longues étapes. Nous avons surmonté, la Commission - et je pense qu'elle devrait en être satisfaite - a surmonté de nombreux obstacles, de nombreux affrontements et nous devons le dire aujourd'hui. Dans les temps les plus difficiles, nous avons aussi surmonté les affrontements politiques. Nous avons transcendé les tensions dans un esprit de jurisprudence, avec la prudence du droit. Je pense que nous avons contribué à améliorer le dialogue, le difficile dialogue Est-Ouest et Nord-Sud. Nous avons essayé de mettre en lumière, comme l'a dit aujourd'hui le Secrétaire général, l'importance du droit dans le dialogue entre le développement et les voies du développement. Je crois que nous avons également cherché à surmonter, prudemment et patiemment, les différences existant entre les systèmes juridiques, les systèmes de droit romain et les systèmes de common law, assurément, pour nous juristes, le sujet d'affrontement le plus délicat et le plus difficile. Je pense que nous avons contribué à mettre en place un mécanisme de réflexion sur ce que la souveraineté des Etats représente dans un monde de droit.

A partir d'une notion de souveraineté assez dangereuse qui concevait le droit comme une émanation du pouvoir - notion surranée de souveraineté qui accusait les différences entre Etats, du moins dans le domaine de la production législative du droit -, je pense que nous avons contribué, que la Commission peut être heureuse d'avoir contribué, à l'élaboration d'une nouvelle notion de souveraineté qui, s'écartant des deux péchés originels - l'ancienne notion de souveraineté et, à l'autre extrême, l'impérialisme de la légalité, du légalisme -, a été élargie pour englober d'autres pays. Je crois qu'aujourd'hui, l'exercice de la souveraineté consiste à conclure des accords entre Etats. Nous avons vu les Etats céder du pouvoir à des organisations supranationales, expérience que nous avons vécue avec la

législation communautaire en Europe, et je pense qu'au sein de la Commission un travail a été accompli à cette fin. Aujourd'hui, nous avons ici le sentiment que le vent de l'histoire nous est propice, que tout joue en notre faveur, que le monde devient plus petit. Ce qu'il faut au monde c'est un marché unique et en conséquence une réglementation unique régissant ce marché. Les choses jouent en notre faveur et je pense que, pour notre part, nous devons marcher de pair avec l'évolution du droit. En fin de compte, si j'en crois mon expérience, nous devons persister dans la voie de la prudence et de la patience mais aussi dans celle de la fermeté et de la constance en entrant dans le XXIème siècle.

C. Diverses techniques d'unification

1. Moyens législatifs d'unification

PROFESSEUR SERGEJ LEBEDEV
Moscou

La déclaration du Secrétaire général et d'autres déclarations ont fait ressortir le rôle exceptionnellement important que jouent l'unification et l'harmonisation dans le commerce international qui constitue, en dernière analyse, un des domaines des relations commerciales entre partenaires de divers pays. Cette série de problèmes fait l'objet d'une attention considérable, et d'éminents juristes lui ont consacré de nombreuses études. Dans un sens large, on parle d'unification même en discutant de l'élaboration des conditions générales de formes types de contrats, de définitions, de codes de conduite, etc. Etant cependant donné toute l'importance de l'harmonisation, on penserait qu'on ne saurait aborder l'unification que dans le cadre de la mise au point de règles uniformes conformes aux systèmes juridiques des divers pays qui participent au processus ou à la tentative d'unification.

Dans ce sens étroit du terme, l'unification était bien connue à la fin du siècle dernier, dans les années 1880 et 1890, lorsqu'on a adopté un certain nombre de conventions internationales visant à établir des règles juridiques unifiées dans divers domaines. En Europe, on a institué la Conférence de La Haye sur le droit international privé dans les années 1890, et on a organisé, en Amérique latine, le premier congrès de 1885 à Montevideo. On a, d'autre part, conclu la Convention de Paris sur la propriété intellectuelle et d'autres instruments qui ont été, en définitive, les précurseurs du processus actuellement en cours.

Les travaux préparatoires dans le domaine de l'unification et de l'harmonisation sont à l'heure actuelle essentiellement effectués au sein et sous les auspices d'organisations internationales. Diverses organisations sont plus ou moins engagées dans un processus d'unification. Les résultats de ces activités ne sont pas les mêmes et diffèrent en nature, mais chacun de ces efforts de tentative d'unification est par lui-même utile pour le commerce international dans son ensemble. L'établissement de la CNUDCI a montré clairement les possibilités d'une large coopération internationale au niveau universel à l'égard de l'unification des règles juridiques dans ce domaine. L'expérience de la CNUDCI a fait ressortir que les divers niveaux de développement économique, des différences d'approche sur le plan social et économique et d'autres facteurs ne constituent pas un obstacle à l'obtention de résultats positifs en matière d'unification progressive. Les changements

en cours, notamment en Europe orientale et dans la Fédération de Russie, en vue d'introduire et de renforcer des économies de marché devraient permettre d'intensifier les travaux d'unification. Pour de nombreux pays, il s'agit là d'un élément qui favorisera sans aucun doute l'unification dans le domaine considéré.

Compte tenu de toutes les nuances existantes, l'unification internationale du droit se poursuit grâce à l'utilisation ou à l'aide de deux méthodes fondamentales. Il s'agit, tout d'abord, de la mise au point de dispositions figurant dans le texte même des conventions ou autres instruments internationaux. Il est possible, en second lieu, d'inclure des règles uniformes ou des dispositions dans une convention que les gouvernements s'engagent à appliquer sur leur territoire. On sait bien que cette seconde approche a été à l'origine de l'adoption d'un certain nombre de conventions, dont la Convention de Genève portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre de 1930 et le Code Bustamante sur le droit international privé, ce dernier étant un additif à la Convention de La Havane sur le droit international privé de 1928. Cette façon de faire présente certains avantages, quoique, d'une manière générale, une autre méthode prévaut actuellement, à savoir la conclusion de conventions dites intégrales, dans lesquelles les règles unifiées constituent l'essence même de la convention. L'utilisation de l'une ou l'autre de ces méthodes est liée à certaines caractéristiques particulières. Dans le cas, en particulier, de l'adoption d'une loi uniforme annexée à une convention, on suppose que, en ratifiant et en adoptant la convention, l'Etat adoptera le second instrument que constitue le texte de la loi uniforme. Il s'ensuit donc que la cessation ou l'expiration de la convention ne devrait pas, en principe, en l'absence de disposition spécifique contraire, entraîner la cessation ou l'expiration de la loi uniforme adoptée en tant qu'instrument normatif national indépendant.

Cependant, que l'on adopte une convention intégrale ou une loi uniforme annexée à une convention, chaque Etat s'engage, dans les deux cas, à une action d'unification en tant qu'obligation conventionnelle internationale dont il est tenu de s'acquitter. Il en est de même lorsqu'un traité international est conclu non pas par une conférence diplomatique, mais par un organe comme la CNUDCI, qui a par exemple adopté la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux ouverte ensuite à la signature par une résolution de l'Assemblée générale.

Une telle méthode est séduisante pour bien des raisons, puisqu'elle simplifie considérablement l'adoption du texte établi par la CNUDCI sans entraîner les coûts que suppose l'élaboration d'un texte par une conférence internationale. Elle présente aussi d'autres avantages. Il semble cependant que son utilisation ne soit pas réellement conseillable dans la pratique de manière systématique. On peut y avoir recours lorsqu'on est parvenu, par exemple, à un accord complet sur le texte établi par la CNUDCI et qu'il y a des raisons de croire que l'adoption du document ne soulèvera pas de difficultés. Si on n'en est pas certain, la méthode peut entraîner des complications.

Une autre méthode d'unification du droit consiste à adopter une Loi type. J'ai parlé de lois uniformes, mais il est évident que lois uniformes et lois types correspondent à des notions et des catégories différentes. Diverses organisations ont examiné l'opportunité d'utiliser cette seconde méthode. D'une part, l'adoption d'une Loi type a l'avantage de ne pas appeler non plus une conférence diplomatique, avec les problèmes déjà mentionnés que

cela entraîne; cette méthode est utilisée par certains pays, notamment pour unifier leur droit interne. D'autre part, l'adoption d'une Loi type peut cependant provoquer des difficultés, en raison du fait que si l'Etat adopte une telle loi avec la possibilité d'y introduire certains changements, on court le risque que le degré d'unification souhaité ne soit pas après tout réalisé. Tous les textes établis à l'échelon international constituent un compromis et contiennent des éléments de compromis, des concessions et des arrangements entre ceux qui ont participé à leur élaboration, que les Etats pourront ne pas appliquer, allant ainsi à l'encontre de l'objectif d'unification recherché.

L'expérience de plusieurs organisations internationales montre qu'une telle pratique est appliquée. C'est la voie qu'a suivie la CNUDCI quand elle a élaboré une Loi type sur l'arbitrage commercial international, qui a été adoptée par un certain nombre de pays. Les instruments nationaux adoptés en conséquence à l'échelon interne présentent certaines différences, mais il semble que l'utilisation de cette méthode par la CNUDCI présente aussi des avantages. Il existe ainsi certaines garanties en ce qui concerne le texte; bien que l'Etat adopte la Loi type puisse y introduire certains changements, de tels changements ne seront pas significatifs. Il y a bien des raisons de le penser, et nombre de facteurs peuvent être pris en considération à cet égard. Il importe, en particulier, que tous les textes, y compris les textes futurs (une autre Loi type sur les virements internationaux sera adoptée à la session en cours) soient adoptés par l'Assemblée générale après avoir été présentés à tous les Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies pour examen. Lorsque l'Assemblée générale adopte un texte, il y a des raisons de s'attendre à ce que, si ce texte est ensuite adopté à l'échelon national, il le soit sous la forme correspondant à celle que lui a donnée la CNUDCI. Une importante garantie à cet effet tient à ce que les textes établis par la CNUDCI sont uniquement consacrés aux relations commerciales internationales. Il est donc possible que les textes soient adoptés sans aller aucunement à l'encontre des normes existant dans les différents pays. Ce caractère spécialisé garantit que la loi uniforme élaborée par la CNUDCI sera adoptée universellement, sans aucun changement substantiel.

Les normes établies dans les traités internationaux sont des normes de droit international public. Ces normes sont ensuite transformées en normes internes dans chaque Etat par voie législative ou d'une autre façon conformément aux procédures suivies à l'échelon national. Il en résulte que ces normes deviennent des normes de droit interne, ce qui est inévitable puisqu'elles régissent des relations entre personnes physiques et morales qui sont sujets du droit interne de chaque Etat et non pas du droit international. Les normes ont néanmoins, dans le contexte de la législation interne, des caractéristiques spécifiques. Elles ne revêtent pas seulement un cacactère particulier compte tenu de leur domaine d'application touchant les relations internationales, mais ce sont aussi des normes autonomes dans le cadre de la législation interne dont l'interprétation et l'application relèvent des principes généraux du système juridique considéré, ce qui soulève la question de l'interprétation uniforme de ces normes. Cet important problème a été l'objet d'une attention considérable de la part de la CNUDCI depuis la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises de 1974 et s'est posé pour toutes les autres conventions contenant une disposition destinée à en assurer l'interprétation uniforme.

Le système d'information actuellement mis au point au sein de la Commission, grâce à l'assistance de correspondants nationaux qui doivent recueillir les décisions d'organes judiciaires et arbitraux dans leur pays de

façon à pouvoir définir ou identifier les différences éventuelles d'interprétation, tend à éviter de telles différences dans la pratique lors de l'application des divers documents établis par la Commission. D'une manière générale, cependant, des études faisant autorité réalisées dans le domaine de l'unification montrent que l'application de textes unifiés n'a pas fait l'objet de différences substantielles dans les divers pays. Les divergences relevées ne compromettent ni ne discréditent l'idée d'unification, bien qu'aucun organe juridictionnel ne soit chargé d'assurer l'uniformité d'application de ces normes.

L'expérience acquise par la CNUDCI au cours de ses vingt-cinq ans de fonctionnement est fondée sur le degré élevé de participation au sein de la Commission, les remarquables activités du secrétariat qui établit documents et dossiers, la grande attention que de nombreux gouvernements accordent aux activités de la CNUDCI et la conscience qu'ils ont des nombreuses tâches réalisées par la Commission aux fins de la promotion du commerce international. La CNUDCI a réalisé des travaux considérables. S'agissant de l'unification du droit commercial international et par rapport aux autres organisations compétentes en la matière, la CNUDCI a, durant cette période, traité un plus grand nombre de problèmes. Bien que vingt-cinq ans ne constituent pas une très longue période, la Commission a pu beaucoup accomplir pendant ce temps. Il ne s'agit peut-être pas d'un processus rapide, mais plus prompt en tout cas que le processus d'adoption de conventions d'autres organisations.

A l'avenir, la Commission aura cependant à faire face à de nombreux nouveaux problèmes. J'espère que le Congrès sera en mesure d'en indiquer la portée. Sans entrer dans le détail pour l'instant, je souhaiterais cependant faire relever que de nombreux documents adoptés par la CNUDCI ont préparé le terrain non seulement aux travaux de la Commission elle-même, mais également à ceux d'autres organisations et organismes normatifs. Il en a été ainsi, par exemple, de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, qu'on peut considérer comme un satellite de la Convention des Nations Unies sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises. Nous espérons qu'on entreprendra à l'avenir l'examen de la plupart des autres questions, y compris celles de la conservation du titre jusqu'à paiement complet et des transactions de troc. La Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer, les Règles de Hambourg et la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international constituent une bonne base d'action pour de nombreux Etats.

Beaucoup d'autres problèmes méritent aussi examen, y compris celui des investissements et des garanties y relatives, ainsi que bien d'autres. Autrement dit, la CNUDCI a un large champ d'activité et une contribution substantielle à faire à la Décennie des Nations Unies pour le droit international proclamée pour les années 90.

2. Unification du droit par des moyens non législatifs

PROFESSEUR MICHAEL JOACHIM BONELL
Université de Rome I "La Sapienza", Consultant juridique, UNIDROIT, Rome

L'unification du droit a été longtemps considérée comme la prérogative des législateurs de l'Etat. Il n'aurait pu en être autrement. Lorsque le processus d'unification a été lancé en Europe, il y a une centaine d'années,

le positivisme juridique et l'identification du droit avec la loi de l'Etat étaient la doctrine dominante. En conséquence, toute unification du droit ne pouvait que prendre la forme d'une législation uniforme adoptée d'un commun accord par les Etats sur le plan international, qu'ils s'engageaient à introduire dans leurs systèmes juridiques internes.

Plusieurs raisons expliquent que ce tableau ait changé à l'époque récente. Une conception plus large du droit et une confiance moindre dans l'omnipotence des législateurs de l'Etat, d'une part, ainsi qu'une plus grande complexité des relations internationales et une prise de conscience accrue des milieux d'affaires, de l'autre, sont au nombre des facteurs qui ont conduit à reconnaître que l'unification du droit peut aussi être réalisée par des moyens ou techniques non législatifs. C'est le cas, premièrement, de l'activité des tribunaux tant judiciaires qu'arbitraux lorsqu'ils sont appelés à appliquer une législation internationale uniforme; deuxièmement, de la contribution des ouvrages juridiques tant à l'élaboration qu'à la bonne interprétation des nouveaux instruments juridiques uniformes et à la rationalisation du droit en vigueur; et, troisièmement, de la normalisation des pratiques contractuelles par les milieux d'affaires eux-mêmes.

Les observations suivantes ont pour objet d'examiner de façon plus détaillée l'importance de ces trois moyens ou techniques d'unification supplémentaires, à savoir : a) l'unification "jurisprudentielle", b) l'unification doctrinale et c) l'unification par la pratique contractuelle.

Unification "jurisprudentielle"

Dans le contexte du processus d'unification, l'attention tant des universitaires que des praticiens s'est longtemps concentrée presque exclusivement sur la rédaction des textes législatifs. Il n'y a pourtant aucun doute que l'approbation par les Etats contractants des conventions uniques ou des lois uniformes ne marque l'achèvement que d'une première phase, pour importante qu'elle soit, dans le processus d'unification. Pour que ce processus soit mené à terme, il faut aussi que la législation uniforme, une fois introduite dans les divers systèmes juridiques nationaux, soit interprétée et appliquée de manière uniforme par les juges et les arbitres.

Rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans le développement du droit communautaire

Le moyen le plus radical d'atteindre ce résultat serait de conférer à un tribunal international le pouvoir de rendre des décisions préliminaires sur les questions d'interprétation des instruments uniques de droit uniforme, tout en exigeant des juges nationaux qu'ils suspendent leurs décisions jusqu'à ce que ce tribunal international ait rendu son jugement, puisqu'ils se conforment à ce jugement.

Dans le cadre des Communautés européennes, c'est la Cour européenne de justice qui a reçu compétence pour rendre, à la demande - obligatoire dans certains cas - des tribunaux nationaux, des décisions obligatoires sur les questions d'interprétation relatives au droit communautaire - au sens étroit du terme 4/ - ainsi qu'aux conventions internationales adoptées par les Etats membres, telles que la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale 5/ et la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles 6/.

On ne peut guère surestimer l'importance de ce système pour la forme que prendra finalement le droit communautaire. En effet, bien que les décisions rendues par la Cour européenne ne lient formellement que le tribunal de renvoi, en pratique les effets de l'interprétation donnée dans une affaire particulière vont nécessairement au-delà de cette affaire, puisque tout autre tribunal national ayant à faire face au même problème d'interprétation doit ou suivre la décision de la Cour européenne ou lui renvoyer à nouveau la question 7/. Les règles nationales relatives aux précédents n'ont aucun effet sur ce résultat; en d'autres termes, même dans les systèmes admettant la doctrine des précédents obligatoires, un tribunal inférieur ne peut être lié par une décision d'un tribunal supérieur si celui-ci n'a pas lui-même déjà obtenu une décision de la Cour européenne de justice sur le point en question 8/.

Le système est pourtant plus remarquable encore si l'on considère la manière dont la Cour européenne de justice a exercé ses prérogatives jusqu'à présent. A ne prendre en considération que l'abondante jurisprudence à laquelle a donné lieu la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, la méthode suivie par la Cour dans son interprétation de la Convention - c'est-à-dire le fait qu'elle ne s'en tient pas au sens littéral et grammatical du texte mais recherche, le cas échéant, l'intention sous-jacente aux dispositions individuelles ainsi qu'à la Convention dans son ensemble - représente déjà une nouveauté, du moins pour les systèmes de common law, où son influence a entre-temps commencé à se manifester même dans l'approche adoptée par les tribunaux nationaux 9/.

Plus significatif encore est le rôle que la Cour joue en éclaircissant et en complétant la teneur réelle de la Convention. Dans les jugements qu'elle a rendus jusqu'à présent 10/, la Cour a élaboré un certain nombre de principes importants à suivre dans l'interprétation de la Convention, tels que le principe visant à limiter autant que possible la possibilité d'une compétence multiple en admettant seulement pour de solides raisons toute compétence spéciale venant s'ajouter à la compétence générale fondée sur le domicile du défendeur 11/, ou le principe de la protection du défendeur, en particulier à l'étranger 12/. De plus, en présence de termes utilisés dans la Convention mais non définis par elle, la Cour s'est efforcée chaque fois que c'était possible de les interpréter de manière autonome, c'est-à-dire à la lumière des objectifs de la Convention elle-même et/ou d'une analyse comparée du système juridique de tous les Etats contractants, et non selon le sens attribué traditionnellement à ces termes dans le droit interne d'un Etat particulier. Qu'il suffise de mentionner, par exemple, l'interprétation donnée aux notions de "matière civile et commerciale" (art. premier), "faillite" (art. premier), "matière contractuelle" (art. 5-1), "lieu ou le fait dommageable s'est produit" (art. 5-3), "succursale, agence ou autre établissement" (art. 5-3), "vente à tempérament" (art. 13), "droits réels immobiliers et baux d'immeubles" (art. 16-1), "demandes ayant le même objet et la même cause" (art. 21), "acte introductif d'instance" (art. 27-2), "recours ordinaire" (art. 30 et 38) 13/.

Rôle des tribunaux et arbitres nationaux dans l'interprétation des conventions internationales

En l'absence d'une juridiction supranationale capable d'assurer l'uniformité dans l'interprétation des instruments juridiques uniformes, c'est essentiellement aux juges et arbitres nationaux qu'il incombera d'assurer dans toute la mesure possible l'application uniforme de ces instruments 14/.

Le moyen le plus efficace d'atteindre cet objectif est de tenir compte de la manière dont la convention unique ou la loi uniforme a été interprétée dans les autres pays. En d'autres termes, le juge ou arbitre saisi d'une question d'interprétation concernant une loi uniforme devrait toujours prendre en considération les solutions élaborées dans les autres Etats contractants. S'il existe déjà une jurisprudence internationale, elle peut être acceptée à titre de précédent obligatoire. Il faut par ailleurs accorder au moins une certaine valeur persuasive au raisonnement sous-jacent aux différentes décisions, en ce sens que la préférence donnée à un argument plutôt qu'à un autre ainsi que la décision d'adopter une nouvelle solution doivent être justifiées comme il convient.

En pratique, cette approche présente des difficultés à cause surtout de la diffusion insuffisante des décisions relatives aux diverses conventions et lois uniformes. Quelques organismes internationaux seulement, tels que le Bureau international du Travail ou l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, prévoient dans une certaine mesure le rassemblement des décisions rendues dans les Etats contractants à propos des instruments uniformes élaborés sous les auspices de ces organismes. De leur côté, l'UNIDROIT et l'Institut Asser de La Haye publient périodiquement une sélection de la jurisprudence des divers pays sur les plus importantes conventions de droit uniforme de fond et de droit international privé uniforme, respectivement. La valeur de ces initiatives et d'autres initiatives analogues est incontestable, mais il n'est que trop évident que, dans l'ensemble, la situation est loin d'être satisfaisante en ce sens que, pratiquement, aucune source d'information complète et suffisamment accessible n'est à la disposition des juges ou arbitres qui veulent savoir comment une disposition donnée d'une loi uniforme a été interprétée dans les autres Etats contractants.

Initiative prise par la CNUDCI pour rassembler et diffuser la jurisprudence internationale

Cela étant, il n'est pas surprenant que les conventions internationales et les lois uniformes soient principalement interprétées dans un contexte purement national, de sorte que les décisions relatives à une même question varient beaucoup d'un pays à l'autre 15/. Il est encore exceptionnel, malheureusement, qu'un juge national ayant à interpréter un instrument juridique uniforme s'efforce de tenir compte des précédents étrangers d'une manière plus ou moins systématique et complète et de les suivre chaque fois qu'il y a lieu 16/.

Il y a cependant de bonnes raisons de croire que la situation va s'améliorer. En effet, en premier lieu, les instruments juridiques uniformes, de plus en plus souvent, exigent eux-mêmes expressément, de nos jours, que - pour reprendre les termes de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises - "pour [leur] interprétation [...], il [soit] tenu compte de [leur] caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de [leur] application [...]".

En second lieu, la CNUDCI, conformément à une suggestion de la délégation italienne 17/, met sur pied un réseau de "correspondants nationaux" chargés de rassembler les décisions rendues dans leurs pays en application des différentes conventions et Lois types élaborées sous ses auspices et de les présenter sous forme de résumés dans l'une des six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. On espère par là créer un système

satisfaisant pour le rassemblement et la diffusion dans le monde entier de toutes les plus importantes décisions nationales, système qui permettra à tous les intéressés d'avoir facilement accès à des renseignements indiquant dans quelle mesure il y a accord ou désaccord en matière d'interprétation.

Unification doctrinale

Rôle de la doctrine dans le processus d'unification en général, depuis les études préparatoires aux conventions internationales jusqu'aux commentaires y relatifs

Les ouvrages juridiques, c'est-à-dire la doctrine, apportent aussi une importante contribution au processus d'unification. Ainsi, dès le choix des sujets à proposer en vue d'une éventuelle unification internationale et bien entendu plus tard, au cours de l'élaboration des règles uniformes, il est impossible de se passer d'études de droit comparé ayant pour objet de souligner les divergences existant entre les différentes lois nationales ainsi que d'indiquer les solutions susceptibles d'être acceptées dans l'ensemble.

Par exemple, l'unification internationale du droit des ventes, d'abord par les deux Conventions de La Haye de 1964 relatives à des lois uniformes puis par la Convention des Nations Unies de 1980 sur la vente, n'aurait pu être menée à bien sans les études préparatoires approfondies effectuées principalement, sous les auspices de l'UNIDROIT, par E. Rabel et ses collaborateurs du Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht 18/.

En d'autres occasions, c'est précisément à cause d'un travail préparatoire moins poussé que des projets d'unification ont abouti à une impasse. C'est ainsi par exemple que, lorsqu'en 1935 l'UNIDROIT a lancé pour la première fois l'idée d'unifier sur le plan international le droit de la représentation, le groupe d'experts chargé des études préparatoires a décidé de préparer deux instruments différents, l'un traitant de la "représentation" en général, c'est-à-dire du pouvoir abstrait donné par une personne à une autre d'accomplir des actes juridiques avec des tiers au nom du commettant et pour son compte, l'autre réglementant un type particulier de représentation, à savoir le "contrat de commission", caractérisé par le fait qu'une personne, le commissionnaire, s'engage vis-à-vis du commettant à acheter ou vendre des biens à un tiers en son propre nom, mais pour le compte du commettant. Par là, le groupe d'experts, qui comprenait aussi d'éminents juristes anglais, suivait manifestement, que ce soit délibérément ou non, l'approche traditionnelle du droit civil, si bien que, lorsque les deux projets ont été finalement soumis à l'examen d'un comité de représentants gouvernementaux, ils se sont révélés tout à fait inacceptables pour les pays de common law. Ce n'est que des années plus tard, lorsque l'Institut, devant le risque d'une impasse définitive, a demandé l'avis d'autres experts, qu'une solution de compromis a été trouvée, qui a finalement permis de mener le projet à terme avec l'adoption de la Convention de Genève de 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises 19/. Tout aussi évidente est l'importance des ouvrages juridiques dans l'interprétation d'une loi uniforme une fois qu'elle a été adoptée par les Etats intéressés. Normalement, il y aura interaction entre la jurisprudence et les commentaires doctrinaux dans l'effort fait constamment pour améliorer la compréhension des textes législatifs. Il arrive cependant que l'importance de la doctrine soit encore plus grande; il en est ainsi lorsque, comme c'est par exemple le cas des Conventions de la CEE et de Rome qui ont été mentionnées plus haut, les textes

sont accompagnés de rapports semi-officiels établis par les rapporteurs des groupes de rédaction et destinés à constituer, pour les tribunaux des différents Etats contractants, une source de référence quasi obligatoire pour l'interprétation des lois uniformes dont il s'agit 20/.

Idée d'un "restatement" international du droit des contrats : projet de principes de l'UNIDROIT pour les contrats commerciaux internationaux

La doctrine peut même devenir le protagoniste de projets spécifiques d'unification. L'idée de ressusciter l'ancien ius commune qui, pendant des siècles, avait constitué une base juridique unitaire dans l'Europe médiévale pourtant divisée en une myriade d'entités politiques distinctes, dont chacune avait ses propres lois, est aussi ancienne que le mouvement d'unification lui-même. Alors que, pendant longtemps, elle n'a guère été considérée que comme une utopie, sa réalisation a été récemment préconisée comme une nécessité réelle dans la situation actuelle du droit uniforme, qui à bien des égards est loin d'être satisfaisante. En fait, après la prolifération de conventions et de lois uniformes de portée extrêmement limitée et de nature fragmentaire, le besoin se fait de plus en plus sentir d'un système de notions et principes généraux auquel on aurait recours pour interpréter et compléter les divers instruments juridiques uniformes. Quel modèle est meilleur que l'ancien ius commune avec ses principes et règles, que la science juridique de l'Europe continentale a élaboré entre le XIIème et le XVIIIème siècle sur la base du Corpus Iuris justinien et qui a assuré une compréhension commune allant bien au-delà des diverses lois locales 21/ ?

Une première tentative faite dans cette direction apparaît dans les "Restatements of Law" américains élaborés et périodiquement mis à jour par l'élite universitaire des Etats-Unis sous les auspices de l'American Law Institute. Comme chacun sait, l'objectif officiel de ces initiatives n'est que d'exposer à nouveau de façon systématique le droit dans des matières telles que les contrats, les quasi-délits, la représentation, etc., qui traditionnellement relèvent de la common law des divers Etats. Cependant, en présentant les résultats de leurs travaux sous la forme d'un exposé des principales règles, les auteurs des divers "restatements" en arrivent souvent à choisir l'une des différentes solutions suivies par les tribunaux des divers Etats, contribuant ainsi à l'élaboration future d'un droit de plus en plus uniforme dans le pays tout entier 22/.

Deux autres projets analogues entrepris sur le plan international présentent un intérêt encore plus grand dans le présent contexte. Le premier de ces projets se limite aux pays des Communautés européennes et vise à élaborer une sorte de "restatement" du droit européen des contrats, c'est-à-dire une compilation des principes et règles qui, dans le droit des contrats, sont communs à tous les Etats membres et/ou peuvent être considérés comme exprimant les solutions les plus avancées. Une commission spéciale, présidée par M. Ole Lando du Danemark et composée principalement d'universitaires, a été créée à cette fin en 1980. Elle a jusqu'à présent concentré ses travaux sur l'exécution et l'inexécution des contrats et publiera bientôt un texte d'une cinquantaine d'articles avec des commentaires et des notes se référant au droit des divers Etats membres. Une fois achevés, les "Principes du droit européen des contrats" devraient d'abord et surtout aider les institutions de la CEE, en particulier la Cour européenne de justice ainsi que les juges nationaux, dans l'élaboration et l'interprétation du droit communautaire. Mais les personnes privées, en particulier lorsqu'elles concluent un contrat au-delà des frontières, peuvent aussi les utiliser en les

désignant comme la loi du contrat dans les limites des règles de conflit de lois de l'Etat du for 23/.

Plus ambitieux encore est le projet de l'UNIDROIT visant à élaborer des "Principes pour les contrats commerciaux internationaux". Il s'agit en fait d'une tentative de codifier sur le plan universel les principes généraux du droit des contrats, codification qui refléterait tous les principaux systèmes juridiques du monde et qui pourrait servir dans les relations Est-Ouest aussi bien que dans les relations Nord-Sud 24/.

Après les études préliminaires effectuées par un comité directeur restreint présidé par M. René David, un Groupe de travail spécial a été créé en 1980 et chargé d'élaborer les divers projets de chapitre des Principes. Les membres du Groupe de travail, qui a fini par inclure des représentants de tous les principaux systèmes juridiques et socio-économiques du monde 25/, sont des experts reconnus en droit comparé et en droit commercial international. La plupart de ces experts sont des universitaires et certains sont des magistrats supérieurs ou des fonctionnaires, mais tous siègent à titre personnel et ils n'expriment pas les vues de leurs gouvernements. Le Groupe de travail procède actuellement à la dernière lecture de la bonne centaine d'articles du projet, divisé en six chapitres dont le premier contient des dispositions générales et les autres concernent respectivement la formation, l'interprétation, la validité de fond, l'exécution et l'inexécution des contrats. On compte que le texte définitif des Principes, avec le commentaire, sera soumis au Conseil d'administration de l'UNIDROIT pour approbation définitive dans les deux prochaines années.

La vocation universelle des Principes de l'UNIDROIT explique pourquoi, dès le début, il a été jugé nécessaire d'en limiter le champ d'application aux contrats commerciaux internationaux et d'exclure par là les contrats purement nationaux et les contrats conclus avec des consommateurs. Après tout, c'est précisément dans le contexte des relations internationales que le besoin d'un tel instrument se fait le plus sentir. Ainsi, avec l'aide des Principes, les juges ou arbitres appelés à statuer sur des questions d'interprétation ou à compléter des textes législatifs internationaux trouveront plus facile d'éviter le recours à des critères et règles propres à tel ou tel droit interne et d'adopter une solution autonome et internationalement uniforme. En outre, les parties, lorsqu'elles décideront de la loi qui doit régir leur contrat, n'auront plus à choisir une loi nationale donnée qui serait inévitablement inconnue ou moins connue d'au moins l'une d'entre elles, ou à se référer aux "us et coutumes du commerce international" qui ne sont pas mieux définis, ou à l'énigmatique lex mercatoria dont le contenu précis peut varier en fonction du milieu culturel particulier des arbitres; en adoptant les Principes, les parties disposeront d'un ensemble de règles qui, en raison de la manière dont il a été élaboré, offre toute garantie d'impartialité, tout en étant suffisamment détaillé et précis pour permettre l'adoption de solutions prévisibles.

Unification par la pratique contractuelle

La troisième et dernière forme d'unification à considérer est l'unification réalisée au niveau contractuel au moyen de formules de contrat ou autres conditions types largement utilisées sur le plan international 26/.

Chacun sait que, dès le milieu du siècle dernier, les hommes d'affaires, face à l'incapacité des lois nationales traditionnelles à satisfaire les

nouveaux besoins techniques et économiques du commerce international, ont commencé à élaborer leurs propres règles pour régir leurs relations d'affaires d'une manière plus satisfaisante. A l'origine, ces règles, qui prenaient la forme de conditions générales et de contrats types, étaient le plus souvent élaborées par des entreprises individuelles ou par des associations professionnelles nationales opérant dans les plus importants centres commerciaux et financiers d'Europe et d'Amérique du Nord. Par conséquent, leur contenu était dans la plupart des cas unilatéral et inévitablement influencé par les principes et notions juridiques de leurs pays d'origine respectifs. De plus, comme presque toutes les formules types élaborées par les associations professionnelles contenaient un accord d'arbitrage conférant à leurs propres tribunaux arbitraux une compétence exclusive pour le règlement de tout litige surgissant entre les parties, il était inévitable que se produise dans le monde des affaires une véritable "bataille des formules" due non seulement aux divergences entre les diverses formules nationales, mais aussi au désir de chaque partie de pouvoir compter, en cas de controverse, sur un arbitrage se déroulant dans son propre pays 27/.

C'est pour pallier cette situation, qui bien entendu ne contribuait pas à l'harmonie des relations commerciales, que certaines organisations internationales ou supranationales indépendantes ont pris l'initiative d'élaborer des instruments contractuels conçus pour être plus équilibrés quant au fond et véritablement "internationaux" ou "transnationaux" quant à la forme, c'est-à-dire rédigés de manière à pouvoir être uniformément compris par quiconque les adopterait.

L'Association de droit international a commencé avec l'adoption des Règles d'York et d'Anvers sur l'avarie commune, en 1890, et des Règles de Varsovie et d'Oxford sur les ventes CAF, en 1932, mais d'autres organisations ont bientôt suivi : tout d'abord la Chambre de commerce internationale, avec les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, publiées pour la première fois en 1933, dont la dernière version date de 1983 et a été adoptée par les associations bancaires de plus de 150 pays, et avec les Incoterms contenant des règles pour l'interprétation des termes commerciaux les plus usités, dont la première version remonte à 1935 et la dernière a été adoptée en 1990. Il y a actuellement un nombre impressionnant de clauses types et de définitions, de conditions générales et de formules types élaborées au niveau international ou supranational; les promoteurs de ces initiatives ne sont plus seulement des organisations privées telles que la Chambre de commerce internationale ou le Comité maritime international, la Fédération internationale des ingénieurs-conseils ou la Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés, mais aussi l'Organisation des Nations Unies elle-même ou ses organismes ou institutions spécialisées tels que la CNUDCI, la Commission économique pour l'Europe, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, l'Organisation maritime internationale, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel, ainsi que d'autres organisations intergouvernementales telles que le Conseil de l'Europe et le Comité consultatif juridique afro-asiatique.

Il est difficile d'établir dans quelle mesure ces récents instruments vraiment internationaux ont réussi en pratique à remplacer le traditionnel Verbandsrecht ou droit corporatif. Les premiers semblent généralement préférés dans le secteur des produits manufacturés, tandis que les autres ont encore leurs adeptes dans le secteur des produits de base. Pourtant, même

ici, la pratique contractuelle peut être un facteur d'unification; en fait, parmi les instruments contractuels d'origine nationale également, il y en a, par exemple les formules anglaises dans les secteurs des produits de base, des transports maritimes ou des assurances qui, en raison de l'influence et du prestige des associations commerciales ou professionnelles qui les ont élaborés, sont largement utilisés, même en dehors du cercle restreint de leurs membres, et deviennent ainsi en pratique des instruments acceptés sur le plan international.

Reste la question des rapports qu'il y a entre toutes ces règles et pratiques, ou - comme on les appelle parfois - ce nouveau droit commercial ou cette lex mercatoria moderne, et la législation uniforme.

Certains soutiennent, en particulier dans les milieux d'affaires eux-mêmes, que, les milieux d'affaires intéressés ayant réussi, au moyen de ces règles, à se doter d'une réglementation exhaustive et satisfaisante des diverses opérations commerciales intéressées, toute tentative d'intervenir de l'extérieur par l'imposition d'une législation uniforme serait inopportune et de toute façon vouée à l'échec 28/. Cette opinion ne peut être acceptée.

Tout d'abord, elle part de l'hypothèse erronée selon laquelle le prétendu droit autonome du commerce international est autosuffisant et entièrement satisfaisant. En fait, il n'est ni l'un ni l'autre. La plupart des instruments contractuels en question ne règlent que certains aspects ou problèmes de l'opération dont il s'agit. De plus, comme on l'a montré, un assez petit nombre d'entre eux seulement représentent les vues et intérêts de toutes les parties concernées, alors que la plupart d'entre eux ont été rédigés unilatéralement par des entreprises individuelles ou par des associations commerciales ou professionnelles ayant une position dominante dans leurs secteurs respectifs.

Cela étant, la conclusion selon laquelle toute intervention régulatrice venant de l'extérieur serait inopportune ou au mieux inutile tombe aussi à plat. Tout au plus peut-on se demander si, dans un domaine déjà largement couvert par des règles élaborées par les milieux d'affaires intéressés, il y a lieu d'avoir recours à la forme traditionnelle d'une convention internationale ou s'il ne vaut pas mieux élaborer des instruments qui sont du même type que ceux déjà utilisés en pratique, mais qui, précisément parce qu'ils émanent d'une source neutre, sont plus équilibrés quant à leur contenu. En d'autres termes, au lieu d'imposer par voie d'autorité une réglementation obligatoire qui, après tout, par sa nature propre, manquerait de la souplesse nécessaire et risquerait de présenter des lacunes, il semblerait préférable d'insister sur l'élaboration de règles et conditions contractuelles types vraiment internationales qui, en raison du prestige de l'organisation qui les adopterait et de leur contenu plus équilibré, finiraient par pouvoir remplacer en pratique les instruments unilatéraux existants d'origine nationale.

Il est vrai que de tels instruments contractuels présupposent l'existence d'un système régulatoire plus général auquel se référer lorsqu'il y a incertitude quant à leur sens précis ou à la nécessité de les compléter. A cette fin, on peut avoir recours à des compilations telles que les "Principes pour les contrats commerciaux internationaux" élaborés par l'UNIDROIT ou les "Principes du droit européen des contrats" élaborés sous les auspices de la CEE, même si ces principes ne sont applicables qu'imperio rationis et non ratione imperii, et éviter ainsi le recours aux lois nationales individuelles.

Conclusions

L'unification du droit a définitivement cessé d'être la prérogative des législateurs de l'Etat. Dans le monde contemporain, il y a un certain nombre d'autres protagonistes dans le processus d'unification. Les différents moyens ou techniques non législatifs d'unification examinés ici - unification jurisprudentielle, unification doctrinale et unification par contrat - ne doivent pas être considérés comme pouvant se substituer entièrement à l'unification par la législation; il s'agit de méthodes complémentaires. Elles ne s'excluent pas mutuellement, au contraire, elles dépendent et bénéficient l'une de l'autre dans une large mesure.

Les fondateurs de la CNUDCI, dont nous sommes ici pour célébrer le vingt-cinquième anniversaire, ont été assez sages pour conférer au nouvel organisme un mandat suffisamment large pour couvrir l'unification tant législative que non législative 29/. Jusqu'à présent, la Commission a réussi à trouver un équilibre satisfaisant entre l'élaboration de conventions internationales et de lois types, d'une part, et de textes non législatifs, de l'autre. Qu'il suffise de mentionner, d'une part, la Convention de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises et la Loi type de 1985 sur l'arbitrage commercial international et, d'autre part, le Guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles et le Guide juridique pour l'élaboration de contrats internationaux d'échanges compensés, tous instruments qui peuvent être considérés comme des réussites. Tous ceux d'entre nous qui croient en la nécessité d'adopter une approche souple et pluraliste pour l'unification internationale du droit espèrent que cet équilibre sera aussi maintenu à l'avenir.

D. Application et interprétation de textes juridiques uniformes

1. Principes pour l'interprétation d'une loi uniforme et utilité à cette fin des travaux préparatoires, des commentaires et de la jurisprudence

ZHANG YUQING
Département des lois et traités, Ministère du commerce et des relations économiques extérieures, Beijing

L'adoption d'un instrument juridique uniforme pour le commerce international signifie que nous avons fait seulement la moitié du parcours pour parvenir à l'unification de la législation dans ce domaine. Nos objectifs n'ont pas encore été complètement atteints. C'est seulement lorsqu'une loi uniforme est largement et uniformément appliquée et que son interprétation est précise et uniforme que les intentions et les objectifs de l'oeuvre d'unification de la législation sont atteints, c'est-à-dire la promotion d'un développement régulier des échanges internationaux. Ma déclaration portera essentiellement sur les principes d'interprétation et sur le rôle des travaux préparatoires, de la jurisprudence et des commentaires dans l'interprétation d'une législation uniforme. Je proposerai également des moyens de renforcer l'efficacité des efforts déployés dans ce domaine.

Les différentes approches de l'interprétation de la législation interne

En ce qui concerne la manière d'interpréter la loi, comme les traditions juridiques varient d'un pays à l'autre, les principes adoptés peuvent aussi être différents. Globalement, il existe deux approches différentes de l'interprétation de la législation interne : l'une qui est celle des systèmes juridiques de l'Europe continentale et des Etats-Unis et l'autre celle du système juridique britannique.

Principe subjectif

En vertu de ce principe, le tribunal, dans l'interprétation de la loi, considère tout d'abord le sens littéral du texte. Lorsque ce texte pose des problèmes d'ambiguïté ou d'imprécision ou que la terminologie employée a des sens multiples, le tribunal peut se reporter aux travaux préparatoires, c'est-à-dire examiner le contexte historique pour rechercher le sens exact des dispositions législatives en question. Une telle approche peut aider le juge ou l'arbitre à découvrir le sens réel de ces dispositions, et à donner ainsi un effet pratique à ce texte. Cette approche est connue sous le nom de principe d'interprétation subjective, c'est-à-dire une approche qui se concentre sur l'intention du législateur et souligne les motifs et les objectifs de cette législation.

Principe objectif

La seconde approche consiste à s'en tenir au sens du texte tel qu'il apparaît, c'est-à-dire à la signification des termes employés dans la loi elle-même, en se fondant sur la construction grammaticale des mots ou groupes de mots pour parvenir à trouver le sens du texte, évitant ainsi d'avoir à rechercher l'intention du législateur ailleurs que dans le texte. Une telle approche est habituellement connue sous le nom d'interprétation objective.

La tradition a cependant évolué au cours de la deuxième partie du XXème siècle pour progressivement permettre au tribunal de recourir aux travaux préparatoires comme aide à l'interprétation de textes juridiques ou d'une convention internationale.

Règles d'interprétation d'une législation uniforme

Une législation uniforme est le résultat d'efforts entrepris en commun par des gouvernements, des organisations internationales, des juristes et des universitaires. Elle n'est pas une version adaptée de la législation d'un pays quelconque, pas plus qu'elle ne provient d'un système juridique particulier, mais elle constitue un élément d'une législation internationale. Par conséquent, la question de savoir comment l'interpréter n'est pas seulement une question théorique, mais une question d'intérêt pratique qui a une incidence sur la réalisation des objectifs de la législation uniforme. Si différents Etats adoptaient des normes et des principes différents pour l'application et l'interprétation d'une loi uniforme, les objectifs de la loi uniforme risqueraient de ne pas être atteints.

Règles établies par la Convention de Vienne sur le droit des traités

L'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités dispose ce qui suit : qu'un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la

lumière de son objet et de son but. Les règles établies par cet article sont les suivantes : le sens ordinaire des termes; l'objet et le but; et le respect du principe de la "bonne foi".

L'article 32 de la Convention dispose en outre qu'il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 laisse le sens ambigu ou obscur ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. Le principe est ici clairement établi en ce qui concerne l'utilisation des travaux préparatoires.

La Convention de Vienne a en fait adopté un principe qui combine des critères à la fois objectifs et subjectifs et, en même temps, pose clairement le principe de la bonne foi dans l'interprétation d'un traité. L'adoption de la Convention et son entrée en vigueur ont fourni aux tribunaux ou aux organes d'arbitrage un ensemble de principes et de moyens fondamentaux pour l'interprétation d'une législation uniforme, qui est l'une des importantes conditions de la réalisation des objectifs d'une telle législation.

Règles établies par la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises

La CNUDCI est un organisme qui est chargé expressément de l'unification et de la coordination des législations nationales dans le domaine commercial. Les lois uniformes qu'elle a formulées et adoptées au cours des vingt-cinq dernières années relèvent du droit privé et diffèrent des traités qui sont du domaine du droit international public. L'interprétation et l'application des traités sont des sujets qui sont traités séparément par les tribunaux et organes d'arbitrage des Etats. En fait, il n'existe pas de tribunal central ou d'organe d'arbitrage qui ne relève pas de la juridiction des Etats pour interpréter et appliquer ces conventions et lois types. Par conséquent, l'interprétation de ces lois uniformes qui sont du domaine du droit privé constitue une question particulièrement importante.

Après des décennies pendant lesquelles les gouvernements et les organisations internationales compétentes ont mis en commun les compétences et les connaissances de spécialistes internationaux du droit commercial, la CNUDCI a finalement défini dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises une série de principes et de méthodes importants pour l'interprétation des lois uniformes dans le domaine du droit privé.

Caractère international

Le paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les ventes dispose que, dans l'interprétation de la Convention, les tribunaux et organes d'arbitrage doivent tenir compte de son caractère international. En d'autres termes, la Convention ne doit pas être considérée comme un élément de législation interne et ses articles ou principes doivent encore moins être interprétés par référence au sens correspondant dans la législation interne d'un pays ou d'un système juridique quelconque. La Convention est une oeuvre qui intègre les différentes législations de différents Etats. Elle est un instrument international indépendant. Même si un article ou un principe quelconque de la Convention a été élaboré en s'inspirant d'une idée ou d'un

principe contenu dans un certain système juridique, il ne faut pas en déduire que le sens de cet article ou de ce principe devrait être déterminé conformément au système juridique en question.

Uniformité

La Convention dispose que, dans son application, il doit être dûment tenu compte de la nécessité de promouvoir l'uniformité. L'uniformité et le caractère international sont étroitement liés. Tenant compte du caractère international de la Convention, les tribunaux des différents pays peuvent parvenir à une décision plus ou moins identique dans des cas analogues. Par conséquent, l'uniformité résulte de la prise en considération du caractère international de la Convention. Il est possible cependant que, dans un cas analogue, le tribunal d'un pays ne parvienne pas à une décision identique à celle prise par le tribunal d'un autre pays, même si l'un et l'autre ont tenu dûment compte du caractère international de la Convention. La question se pose alors de savoir comment le tribunal d'un Etat devrait tenir dûment compte des décisions d'un tribunal d'un autre Etat. Pour assurer l'uniformité et éviter des divergences substantielles dans des décisions portant sur des cas analogues, dans des situations identiques, les tribunaux des différents pays devraient respecter les interprétations et les décisions de chacun des autres tribunaux. Pour autant que l'autre tribunal a appliqué et interprété exactement la loi uniforme, la décision des tribunaux de l'autre pays doit être considérée comme étant contraignante ou du moins comme ayant un effet persuasif. Le respect de l'interprétation donnée par des tribunaux étrangers renforcera auprès de tribunaux étrangers également l'effet persuasif des décisions prises par des tribunaux nationaux. De cette façon, on parviendra finalement à l'uniformité dans l'application d'une loi uniforme.

Principe de la bonne foi

Le principe de la bonne foi a une longue histoire dans la législation interne, qu'il s'agisse de la négociation de contrats commerciaux ou de l'élaboration et de l'exécution de ces contrats. Le champ d'application est désormais plus large puisque, pour la première fois, ce principe de droit interne a été inscrit dans une loi uniforme rédigée par la CNUDCI. Premièrement, l'inclusion du principe de la bonne foi à l'article 7 indique clairement que les tribunaux et organes d'arbitrage nationaux peuvent invoquer un principe supplémentaire dans l'interprétation de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

En second lieu, à en juger d'après son contexte, le principe de la bonne foi constitue désormais un "principe général" de la Convention. D'une part, les parties à un contrat de vente internationale doivent agir conformément à ce principe et, d'autre part, le principe constitue également une norme selon laquelle l'une ou l'autre des parties peut avoir à rendre compte de ses actes. Cependant, que représente le principe de la bonne foi dans le commerce international ? Quels doivent être son contenu et ses conséquences ? La Convention ne contient pas de dispositions à ce sujet qui exige des études plus approfondies de la part de juristes de différents pays et dépend de la pratique des tribunaux et organes d'arbitrage nationaux. En déterminant la notion de "bonne foi" dans le commerce international et les normes qui s'y rattachent, on doit tenir compte de leur uniformité et de leur caractère international.

Principes généraux

Bien que la Convention des Nations Unies sur les ventes ne contienne pas moins de 101 articles (soit 88 articles si l'on exclut les dispositions finales), ses dispositions ne peuvent régler toutes les questions qui pourraient se poser dans la rédaction d'un contrat de vente internationale de marchandises, pas plus que celles concernant les droits et obligations des parties. Les auteurs de la Convention ne pouvaient prévoir tous les problèmes qui se poseraient dans des opérations portant sur toutes sortes de marchandises, ni prévoir des dispositions en conséquence. Comme les législations internes, la Convention a également quelques lacunes. Pour encourager les tribunaux et organes d'arbitrage nationaux à régler les différends conformément aux dispositions de la Convention au lieu d'appliquer la loi interne, l'article 7 dispose en outre que toutes les questions concernant les matières régies par la Convention et qui ne sont pas expressément tranchées par elle seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire.

La définition de principes généraux en la matière devrait être fondée sur l'interprétation de l'article ou des articles spécifiques et sur les conséquences tirées de leur application et en aucune façon sur des spéculations sans fondement. Il est encourageant de constater que des universitaires internationaux, qui appuient avec enthousiasme l'unification des législations commerciales, ont proposé un certain nombre de ces "principes généraux" dans leurs travaux et dans leurs articles, offrant ainsi des références utiles aux tribunaux et organes d'arbitrage pour l'application de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

Les principes et les méthodes mentionnés ci-dessus concernant l'interprétation de la Convention des Nations Unies sur les ventes sont d'une grande importance car ils constituent les principes fondamentaux pour l'interprétation des instruments juridiques uniformes dans le domaine du droit international privé.

Aides à l'interprétation des lois uniformes

La pratique a montré que, en dépit du texte d'une législation uniforme et des principes fondamentaux qui guident l'interprétation et l'application de la législation uniforme, dans bien des circonstances, nous sommes toujours dans l'incapacité de découvrir le sens réel des dispositions en question. Ceci est particulièrement vrai dans le cas de la législation uniforme. Par conséquent, les tribunaux et organes d'arbitrage doivent encore avoir recours aux travaux préparatoires et aux commentaires sur chacun des articles et aussi à l'interprétation et aux décisions des tribunaux et organes d'arbitrage d'autres nations sur des questions analogues. C'est un moyen important pour comprendre le sens des articles de la loi uniforme et parvenir à une application et à une interprétation uniformes et obtenir ainsi des résultats uniformes.

Travaux préparatoires et commentaires

Comme on l'a indiqué plus haut, les dispositions ou principes d'une loi uniforme ne doivent pas être interprétés en s'inspirant de leur sens éventuel dans une loi interne ou dans un système juridique donné. Même si les termes dans lesquels est exprimé un concept peuvent être les mêmes que ceux qui figurent dans une loi interne donnée, il ne faut pas en conclure que ces

termes doivent être compris et interprétés de la même façon que dans la législation interne.

On peut observer, en se fondant sur la pratique de la CNUDCI au cours des vingt-cinq dernières années en matière de rédaction de lois uniformes, que les auteurs se sont efforcés d'utiliser des concepts et des termes qui soient neutres et ne proviennent pas d'un système juridique quelconque. Leur intention est d'empêcher que les juges et les praticiens du droit utilisent pour leur interprétation la législation interne, mettant ainsi en danger l'application et l'interprétation uniformes de la Convention. Les lois uniformes de la CNUDCI doivent être rédigées dans les six langues officielles et il arrive souvent que, pour un même concept, les six langues varient et utilisent des termes qui n'ont pas le même sens. Parfois, pour un terme donné, il n'existe pas dans une autre des langues de terme correspondant ayant le même sens. En outre, une législation uniforme doit s'appliquer dans tous les pays du monde, mais étant donné les différences de systèmes politiques, économiques et juridiques, le texte de certains articles ne peut se présenter que comme un compromis ou dans une formulation abstraite. Il serait peu réaliste d'essayer de s'attaquer à des situations extrêmement complexes et de les régir toutes par une seule loi uniforme.

Les situations décrites ci-dessus montrent clairement que, dans l'application et l'interprétation de la loi uniforme, il ne s'agit pas seulement de comprendre le sens apparent du texte dans une version linguistique donnée ou de comprendre le sens de chaque article d'après la syntaxe. On doit aussi avoir recours aux travaux préparatoires de tout le processus de rédaction de la loi uniforme, aux commentaires établis par le secrétariat de la CNUDCI et aux publications spécialisées dans le domaine concerné. Ces documents, ces ouvrages et ces publications peuvent aider les juges et les praticiens du droit à comprendre l'intention du législateur, ainsi que le sens réel des dispositions de la loi uniforme.

Saisir les intentions et les buts du législateur et comprendre le sens réel des dispositions sont des conditions essentielles à l'application exacte de la loi uniforme. Les travaux préparatoires, les commentaires et les publications spécialisées constituent un moyen d'atteindre les objectifs d'une application et d'une interprétation uniformes.

En fait, presque tous les gouvernements jugent nécessaire d'entreprendre une étude sérieuse d'une convention ou d'une Loi type avant d'y apposer leur signature, d'y adhérer ou de l'incorporer dans leur législation interne. Cette étude ne se limite pas au texte de la loi uniforme lui-même, mais comprend aussi les travaux préparatoires et les commentaires. Un gouvernement éprouvera bien des difficultés à accepter une loi uniforme avant d'avoir étudié les travaux préparatoires et les commentaires.

Nous savons tous que le processus d'élaboration d'une législation nationale, depuis les propositions jusqu'à l'examen, la discussion et l'adoption, dure habituellement de nombreuses années. Une fois qu'une loi est formellement adoptée, elle laisse une abondance de documents sur le processus législatif. Ces documents sont très utiles comme guides pour l'application et l'interprétation de la loi. Cependant, lorsqu'un Etat décide d'accepter une loi uniforme ou de l'incorporer dans sa législation nationale, il suffit d'une simple procédure législative qui ne laisse pas derrière elle une telle abondance de documents, comme ce serait le cas pour des lois internes. Dans ces conditions, pour interpréter et appliquer avec précision une telle "loi

nationale", il est indispensable que l'Etat se réfère aux travaux préparatoires et aux commentaires concernant l'élaboration de la loi uniforme. Sans une telle documentation et faute de la consulter, nous ne serons pas à même d'atteindre les objectifs de la loi uniforme.

En bref, le rôle des travaux préparatoires et des commentaires est évident. Pour les Etats qui acceptent la loi uniforme et pour les tribunaux ou organes d'arbitrage qui l'appliquent pour régler des litiges commerciaux internationaux, il n'est pas seulement nécessaire de donner valeur légale aux dispositions d'une loi uniforme; il faut aussi, pour interpréter et appliquer cette loi, examiner très soigneusement les travaux préparatoires et les commentaires qui sont de nature à en faciliter la compréhension.

Décisions des tribunaux ou organes d'arbitrage étrangers

Depuis longtemps déjà, les tribunaux, dans l'application d'une législation interne, se réfèrent à des décisions d'un tribunal étranger sur des questions du même ordre. Ces références sont d'autant plus nécessaires qu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer une seule et même loi uniforme. Comme ils sont en dernier ressort ceux qui réalisent les objectifs et les buts de la loi uniforme, les tribunaux et organes d'arbitrage de tous les Etats doivent se respecter les uns les autres, échanger des informations et coopérer dans l'interprétation et l'application de la loi uniforme. A cet égard, il faut surmonter les obstacles posés par les traditions juridiques et les problèmes de juridiction, afin de donner effet aux décisions des tribunaux ou organes d'arbitrage étrangers en ce qui concerne la loi uniforme. S'il arrive que l'on trouve quelque chose de déraisonnable ou d'imprécis dans l'interprétation et l'application d'une loi uniforme par un tribunal étranger, le mieux est de procéder à un échange de vues. Les tribunaux et organes d'arbitrage de tous les Etats devraient unir leurs efforts pour atteindre les objectifs des lois uniformes.

Remarques sur la promotion de l'interprétation et de l'application uniformes

Avec les progrès rapides de la science et de la technique, les possibilités de coopération mondiale ne cessent de croître dans les domaines économique et commercial. Pour répondre aux besoins créés par cette situation, un certain nombre de lois uniformes dans le domaine des échanges internationaux ont été élaborées par l'Organisation des Nations Unies et d'autres organisations internationales intergouvernementales. Et d'autres lois encore apparaîtront dans l'avenir.

Les lois uniformes concernant les échanges internationaux joueront un rôle de plus en plus important dans la progression du commerce international et dans le règlement des différends en la matière. Par conséquent, la promotion d'une interprétation et d'une application uniformes de ces textes est devenue pour la CNUDCI une tâche importante, de même que pour les gouvernements et les organisations internationales intéressées. A ce propos, je voudrais présenter quelques suggestions sur la manière d'atteindre les objectifs d'une loi uniforme.

Large diffusion du texte de la loi uniforme, et des travaux préparatoires et des commentaires. Si les textes des lois uniformes sont largement distribués dans la plupart des pays, tel n'est pas le cas pour les travaux préparatoires et les commentaires qui sont, les uns comme les autres, parfois inaccessibles, même pour les juristes, les magistrats et les arbitres. Une

telle situation ne peut qu'avoir un effet négatif sur l'application et l'interprétation de la loi uniforme. Il est par conséquent nécessaire que la CNUDCI, les organisations internationales intéressées et les gouvernements, après l'adoption de la loi uniforme, prennent aussi une décision sur l'ampleur et le contenu des travaux préparatoires, de sorte que les textes en soient largement diffusés auprès des gouvernements avec ceux de la nouvelle loi et des commentaires.

Recueils de jurisprudence. Etant donné que les Etats ont des systèmes et procédures judiciaires différents et des systèmes d'arbitrage également différents, il est extrêmement difficile de constituer un recueil exhaustif des décisions des tribunaux de tous les Etats fondées sur la loi uniforme. Par exemple, dans certains pays, il n'existe pas de règles imposant la publication des décisions des tribunaux et, dans d'autres pays, les parties ne permettent pas à l'organe d'arbitrage de publier ses sentences. Si la CNUDCI est en mesure de rassembler uniquement les décisions dont la publication est autorisée, son recueil ne sera pas très complet et son caractère universel pourrait être mis en doute. Le système de correspondants nationaux appliqué par la CNUDCI constitue actuellement un effort utile mais, à mon avis, il faudrait encore y apporter quelques améliorations pour qu'il soit pleinement efficace.

Premièrement, je considère que nous avons besoin d'une convention dans le domaine du droit public, un type de convention sur les principes concernant l'interprétation et l'application de la loi uniforme. La convention devrait disposer, entre autres, que les Etats, lorsqu'ils interprètent la loi uniforme, devraient toujours : a) se référer aux travaux préparatoires et aux commentaires, ainsi qu'à d'autres ouvrages de spécialistes; b) reconnaître comme ayant valeur légale les décisions des tribunaux et organes d'arbitrage étrangers, que ces décisions soient contraignantes ou seulement persuasives; c) souscrire à l'obligation de rendre publiques les décisions des tribunaux et de les communiquer aux autorités intéressées, etc.

En second lieu, en attendant qu'un accord soit conclu au sujet de cette convention, la question de la constitution de recueils de jurisprudence nationaux concernant l'interprétation et l'application de la loi uniforme devrait être examinée par l'Assemblée générale qui adopterait une résolution rendant cette procédure obligatoire pour tous les gouvernements, afin qu'un tel système puisse être effectivement mis en pratique.

Séminaires et groupes d'experts. L'interprétation et l'application de la loi uniforme exigent des connaissances très spécialisées. Bien qu'il existe des travaux préparatoires, des commentaires et des ouvrages de spécialistes, les tribunaux et organes d'arbitrage des différents Etats peuvent prendre des décisions différentes sur des affaires similaires ou même sur des affaires identiques. Il peut en être ainsi pour diverses raisons, notamment les différences des systèmes politiques, économiques et juridiques. La situation ainsi créée serait très préoccupante. Pour éviter et surmonter les divergences d'interprétation et d'application de la loi uniforme, la CNUDCI devrait organiser périodiquement des séminaires régionaux et internationaux concernant la loi uniforme et les décisions de justice rendues sur la base de la loi uniforme, de sorte que des questions juridiques particulières puissent être étudiées et discutées pour aboutir à un consensus.

Dans le cadre de toute convention en vigueur, un groupe d'experts devrait être constitué par la CNUDCI et chargé d'examiner les plaintes d'Etats parties

concernant des problèmes d'interprétation et d'application de la loi uniforme par des tribunaux et organes d'arbitrage étrangers et de donner une opinion consultative à la CNUDCI, de sorte que celle-ci puisse jouer un rôle de médiateur entre les Etats parties à des différends. D'autre part, ayant découvert que des interprétations ont été données et des décisions différentes ont été prises par des tribunaux et organes d'arbitrage de différents Etats au sujet de cas analogues se présentant dans des circonstances identiques, le groupe d'experts pourrait également enquêter de plein droit et présenter ses propres observations en vue de maintenir l'uniformité d'interprétation et d'application. A cet égard, la méthode adoptée par le GATT dans l'application de certaines de ses règles et celles adoptées dans le cadre d'autres conventions constituent d'excellents exemples.

Les travaux sur la loi uniforme entrepris sous les auspices de la CNUDCI et d'autres organisations internationales sont un travail d'une très grande importance, parce qu'ils vont dans l'intérêt du développement de l'économie et des échanges mondiaux, aussi bien que de l'amitié entre les peuples et de la paix mondiale. C'est pour nous un devoir sacré que d'assurer une interprétation et une application uniformes de la loi uniforme.

2. "Le cuisinier qui mange sa propre soupe" : réflexions d'un juge qui applique un texte juridique à la rédaction duquel il a participé

HOWARD M. HOLTZMANN
Juge, Tribunal des réclamations, République islamique d'Iran-Etats-Unis, La Haye (Pays-Bas)

La dernière fois que j'ai eu des fonctions à remplir dans cette salle qui est celle de l'Assemblée générale, c'était le 15 décembre 1976. Ce jour-là, l'ordre du jour de l'Assemblée générale comportait l'examen d'une résolution tendant à recommander que les Règles d'arbitrage de la CNUDCI soient utilisées dans le monde entier. J'avais participé à la rédaction de ces Règles, et le représentant des Etats-Unis m'avait invité à siéger avec lui pour donner des renseignements au cas où des questions de détail seraient posées au cours du débat sur la résolution. Mais la CNUDCI était si largement respectée qu'aucune question n'a été posée. Par conséquent, la procédure a été rapide et simple. Le président a annoncé la résolution, a demandé si quelqu'un voulait prendre la parole et, en s'arrêtant à peine, a déclaré que la résolution était adoptée. Personne n'a fait d'objection. C'est ainsi que les Règles d'arbitrage de la CNUDCI sont entrées dans le système de la justice internationale.

Au moment où j'étais assis dans cette salle, il y a seize ans, je n'aurais pu imaginer que les Règles d'arbitrage de la CNUDCI auraient la profonde influence qu'elles ont eue en modelant la pratique moderne de l'arbitrage. Et je n'aurais certainement pu rêver qu'un jour je serais membre d'un tribunal qui aurait pour tâche d'arbitrer plus de 4 000 affaires conformément à ces Règles. C'est pourtant ce qui est arrivé. Pendant les onze dernières années, j'ai été membre du Tribunal des réclamations République islamique d'Iran-Etats-Unis, le plus grand arbitrage peut-être de toute l'histoire jusqu'à présent si l'on en juge par le nombre des affaires et le total des sommes en cause.

Cette expérience que j'ai acquise en appliquant les Règles d'arbitrage de la CNUDCI dans un si grand nombre de cas, a incité le Secrétaire de la CNUDCI,

Gerold Herrmann, à donner pour titre à mon allocution de cet après-midi "Le cuisinier qui mange sa propre soupe". D'un côté, ce titre est tout à fait exact : j'ai mangé de nombreux bols, même des barriques, d'une soupe que j'ai aidé à préparer. D'un autre côté, le titre appelle une précision. Car bien que je sois un cuisinier qui mange sa propre soupe, je ne suis pas le seul cuisinier à avoir préparé la soupe. Comme je l'expliquerai dans quelques minutes, la force des Règles d'arbitrage de la CNUDCI tient à ce qu'il y a eu beaucoup de cuisiniers qui ont apporté des recettes, des ingrédients et du talent.

Le règlement du Tribunal des réclamations République islamique d'Iran-Etats-Unis incorpore les Règles de la CNUDCI avec quelques modifications seulement pour prendre en considération les caractéristiques propres au Tribunal, par exemple le fait qu'il compte neuf membres et qu'il est de nature continue. Le Tribunal a donc soumis les Règles de la CNUDCI à une rude épreuve. A mon avis, l'efficacité des Règles tient en deux mots : elles fonctionnent. Les Règles se sont révélées suffisamment complètes pour couvrir tout aléa de procédure qui a pu surgir dans des milliers d'affaires menées sous une pression considérable. Elles sont suffisamment souples pour permettre à l'arbitrage de faire face à des circonstances spéciales, et pourtant suffisamment détaillées pour guider tant les parties que les arbitres.

Le jugement que je porte sur l'efficacité des Règles repose sur les constatations faites par le Tribunal lorsqu'il les a appliquées à des différends entre deux Etats aussi bien qu'à des affaires où des personnes privées étaient parties. La large gamme des opérations commerciales et d'investissement d'où sont nées les réclamations fait apparaître la diversité et le volume des affaires portées devant le Tribunal. Il y a eu, bien entendu, d'importants contrats relatifs aux opérations de forage et aux exportations de pétrole. Il y a eu de grands projets de construction pour des installations industrielles, des logements et même un parc d'attractions. Le Gouvernement des Etats-Unis et des entreprises américaines avaient passé des contrats de fourniture d'armes et de services. Des arrangements de grande portée ont été conclus en vue de transferts de technologie, dont beaucoup dans le domaine de l'informatique et de l'électronique. De grandes quantités de céréales et d'autres produits de base ont été vendues et achetées; des hôtels ont été construits et gérés; des sociétés d'assurance ont été fondées; du lait et des boissons sans alcool ont été mis en bouteilles; l'activité des transports maritimes et des transports par conteneurs a été intense. Presque toutes les sortes de produits qu'il est possible d'imaginer ont été achetés et vendus. Pour appuyer ces transactions, les banques ont fait des prêts, reçu des dépôts et émis un grand nombre de lettres de crédit. Après la révolution islamique, des litiges ont surgi à propos de la plus grande partie de cette activité commerciale très considérable. De plus, la République islamique d'Iran avait des créances à l'égard des Etats-Unis, dont une, évaluée à 22 milliards de dollars, se rapportant principalement à du matériel militaire que l'Iran dit avoir payé d'avance mais n'avoir pas reçu. De plus, il y a eu de sérieux différends de droit international public concernant l'interprétation et l'exécution de traités entre la République islamique d'Iran et les Etats-Unis. Ces affaires, toutes régies par les Règles d'arbitrage, ont donné naissance à une montagne de documents. Par exemple, en plus des sentences et décisions qui remplissent déjà plus de 25 volumes imprimés, le Tribunal avait, au 31 mars 1992, rendu 18 468 ordonnances de procédure et les parties avaient déposé plus de 25 800 pièces. Dans toute cette procédure massive, les Règles n'ont pas cédé.

Le titre du programme d'aujourd'hui nous invite à tirer "des leçons pour l'avenir" de ce que la CNUDCI a réalisé dans le passé. Quand nous regardons vers l'avenir, nous devons nous demander non seulement si les Règles d'arbitrage fonctionnent bien, mais aussi pourquoi elles sont efficaces et quels sont les facteurs qui, dans leur élaboration, ont amené leur réussite. L'histoire des Règles d'arbitrage fait apparaître huit facteurs clefs qui ont contribué à leur acceptation et à leur succès. Comme ces mêmes facteurs peuvent contribuer à l'élaboration d'autres textes unifiés de droit commercial international, il peut être utile de les évoquer brièvement.

Le premier facteur nécessaire au succès d'un texte unifié est qu'il doit répondre à un besoin largement reconnu de la communauté internationale. Avant l'élaboration des Règles, il existait déjà de nombreuses règles d'arbitrage, mais toutes émanaient d'institutions arbitrales particulières ou étaient conçues en fonction d'activités commerciales spéciales ou encore destinées principalement à servir dans certaines régions ou dans certains systèmes économiques.

D'après une étude approfondie faite pour la CNUDCI par Ion Nestor, ces règles existantes étaient utiles mais il y avait aussi besoin de règles plus universelles. Pour répondre à ce besoin, le Conseil international pour l'arbitrage commercial, organisme composé de spécialistes de l'arbitrage et de représentants d'institutions arbitrales, a instamment prié la CNUDCI d'entreprendre l'élaboration de nouvelles règles. En raison de ce large appui, de nombreux experts de l'arbitrage ont été désireux d'aider à cette tâche.

Cela m'amène au deuxième facteur nécessaire à l'élaboration réussie d'un texte commercial unifié : la rédaction doit être faite par des experts ayant une expérience pratique dans ce domaine. Les Règles d'arbitrage de la CNUDCI ont bénéficié de ce grand avantage. Pieter Sanders a été nommé d'emblée consultant auprès du Secrétaire général, et il a apporté sa longue expérience d'arbitre et de rédacteur d'autres règles. En outre, de nombreux Etats ont inclu d'éminents praticiens de l'arbitrage dans leurs délégations à la CNUDCI. De plus, les délégations d'observateurs comprenaient entre autres des représentants de la Chambre de commerce internationale, de l'Association américaine d'arbitrage et de la Commission interaméricaine d'arbitrage.

Non seulement ces experts connaissaient l'arbitrage, mais ils apportaient des informations et des conceptions de toutes les régions géographiques et de tous les systèmes juridiques, politiques, sociaux et économiques. C'est là le troisième facteur qui a contribué à l'efficacité des Règles d'arbitrage. Un vieux proverbe dit que trop de cuisiniers gâtent la soupe. C'est peut-être vrai si l'on parle d'une soupe au poulet préparée dans la cuisine d'une grand-mère; mais cela n'est pas vrai si ce que l'on prépare est un texte international. Car il est nécessaire qu'un texte conçu pour servir dans le monde entier soit compatible avec beaucoup de cultures juridiques et commerciales différentes ou du moins qu'il soit susceptible d'y être adapté. Considérez par exemple qu'au Tribunal des réclamations République islamique d'Iran-Etats-Unis, les Règles d'arbitrage doivent pouvoir être appliquées par des arbitres formés au droit civil, à la common law et au droit islamique. Cette universalité ne peut être réalisée que si le texte international reflète - et respecte - les approches de rédacteurs venus de toutes les parties du monde.

Mais les rédacteurs ne suffisent pas. Cela m'amène au quatrième facteur important dans l'élaboration d'un texte efficace. Les rédacteurs doivent maintenir un contact étroit et continu avec la communauté qui utilisera le texte international et en subira les effets. Dans le cas des Règles d'arbitrage, il était nécessaire d'avoir, sur les travaux en cours, les commentaires de ceux qui utilisent l'arbitrage commercial international : hommes d'affaires, juristes et arbitres. Les délégués à la CNUDCI tenaient de nombreuses consultations lorsqu'ils rentraient chez eux entre les sessions de la Commission; à chaque stade du projet, les institutions arbitrales et les gouvernements ont examiné le texte et présenté leurs observations. Plus de 200 experts venus de toutes les parties du monde ont eu une discussion animée sur le projet lors d'une conférence de quatre jours tenue à New Delhi sous les auspices du Conseil international pour l'arbitrage commercial. Bien entendu, la Commission a tenu le plus grand compte des observations faites à la Conférence de New Delhi. Les Règles ont été améliorées grâce à ce processus éclairé.

Mais, quelque sages que soient les experts et larges les consultations, les rédacteurs de textes ne peuvent prévoir tout ce qui peut arriver ni le caractère unique de certaines transactions. Aussi un cinquième facteur clef pour assurer le succès d'un texte commercial international est-il d'y incorporer autant de souplesse et d'autonomie des parties que possible. Cela a été fait lors de la rédaction des Règles d'arbitrage et c'est là, selon moi, une importante raison de leur acceptabilité et de leur utilité.

L'élaboration d'un texte international efficace exige la coopération de beaucoup de personnes venant de toutes les parties du monde, ce qui, à son tour, exige une organisation poussée et des efforts coordonnés. Aussi le sixième facteur clef est-il un secrétariat hautement qualifié et capable de fournir l'appui et l'infrastructure. Pour les Règles d'arbitrage - comme pour tous les autres textes de la CNUDCI -, ce rôle indispensable a été joué par le Service du droit commercial international du Bureau des affaires juridiques. En outre, un texte définitif ne peut être achevé dans un délai raisonnable sans un président expérimenté qui a l'énergie nécessaire pour stimuler la discussion et aboutir à un consensus au sein de la Commission. C'est le septième facteur essentiel. Roland Loewe d'Autriche, qui a présidé les sessions au cours desquelles les Règles d'arbitrage ont été élaborées, est un bel exemple d'un président qui a apporté cet élément nécessaire.

Enfin, même le meilleur texte ne sera pas largement accepté si un facteur supplémentaire n'est pas présent. Le texte doit émaner d'un organe international respecté, dont la compétence, l'équité et la neutralité sont largement reconnues. C'est le huitième facteur nécessaire. Des règles élaborées par la CNUDCI et recommandées par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies présentent ce grand avantage. Elles ne reflètent pas un seul point de vue. Ces règles réussissent parce que ce sont les règles de tout le monde.

Un dernier point à signaler est qu'un bon texte commercial international influe non seulement sur ceux qui l'utilisent directement mais aussi sur ceux qui le prennent pour modèle ou pour repère dans l'élaboration d'autres règles. Ainsi, les échos des Règles d'arbitrage de la CNUDCI se propagent dans beaucoup d'autres règles modernes. Pour ne citer qu'un exemple très récent, la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, qui est le plus ancien système continu d'arbitrage international, modernise actuellement ses règles de procédure en prenant les Règles de la CNUDCI pour modèle.

Permettez-moi de conclure en rappelant une histoire que le juge Louis Brandeis, l'un des plus grands juges de la Cour suprême des Etats-Unis, aimait raconter. C'était l'histoire d'un juriste qui avait été invité à rédiger un code de lois pour un Etat nouvellement indépendant. D'après Brandeis, ce juriste "s'est rendu dans le pays et, pendant deux ans, s'est littéralement installé au milieu des gens du pays - étudiant partout leurs coutumes, leurs besoins, leurs croyances et leurs points de vue. Puis il a incorporé dans la législation la vie qu'ils vivaient." Les Règles d'arbitrage de la CNUDCI sont efficaces parce qu'elles incorporent la vie que mènent effectivement ceux qui utilisent l'arbitrage. C'est là, pour les textes juridiques commerciaux uniformes, le secret de la réussite.

3. Les lois uniformes appellent une interprétation uniforme : propositions en vue d'un tribunal international chargé d'interpréter les instruments juridiques uniformes

PROFESSEUR LOUIS B. SOHN
Professeur, George Washington University, Washington, D.C.

Il faut d'abord préciser que les lois uniformes se présentent sous de nombreuses espèces; certaines d'entre elles sont effectivement dénommées lois uniformes, et c'est à ce titre qu'elles sont soumises pour adoption aux organes législatifs nationaux. D'autres sont liées à des conventions internationales de diverses façons : certaines sont jointes en annexes à une convention (par exemple, les annexes de la Convention relative à l'aviation civile internationale); certaines sont adoptées plus tard pour mettre en oeuvre la convention (par exemple, les règlements de l'Organisation mondiale de la santé); certaines prennent en fait la forme de conventions (par exemple, la bonne trentaine de conventions approuvées par les Conférences de La Haye de droit international privé ou les conventions - plus de 170 - de l'Organisation internationale du Travail); certaines sont adoptées sous la forme, censée être moins obligatoire, d'ensembles de règles, de codes de conduite, de lois types, de déclarations ou de directives (par exemple, en matière d'environnement) mais, souvent, sont néanmoins incorporées dans la législation nationale. Dans beaucoup d'autres domaines, il n'y a pas de lois uniformes adoptées sur le plan international, mais les lois nationales sont en fait uniformes parce qu'elles font des emprunts, sans le reconnaître expressément, au même instrument international ou national. Certains accords incorporant des lois uniformes ne causent guère de difficultés mais d'autres, comme la Convention de Varsovie de 1929 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, ont donné lieu à des centaines de décisions judiciaires nationales - dont certaines rendues par la Cour suprême des Etats-Unis - qui souvent diffèrent beaucoup dans leurs interprétations de la Convention.

Une fois qu'un texte uniforme a été adopté, de nouveaux problèmes internationaux commencent à surgir. Il faut, par exemple, s'assurer que la loi uniforme sera incorporée dans le droit interne des divers pays. En outre, l'interprétation de ces lois par les tribunaux nationaux peut différer. Enfin, y a-t-il moyen de s'assurer que les lois uniformes seront interprétées uniformément ?

Il est généralement admis que le processus consistant à unifier les lois de divers pays qui affectent le commerce international et les autres relations transnationales est une opération complexe. Il exige non seulement un long

effort pour négocier sur le plan international un texte uniforme, mais encore des efforts nationaux distincts pour incorporer les textes uniformes dans les systèmes juridiques nationaux et signaler aux juristes nationaux l'existence et la valeur de ces textes.

Un deuxième problème surgit lorsque les tribunaux nationaux commencent à appliquer le texte, car divers tribunaux se mettent immédiatement à donner leurs propres interprétations du texte, surtout si celui-ci a été traduit, pas toujours exactement, dans une langue nationale. D'ordinaire lentement, mais parfois rapidement, le texte perd son uniformité, la valeur du texte uniforme commence à diminuer et les laborieux efforts qui ont été faits pour se mettre d'accord sur son contenu sont ainsi perdus 30/. D'astucieux avocats peuvent alors tirer parti de ce changement et se mettent à la recherche du for le plus avantageux afin d'obtenir l'interprétation du texte qui est la plus favorable à leurs clients.

En troisième lieu, comme il y a longtemps que la nécessité d'obtenir une interprétation uniforme d'une loi uniforme et de conventions de droit international privé a été reconnue, diverses solutions ont été suggérées.

Plusieurs organisations internationales ont mis au point divers moyens d'interpréter les conventions uniformes conclues sous leurs auspices. Certaines ont prévu des décisions obligatoires rendues par leurs principaux organes politiques. D'autres ont eu recours à des interprétations clarificatrices faites par leurs secrétariats, habituellement sur la base de l'histoire législative de la convention, le service juridique du secrétariat intéressé faisant une étude attentive de documents préparatoires souvent confiés à sa garde. L'UNIDROIT a étudié en 1959 l'utilité de ces procédures, surtout de celles qui ont été mises au point par l'Organisation internationale du Travail et l'Organisation de l'aviation civile internationale 31/. La CNUDCI a établi en 1985 une autre étude où elle a mentionné la possibilité qu'elle avait : a) d'exprimer son opinion sur l'interprétation juste à donner à un texte uniforme en cas de divergence entre les décisions des tribunaux nationaux; b) de répondre à une demande présentée à cet effet par une instance judiciaire nationale ou un tribunal arbitral national; ou c) de répondre aux questions abstraites qui lui seraient soumises par les parties à une transaction. L'étude a finalement proposé une approche plus limitée fondée essentiellement sur la diffusion et l'analyse des décisions nationales 32/.

Le succès rencontré par les arbitrages internationaux au cours du XIXème siècle a donné aux juristes internationaux l'idée de résoudre par le même remède le nouveau problème consistant à maintenir l'uniformité de règles communes et à assurer leur interprétation correcte. Il n'est donc pas surprenant que dès 1911, Hans Webberg, l'un des plus éminents juristes internationaux de la première moitié de notre siècle, a proposé la création d'un tribunal international de droit privé, qui connaîtrait notamment "des différends relatifs à des questions de droit international privé (en appel des tribunaux nationaux); et des réclamations privées fondées sur des traités internationaux établissant des lois uniformes (en appel des tribunaux nationaux)" 33/. Il reconnaissait par là que deux arrangements étaient nécessaires : l'établissement d'un tribunal international spécial et une procédure permettant de renvoyer une question d'interprétation d'un tribunal national à ce tribunal international.

La question a été soulevée à nouveau en 1920 à propos de l'élaboration du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, qui a précédé la Cour

internationale de Justice. A cette époque, l'Union interparlementaire, où de nombreux parlements nationaux étaient représentés, a suggéré de conférer à la Cour permanente compétence pour connaître des différends entre personnes de droit privé relatifs à l'interprétation des conventions de droit international privé ainsi que des conventions relatives à la propriété industrielle et littéraire, au droit commercial et au droit maritime, qui établissent des règles uniformes dans ces importantes branches du droit 34/. Cependant, le Comité consultatif de juristes qui a rédigé le Statut de la Cour permanente n'a pas accepté cette idée, et la compétence de la Cour a été limitée aux différends entre Etats.

L'idée d'établir une procédure pour traiter spécialement de l'interprétation du nombre croissant de conventions définissant des règles uniformes de droit privé ou de conflit de lois (appelé droit international privé en Europe) a été ressuscitée dans les années 30. En 1931, à la sixième session de la Conférence de droit international privé, tenue à La Haye, un protocole a été signé aux termes duquel les Etats parties reconnaissaient la compétence de la Cour permanente de justice internationale à l'égard des différends relatifs à l'interprétation des conventions élaborées par les Conférences de La Haye de droit international privé qu'ils avaient ratifiées ou auxquelles ils avaient adhéré 35/. Toute partie à un tel différend ayant ratifié le Protocole était autorisée à porter le différend devant la Cour contre tout autre Etat ayant également ratifié le Protocole. Par conséquent, si deux Etats avaient ratifié l'une de ces conventions et le Protocole et si un différend avait surgi entre eux au sujet du sens d'une disposition de cette convention, l'un et l'autre auraient pu en saisir la Cour. Ce recours n'a pas été jugé satisfaisant, car seuls les Etats peuvent porter une affaire devant la Cour et les personnes de droit privé n'y ont pas accès. La plupart des problèmes d'interprétation du droit uniforme se posent lors de différends entre deux parties de droit privé, lesquelles devraient avoir un moyen d'obtenir une interprétation d'une institution internationale.

Le Protocole de La Haye de 1931 n'a été ratifié que par quelques Etats et aucun Etat ne l'a jamais utilisé. Il est cependant à noter que, sans que le Protocole de 1931 ait été invoqué, un différend relatif à des droits privés découlant d'une Convention de La Haye a été en fait porté devant la Cour internationale de Justice en 1957. La Cour a interprété une convention de 1902 restrictivement, faisant une distinction entre le droit privé de la tutelle et les lois sociales destinées à protéger un enfant contre les menaces à sa santé, à sa condition mentale ou à son épanouissement moral, et elle a donné la préférence à une loi sociale suédoise plutôt qu'à la convention 36/. Cette affaire n'a donc pas encouragé la soumission à la Cour d'autres questions d'interprétation de conventions de droit uniforme, et la recherche d'une solution adéquate s'est poursuivie.

Les juristes se sont préoccupés en particulier de ce que non seulement la Cour de La Haye mais aussi d'autres tribunaux internationaux étaient rarement accessibles aux particuliers et aux sociétés, d'autant qu'ils constataient également que les Etats hésitaient de plus en plus à endosser des réclamations présentées par des particuliers ou des sociétés contre des Etats amis. Un Etat était rarement disposé à provoquer des complications internationales en traitant une réclamation présentée par un de ses ressortissants contre un autre Etat comme un différend entre Etats. On pensait que de nombreuses questions de droit privé pourraient être tranchées de façon satisfaisante par un tribunal international plus restreint sans qu'il soit nécessaire de recourir à la Cour de La Haye. Si ces réclamations privées pouvaient être

traitées communément par un tribunal spécial composé de juristes formés au droit international privé, une cause sérieuse d'irritation serait écartée des relations interétatiques. La question a été portée devant l'Institut de droit international qui, en 1929, a adopté une résolution prudente indiquant que dans certains cas, il pourrait être souhaitable de reconnaître le droit des individus à porter directement devant un tribunal international, sous réserve de conditions à déterminer, leurs différends avec des Etats 37/. Un projet en vue de la création d'un tribunal franco-belge de ce type a été effectivement élaboré par une Commission mixte en 1934 38/. Geouffre de Lapradelle a alors proposé d'appliquer cette idée aux différends relatifs à l'application des conventions internationales de droit privé et l'Association de droit international a approuvé cette proposition en 1934 39/. L'Union interparlementaire l'a également approuvée en 1936 après une longue discussion 40/. Une série de propositions analogues tendant à créer des tribunaux internationaux pour des questions de droit privé ont été faites après la deuxième guerre mondiale, notamment des suggestions tendant à ce que l'Organisation des Nations Unies crée des instances judiciaires subsidiaires pour statuer sur les réclamations présentées par des particulers et des sociétés contre des Etats. L'Association du barreau américain, par exemple, a examiné cette idée en 1953 41/.

Le juriste français André Prudhomme, alors rédacteur en chef du principal périodique consacré au droit international privé, le Journal du droit international, a suggéré une autre approche. Il a rédigé une proposition en vue de la création d'un tribunal international qui examinerait, en appel des tribunaux nationaux, les différends nés de contrats entre Etats et personnes privées 42/. En 1939, Pietro Valindas a rassemblé une série de propositions tendant à créer des tribunaux spéciaux chargés d'interpréter les conventions internationales destinées à promouvoir l'uniformité du droit privé ou du droit international privé 43/.

Après la seconde guerre mondiale, des propositions analogues ont été faites en vue de la création d'un tribunal qui donnerait une interprétation uniforme des conventions de droit privé aérien 44/. Certains se sont aussi intéressés à la création d'un tribunal international de commerce 45/.

Certaines propositions se sont limitées à des transactions économiques spéciales. Par exemple, l'UNIDROIT a élaboré en 1946 une convention en vue de la création d'un tribunal international des emprunts 46/. Les Pays-Bas ont aussi fait à ce sujet, en 1935, une proposition qui a abouti en 1939 à la publication d'un projet à cet effet par le Comité de la Société des Nations pour l'étude des contrats d'emprunt internationaux 47/. De même, des propositions ont été faites en vue de créer un tribunal arbitral pour les investissements étrangers 48/.

La Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer prévoit notamment un Tribunal international du droit de la mer dont la compétence comprend des différends où sont parties des personnes privées 49/.

Plus récemment encore, l'augmentation du nombre des conventions multilatérales traitant de divers aspects de l'environnement global a abouti à des propositions tendant à créer un tribunal international de l'environnement et à autoriser un ombudsman à demander un avis consultatif à ce tribunal en cas de différend naissant relatif à l'interprétation d'une de ces conventions 50/.

Conclusions

Compte tenu de toutes ces idées, il paraît souhaitable de créer un tribunal, parallèle à la Cour internationale de Justice, qui traiterait des problèmes que posent les divergences d'interprétation d'accords internationaux contenant des lois uniformes, codes de conduite et déclarations. Un tel tribunal pourrait se composer de 17 juristes (magistrats, avocats et professeurs) qui sont des spécialistes de divers aspects du droit international privé ou ont acquis une certaine expérience dans l'élaboration, l'application ou l'interprétation de lois uniformes ou de règles conventionnelles uniformes. La compétence du tribunal serait définie dans un protocole qui contiendrait une liste, facile à modifier, de conventions multilatérales; un Etat ratifiant le protocole accepterait la compétence du tribunal à l'égard d'au moins une convention ou si possible de plusieurs, et il serait encouragé à accepter, de temps à autre, la compétence du tribunal à l'égard d'autres conventions. Si un différend surgissait dans un tribunal d'un Etat à propos de l'interprétation d'une convention pour laquelle cet Etat a accepté la compétence du tribunal, le tribunal national, à la demande d'une des personnes privées parties au différend, soumettrait la question au tribunal international pour un avis consultatif, et les parties seraient autorisées à présenter leurs vues à ce tribunal. L'interprétation donnée par le tribunal international, quoique non obligatoire, ferait autorité. Elle serait probablement adoptée par le tribunal qui l'a demandée et serait d'un grand poids dans les affaires où la même question se poserait devant les tribunaux d'autres Etats qui ont accepté ou pourraient accepter à l'avenir la compétence du tribunal à l'égard de la convention en question. En adhérant au protocole, un Etat pourrait aussi déclarer qu'une interprétation donnée par le tribunal international serait dorénavant obligatoire pour tous ses tribunaux lorsqu'elle aurait été donnée dans une affaire soumise au tribunal international par l'un des tribunaux de l'Etat. L'Etat pourrait aussi déclarer que les interprétations données par le tribunal international dans des affaires qui lui auraient été soumises par des tribunaux d'autres Etats lieraient ses propres tribunaux 51/.

Il paraît aussi souhaitable, du moins à cette époque de restrictions financières, de n'avoir qu'un tribunal de ce type pour toutes les conventions de droit uniforme ou de droit international privé, de manière à éviter les coûts excessifs qu'entraînerait le fonctionnement simultané d'un nombre toujours croissant de tribunaux pour différents sujets.

Les modalités de procédure et d'autres questions resteraient à régler, mais la voie a été ouverte non seulement par un grand nombre de propositions et rapports intéressants mais aussi par certaines institutions existant déjà. Les auteurs du statut du tribunal international proposé pourraient notamment tirer profit de l'expérience de la Cour de justice des Communautés européennes, du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (auquel 97 Etats avaient adhéré au mois de janvier 1992), du Tribunal République islamique d'Iran-Etats-Unis, des groupes d'arbitrage établis en vertu de l'Accord de libre-échange conclu entre le Canada et les Etats-Unis, et de plusieurs tribunaux moins connus qui fonctionnent dans diverses régions du monde.

Une fois établi, un tribunal général de ce genre serait à même de mettre au point des techniques lui permettant de traiter de n'importe quel sujet, pour difficile ou spécialisé qu'il soit. Le besoin d'un tel tribunal se fait sentir depuis longtemps. Sa création serait accueillie avec satisfaction par

de nombreux ministères des affaires étrangères qui n'auraient plus à traiter avec des requérants irrités et n'auraient plus à se demander s'il est moins dangereux d'avoir un citoyen mécontent ou une confrontation exaspérante avec un gouvernement étranger.

Un tribunal pour l'interprétation des lois et règles conventionnelles uniformes de droit privé ou de droit international privé constituerait une importante contribution au développement du droit commercial international et à la Décennie des Nations Unies pour le droit international.

E. Intérêt d'une unification universelle pour l'intégration et le développement régionaux

1. Comité consultatif juridique afro-asiatique

D. S. MOHIL, AU NOM DE F. X. NJENGA
Secrétaire général du Comité consultatif juridique afro-asiatique

Je me permettrai tout d'abord, au nom du Comité consultatif juridique afro-asiatique (AALCC), de féliciter chaleureusement la CNUDCI d'avoir organisé ce congrès à titre de contribution à la Décennie des Nations Unies pour le droit international, congrès dont les objectifs sont d'examiner les résultats obtenus par la Commission dans l'unification et l'harmonisation progressives du droit commercial international au cours des vingt-cinq dernières années et de mettre en évidence les besoins concrets qui serviront de base à son programme de travail futur.

La création de la CNUDCI en 1966, en tant que principal organe juridique au sein du système des Nations Unies en matière de droit commercial international, a été jugée d'une importance capitale. Elle a été particulièrement bien accueillie par les pays en développement qui cherchaient à faire le point des règles et des pratiques en vigueur dans le domaine du commerce et des échanges internationaux et qui s'intéressaient à l'élaboration de normes susceptibles de répondre aux besoins de la communauté internationale en pleine mutation après la décolonisation. On considérait que, si le droit international public régissant la conduite des Etats était le produit de l'Occident, les lois applicables au commerce et aux échanges internationaux étaient essentiellement le fruit des chambres de commerce, des associations professionnelles et des organes juridiques dans les métropoles. C'était un domaine où les connaissances et les compétences techniques des pays en dévelopement devaient être regroupées au sein d'une instance appropriée, en association avec les Etats plus anciens, pour parvenir à des solutions justes et équitables. La création de la CNUDCI a été considérée comme une étape sur cette voie.

Le Comité consultatif juridique a donc été très heureux de répondre à la demande de coopération adressée par M. E. K. Dadzie, Ambassadeur du Ghana, alors président de la CNUDCI, durant sa participation à la dixième session du Comité tenue à Karachi en 1969. En a témoigné l'active participation de M. John Honnold, secrétaire de la CNUDCI, à la session d'Accra en 1970. Cela a contribué à nouer des liens officiels entre les deux organismes et permis ainsi d'établir d'étroites relations de travail et d'inscrire des questions d'intérêt commun dans nos programmes de travail respectifs. Dans ce contexte a également été créé un Sous-Comité permanent de l'AALCC, à composition non limitée, pour les questions relatives au droit commercial international, qui a

été chargé, d'une part, de suivre et d'étudier l'évolution récente dans le domaine du droit commercial international du point de vue africain et asiatique et, d'autre part, d'entreprendre indépendamment des projets qui répondent aux besoins de la région. La CNUDCI ayant été désignée comme le principal instrument du système des Nations Unies chargé de promouvoir une harmonisation et une unification progressives du droit commercial international, il était tout à fait naturel que le Sous-Comité pour le commerce international concentre son attention, dès sa création, sur les activités de la Commission. A ce titre, le Sous-Comité a fait des observations et apporté sa contribution à propos de tous les grands textes établis par la CNUDCI au cours de leur phase préparatoire, et ces observations et cette contribution ont influé sur la version définitive de ces textes.

Toutefois, il convient de noter que la contribution du Comité consultatif juridique à la mise au point de nouvelles règles de droit commercial international par la CNUDCI ne s'est pas limitée à une participation active aux phases préparatoires des textes susmentionnés. Tout aussi important et d'un égal intérêt est l'appui que le Comité a apporté, après la conclusion des projets, à la diffusion de données et à la promotion de tous les nouveaux textes juridiques émanant des travaux de la CNUDCI. Le Comité a facilité ces travaux, d'une part, en organisant périodiquement des séminaires régionaux en association avec la CNUDCI et d'autres organisations jouant un rôle actif dans ce domaine et en faisant connaître leurs travaux dans la région Afrique-Asie et, d'autre part, en oeuvrant en faveur des textes législatifs déjà élaborés, par le biais de recommandations ou de résolutions officielles adoptées à ses sessions annuelles. Récemment, en octobre 1989, le Comité a organisé un Séminaire sur le droit commercial international à New Delhi, en association avec la CNUCED, la CNUDCI et UNIDROIT. Le principal objectif de ce séminaire était de mieux faire connaître et de faire plus largement accepter dans la région Afrique-Asie un certain nombre de conventions internationales établies par l'Organisation des Nations Unies et UNIDROIT dans les domaines du commerce international, du financement et des transports. Le rapport et les délibérations du séminaire ont été imprimés et largement diffusés dans la région Afrique-Asie.

S'agissant de la promotion des textes de la CNUDCI parmi les membres du Comité consultatif juridique grâce à l'adoption de recommandations ou de résolutions officielles, on pourra mentionner l'attention accordée par le Comité à la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer après son adoption à la Conférence diplomatique de Hambourg. Le Comité a examiné la Convention à ses sessions tenues à Séoul (1979), Colombo (1981) et Arusha (1986) et exprimé l'avis qu'elle tenait compte des intérêts des pays en développement et qu'elle était parvenue à établir un équilibre plus équitable entre les intérêts du chargeur et ceux du transporteur. Le Comité consultatif juridique a donc instamment prié ses Etats membres d'envisager d'adhérer à la Convention de manière que le régime de La Haye applicable au transport international des marchandises par mer, qui était dépassé, puisse être remplacé par les Règles de Hambourg.

Un autre exemple pertinent dans ce contexte est la recommandation formulée par le Comité consultatif juridique à sa session de Doha, en 1978, dans laquelle il demandait à la CNUDCI de constituer un groupe de travail chargé d'étudier les conséquences de l'instauration d'un nouvel ordre économique international pour le commerce international, donnant par là même une nouvelle orientation à ses activités. Cette initiative a débouché sur des travaux très concrets entrepris par le Groupe de travail du nouvel ordre économique international créé par la CNUDCI.

Un autre secteur dans lequel la CNUDCI et le Comité consultatif juridique ont collaboré très étroitement pendant un certain nombre d'années est celui de l'arbitrage commercial international. Les activités du Comité consultatif juridique dans ce domaine ont pour origine le rapport de M. Ion Nestor, rapporteur spécial de la CNUDCI, dans lequel celui-ci envisageait la possibilité de créer des institutions régionales et nationales dans les régions en développement pour organiser des arbitrages internationaux, afin de faire plus largement accepter cette formule comme moyen de régler les conflits commerciaux internationaux. Cette idée a semblé particulièrement séduisante à nos Etats membres, lorsque la question a été examinée à la session de Tokyo en 1974 et, deux ans plus tard, la proposition tendant à créer des centres régionaux d'arbitrage a été de nouveau encouragée dans la perspective des activités visant à promouvoir le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, qui venait juste d'être adopté.

L'année suivante, le Comité consultatif juridique a décidé, à sa session de Bagdad, de créer deux centres régionaux, l'un à Kuala Lumpur pour la région de l'Asie et l'autre au Caire pour la région de l'Afrique, chargés, notamment, de promouvoir le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, de fournir des mécanismes pour rendre des arbitrages ad hoc en vertu de ce règlement et d'assurer des arbitrages institutionnels conformément audit règlement, le cas échéant. Les centres de Kuala Lumpur et du Caire sont désormais pleinement opérationnels, et un troisième centre, inauguré à Lagos en mars 1989, entrera bientôt en activité. Le Comité consultatif juridique a en fait été la toute première organisation à avoir fait sien et à avoir commencé de promouvoir le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, avant même son approbation par l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette double action du Comité consultatif juridique, faire en sorte que les centres régionaux d'arbitrage administrent des arbitrages ad hoc conformément au Règlement de la CNUDCI et que ce Règlement tienne lieu de règlement institutionnel pour ces centres, a servi d'exemple à plusieurs autres organismes d'arbitrage dans le monde.

S'agissant de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, on peut dire qu'elle a pour origine une initiative prise par le Comité consultatif juridique. En 1976, celui-ci avait suggéré que la CNUDCI précise certaines questions dans un protocole à la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Bien que la CNUDCI n'ait pas accepté de modifier la Convention de 1958, elle a consenti à élaborer une Loi type sur la procédure arbitrale pour répondre aux préoccupations exprimées par le Comité. Celui-ci continue de promouvoir la Loi type dans la région Afrique-Asie.

Dans ce contexte, je voudrais également mentionner deux de nos activités qui ont aidé nombre de pays en développement à jouer un rôle plus actif dans les travaux de la CNUDCI proprement dits. Premièrement, nous examinons régulièrement, à chacune de nos sessions annuelles, un rapport sur les travaux de la CNUDCI, ce qui a contribué à mettre en lumière l'importance de ces derniers. Deuxièmement, les notes et observations que nous préparons sur le rapport de la CNUDCI pour les débats de la Sixième Commission permettent aux Etats membres du Comité consultatif juridique de participer plus efficacement aux délibérations de ladite commission consacrés aux travaux de la CNUDCI.

Permettez-moi maintenant d'évoquer brièvement les initiatives que nous avons prises pour faire progresser le droit commercial international au plan régional. La première initiative importante a été la formulation de contrats types de vente de produits de base présentant un intérêt particulier pour les

pays en développement qui exportent des produits agricoles, des minéraux et d'autres matières premières. Les travaux que nous avons menés dans ce domaine ont abouti à l'adoption de deux formulaires types de contrats de vente de produits de base, l'un à des conditions f.o.b., l'autre à des conditions f.l.b. Ces formulaires ont été publiés par le Conseil économique et social en 1977. Ultérieurement, le Comité consultatif juridique a également adopté un contrat type à des conditions c.a f. (maritimes), applicable aux machines légères et aux biens de consommation durables.

Le Comité consultatif juridique a pris une autre initiative dans le domaine de la promotion et de la protection des investissements. A sa session de Katmandou tenue en 1985, il a adopté trois modèles d'accords bilatéraux sur la promotion et la protection des investissements, que la Banque mondiale et l'American Society of International Law ont fait largement connaître.

Un autre projet entrepris par le Comité et visant à faciliter la collaboration industrielle dans les relations Nord-Sud et Sud-Sud a consisté à élaborer un Guide juridique sur les coentreprises industrielles en Asie et en Afrique. Le secrétariat a achevé ce guide après un certain nombre d'années de travail, et le texte a été approuvé à la session du Caire, en 1990, pour distribution à nos Etats membres. Le secrétariat s'emploie actuellement à étudier les aspects juridiques de la privatisation d'entreprises du secteur public, dans le but d'élaborer un guide sur cette question qui aidera les gouvernements des Etats membres à réaliser leurs programmes de privatisation sans porter préjudice à leurs intérêts nationaux.

De nos jours, le monde connaît de profondes mutations politiques et économiques. La déréglementation et la libéralisation des économies nationales sont désormais le mot d'ordre dans quelque 150 pays du monde. Cette évolution exige nécessairement que soient apportées d'importantes modifications aux lois et règlements nationaux qui régissent les échanges de ces pays. Pour faire face à la situation, le Comité consultatif juridique a récemment créé un groupe de la collecte de données informatisées, qui fait partie intégrante de son secrétariat et qui doit servir de source d'informations sur les lois et réglementations économiques dans ses Etats membres.

En conclusion, depuis que la CNUDCI a été créée en 1966, ses réalisations ont été impressionnantes en ce qui concerne tant la qualité que le volume des travaux d'ordre législatif qu'elle a accomplis. Ce qui est encore plus encourageant et rassurant, de notre point de vue, c'est qu'elle a montré qu'elle était à la disposition aussi bien des pays en développement que des pays développés pour formuler un ensemble de lois applicables au commerce international, conçues pour permettre aux parties de toutes les régions du monde de participer au commerce et aux échanges internationaux dans des conditions d'égalité.

2. Organisation des Etats américains

SECRETARIAT GENERAL DE L'ORGANISATION DES ETATS AMERICAINS

L'Organisation des Etats américains (OEA) a suivi avec grand intérêt le travail accompli par la CNUDCI depuis sa création. Il ne pouvait en être autrement, non seulement en raison de la valeur intrinsèque de la codification - au sens large du terme - des règles juridiques régissant le commerce

international, mais aussi parce que l'un des buts que l'OEA, en tant qu'organisation régionale, a elle-même poursuivis dès qu'elle s'est efforcée de promouvoir la coopération internationale sur le continent américain a été de créer des relations amicales et des liens commerciaux mutuellement profitables entre les Etats de la région. L'un des moyens d'atteindre ces buts a été la codification progressive du droit international tant public que privé.

Il suffira de rappeler, à titre d'exemple historique, la résolution adoptée à la deuxième Conférence internationale des Etats américains (Mexico, 1902), dans laquelle les Etats américains ont convenu :

> "... de rédiger une convention sur l'établissement des codes de droit international public et privé des Amériques, dans les conditions suivantes :
>
> ... Le Secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique et les Ministres des Républiques signataires accrédités à Washington nommeront une commission de juristes de réputation reconnue, cinq des Amériques et deux d'Europe, qui sera chargée d'élaborer, aussi rapidement que possible dans l'intervalle entre la présente conférence et la conférence suivante, un Code de droit international public et un Code de droit international privé qui régiront les relations entre les nations des Amériques."

Ce serait dépasser le but du présent exposé que de relater les démarches qui ont été faites, dans le cadre de la coopération interaméricaine, pour s'efforcer graduellement de codifier ces deux branches du droit. Il suffira de rappeler le travail passé du Conseil interaméricain de juristes et les initiatives et activités actuelles du Comité juridique interaméricain. Le domaine dans lequel le travail de codification de la CNUDCI a été particulièrement bien accueilli est celui du droit international privé.

Il convient de mentionner les changements intervenus dans la façon d'aborder la coopération entre les pays d'Amérique, d'abord sous la forme d'une vision globale dans le cadre du système interaméricain, puis par un processus sectoriel de codification poursuivi dans une série de conférences spécialisées interaméricaines de droit international privé (CIDIP-I, II, III et IV). La réalisation la plus notable de la phase initiale a été le Code de droit international privé (le "Code Bustamante"), qui a été adopté à la sixième Conférence internationale des Etats américains, tenue à La Havane en 1928. Le Code comprend divers titres, chapitres et articles sur ce sujet dans son deuxième livre intitulé "Droit commercial international". Aux conférences spécialisées qui ont oeuvré à la codification sectorielle, les questions relatives au droit commercial international ont occupé une place permanente dès le début, et les projets d'activités connexes dans la région leur accordent une importance toute particulière.

Au cours des travaux préparatoires de CIDIP-II, le Comité juridique interaméricain a adopté, le 5 août 1976, une résolution dans laquelle il a décidé de s'abstenir d'entreprendre aucune étude sur la vente internationale de marchandises, eu égard aux travaux importants que la CNUDCI avait déjà accomplis sur cette question. Le texte de cette résolution comportait donc les paragraphes suivants :

> "L'avant-projet d'ordre du jour établi par le Conseil permanent de l'Organisation des Etats américains pour la deuxième Conférence

spécialisée interaméricaine de droit international privé (CIDIP-II) comprend un point relatif à la vente internationale de marchandises; ...

En ce qui concerne le point relatif à la vente internationale de marchandises, il convient de signaler qu'il existe déjà des documents et études utiles, qui ont pratiquement épuisé tous les problèmes relatifs à cette question. Il faut mentionner à ce sujet les travaux que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) accomplit depuis plusieurs années;"

...

La quatrième Conférence spécialisée interaméricaine de droit international privé (CIDIP-IV), tenue à Montevideo (Uruguay) du 9 au 15 juillet 1989, a adopté une résolution dans laquelle elle recommande :

"... aux Etats membres de l'Organisation des Etats américains qui ne sont pas parties à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, adoptée à Vienne le 11 avril 1980, d'envisager l'opportunité de la ratifier ou d'y adhérer."

CIDIP-IV a aussi adopté une résolution, intitulée "Travaux de l'OEA dans le domaine du droit international privé", où il est notamment dit :

"Les travaux de la CIDIP comprennent un processus et un système de codification dotés de caractéristiques distinctes qui reflètent les singuralités de la région;

Parmi ces caractéristiques figurent les efforts faits pour harmoniser les systèmes juridiques d'origine romano-germanique avec ceux qui reposent sur la common law;

De plus, le système interaméricain de droit international privé élaboré par l'Organisation des Etats américains fait partie d'un monde juridique dans lequel d'autres instances régionales et universelles entreprennent des activités qui doivent être étudiées de près dans l'intérêt d'une coordination et d'une cohérence appropriées."

La résolution mentionne notamment les sujets suivants comme étant susceptibles d'être examinés :

"Etude du système interaméricain de droit international privé par rapport aux travaux d'autres instances traitant de ce sujet;

Etude de la réglementation des principaux contrats commerciaux internationaux et plus particulièrement des contrats de transport de passagers, des contrats d'excursion et des contrats de transfert de technologie;

Partenariats et fusions, et accords de sociétés en général;

Relation entre la Convention des Nations Unies de 1988 sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux et la Convention interaméricaine de 1975 sur les conflits de lois en matière de lettres de change, billets à ordre et factures."

Ces exemples mettent en lumière l'attitude réceptive et accommodante de l'OEA, en tant qu'organisation régionale, vis-à-vis des travaux de la CNUDCI. Cette attitude n'est pas surprenante non seulement parce que, dans le contexte interaméricain, les instruments adoptés par les conférences spécialisées interaméricaines de droit international privé contiennent principalement des dispositions de forme plutôt que de fond, mais aussi parce qu'on reconnaît maintenant que l'adoption, pour le commerce international, de règles juridiques uniformes et largement acceptées par le plus grand nombre des Etats de la communauté internationale présente une importance croissante, et est de nature à faciliter les progrès vers une économie globale fondée sur des principes justes et équitables propres à assurer des avantages susceptibles d'être partagés par tous les pays participants.

La globalisation de l'économie internationale et du commerce international impose aux organisations régionales participant au processus d'intégration régionale une obligation spéciale, celle d'adapter, dans ce nouveau cadre universel, la poursuite de leurs objectifs aux relations spéciales de voisinage qui, historiquement, unissent les pays d'une même région. Ainsi, le système global qui s'élabore actuellement reposera sur une base plus sûre.

On peut citer un exemple particulièrement frappant des efforts faits pour mettre au point des instruments juridiques régionaux tout en préservant ce qui a été réalisé sur le plan universel : le fait que toutes les nouvelles initiatives récemment encouragées par l'Organisation des Etats américains sont conçues et examinées du point de vue de leur compatibilité avec les activités analogues entreprises dans le domaine juridique par d'autres organisations internationales, en particulier l'Organisation des Nations Unies, et avec le souci de coordonner les efforts déployés.

3. Zone d'échanges préférentiels pour les Etats de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe

HAWA SINARE
Conseiller juridique pour la Zone d'échanges préférentiels pour les Etats de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe

C'est un grand honneur pour la Zone d'échanges préférentiels pour les Etats de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (ZEP) et pour moi-même d'avoir été invités à participer à ce congrès très important de la CNUDCI sur un droit commercial uniforme au XXIème siècle et de faire un exposé sur l'intérêt de l'unification universelle du droit commercial pour l'intégration et le développement régionaux.

Auparavant, je tiens à saisir cette occasion pour exprimer, au nom de la ZEP et en mon nom propre, notre profonde reconnaissance à la CNUDCI pour avoir invité la ZEP à participer à ce congrès. Celui-ci n'aurait pu avoir lieu à un moment plus opportun dans l'évolution de la ZEP puisque, il y a quelques mois seulement, le 31 janvier 1992 pour être précis, l'Autorité de la ZEP, qui se compose de chefs d'Etat et de gouvernement, a pris trois grandes décisions historiques interdépendantes. Dans la première décision, elle a déclaré que le temps était venu de transformer le système d'échanges préférentiels de la ZEP en un marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA) conformément à l'article 29 du Traité portant création de la ZEP.

Dans la deuxième décision, elle a annoncé que la ZEP et la Conférence de coordination du développement de l'Afrique australe, qui s'employait jusqu'alors à coordonner l'aide au développement, mais qui était sur le point de se transformer en une organisation d'intégration économique, allaient être fusionnées en une organisation unique d'intégration économique dénommée COMESA.

Par sa troisième décision, elle a adopté la stratégie pour le commerce et le développement, qui expose dans le détail la stratégie d'intégration et de développement économique de la ZEP pour les années 90 et au-delà. Cette stratégie sera donc l'ébauche du programme d'intégration du COMESA.

D'autre part, ce congrès a lieu près d'un an après la signature par les chefs d'Etat et de gouvernement africains de ce que l'on appelle communément le Traité d'Abuja, ouvrant la voie à la création d'une communauté économique africaine. L'OUA a réaffirmé une fois de plus l'importance de l'intégration régionale pour le développement économique du continent. La signature du Traité d'Abuja a été une étape concrète vers la mise en oeuvre du Plan d'action de Lagos, même si l'année d'échéance fixée pour la réalisation des objectifs formulés d'un commun accord a été reportée au-delà de l'an 2000.

Ce congrès se tient à un moment où l'importance de l'intégration régionale pour l'intégration économique est réaffirmée dans le monde entier. Même les pays plus puissants de l'Occident se regroupent et consolident leurs structures d'intégration économique ou créent même des ensembles ou des blocs commerciaux élargis.

Il n'est pas étonnant que les pays de la sous-région d'Afrique de l'Est et d'Afrique australe aient décidé d'affermir leur accord de coopération dans le cadre d'un marché commun. Le programme tendant à créer un tel marché est maintenant bien engagé, et je crois qu'il sera réalisé bien avant l'an 2000, qui est l'année d'échéance pour l'instauration du marché unique. Cela signifie qu'il faudra faire des ajustements politiques et économiques difficiles pour faciliter l'application des nouvelles stratégies. Au-delà de la signature des traités, il faudra que des mesures concrètes soient prises, qu'un calendrier d'exécution soit adopté, que le secrétariat soit investi de pouvoirs exécutifs pour suivre plus efficacement l'application du programme et que le domaine de compétences du tribunal de la ZEP soit élargi pour lui permettre de fournir au COMESA des services appropriés.

Un programme d'intégration doit conduire au développement économique, sinon il n'est d'aucune utilité pour ses promoteurs, à savoir les Etats membres. Schématiquement, il y a intégration économique lorsque les Etats membres adoptent et appliquent des mesures permettant d'abaisser le coût des activités économiques au sein du groupe, grâce à la levée de tous les obstacles aux échanges et aux investissements intrarégionaux et à l'adoption de mesures favorables aux échanges et aux investissements. L'un des obstacles non tarifaires aux échanges et aux investissements intrarégionaux réside dans les disparités entre les législations commerciales nationales.

La ZEP, créée le 30 septembre 1982, regroupe les 18 pays membres suivants : Angola, Burundi, Comores, Ethiopie, Kenya, Lesotho, Malawi, Maurice, Mozambique, Ouganda, République-Unie de Tanzanie, Rwanda, Somalie, Soudan, Swaziland, Zambie et Zimbabwe. Le Zaïre vient de présenter une demande d'adhésion à la ZEP conformément à l'article 46 du Traité, et un accord est actuellement négocié; il deviendra le dix-neuvième Etat membre à la fin de 1992. De par les membres qui composent la ZEP, la sous-région a

plusieurs systèmes juridiques différents : common law, droit néerlandais de tradition romaine, droit romain, droit islamique et, dans certains cas, un mélange de deux ou de plusieurs de ces systèmes. On observe entre les législations commerciales nationales des disparités imputables aux différences entre systèmes juridiques et, également, à de simples différences entre les dispositions du droit. C'est là que les réalisations de la CNUDCI en matière d'unification universelle des lois commerciales jouent un rôle particulièrement utile pour le programme d'intégration économique régionale des Etats d'Afrique de l'Est et d'Afrique australe. Depuis sa création, la CNUDCI a obtenu l'unification et l'application universelle de ses textes, comme la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980); le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le Règlement de conciliation de la CNUDCI et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international; le Guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles; la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg); la Convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport; la Convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux; et la Loi type sur les virements internationaux.

L'une des réalisations les plus remarquables de la CNUDCI, qui présente un intérêt considérable pour le programme d'intégration régionale en Afrique de l'Est et en Afrique australe, est la Convention des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises. Les dispositions de cette Convention - en particulier celles ayant trait à la période pendant laquelle une partie à un contrat de vente internationale de marchandises doit introduire une procédure contre l'autre partie pour faire valoir un droit découlant du contrat ou fondé sur l'inexécution, la résolution ou l'invalidité de ce dernier - ont mis un terme à l'état d'incertitude et d'injustice dans lequel se trouvaient les parties qui devaient introduire une procédure à une date si tardive que les éléments de preuve donnant lieu à la plainte risquaient d'être sujets à caution ou risquaient même d'être perdus. On sait bien que, dans la plupart des systèmes juridiques, une action ne peut être engagée après l'expiration du délai fixé, mais il y a de nombreuses disparités dans la durée de la période considérée et dans les règles régissant le délai de prescription. Dans le cas d'une intégration économique sous-régionale, ces disparités sont à l'origine des difficultés rencontrées pour donner suite aux actions engagées au titre d'opérations commerciales internationales et font donc obstacle aux échanges intrarégionaux. Les autres textes notables de la CNUDCI qui contribueront à l'intégration régionale en Afrique de l'Est et en Afrique australe sont la Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) et les Règlements d'arbitrage et de conciliation de la CNUDCI, qui ont tous été acceptés par le Conseil des ministres de la ZEP en tant qu'instruments applicables dans la sous-région. Les Etats membres de la ZEP ont accepté d'adhérer à la Convention de New York. Cette convention a déjà montré qu'elle faciliterait la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères dans la sous-région, en particulier de celles prononcées sous les auspices du Centre d'arbitrage commercial de la ZEP dont le siège est à Djibouti.

Parmi d'autres textes unifiés faisant l'objet d'une application universelle, je citerai le Code de la valeur en douane de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). Ce code a été adopté par les Etats membres de la ZEP comme étant la méthode unifiée d'évaluation applicable

dans leur sous-région, et des négociations en la matière sont en cours avec le GATT et le secrétariat du CCD. L'existence de méthodes différentes d'évaluation des marchandises à des fins douanières constituerait un obstacle non tarifaire aux échanges intrarégionaux. Les Etats membres de la ZEP ont également adopté le classement tarifaire des marchandises du CCD, de sorte qu'un produit fabriqué ou importé dans un Etat membre a la même nomenclature tarifaire dans l'ensemble de la sous-région de la ZEP. Différentes méthodes de classement des marchandises constitueraient un obstacle non tarifaire aux échanges intrarégionaux. En outre, le secrétariat de la ZEP entreprendra bientôt un programme juridique global pour le Marché commun prévoyant notamment l'harmonisation ou la reconnaissance mutuelle de certaines lois de nature commerciale, comme les lois relatives à la normalisation ainsi qu'au contrôle de la qualité et à l'étiquetage (en association avec l'Organisation régionale africaine de normalisation et l'Organisation internationale de normalisation); les lois relatives aux spécifications industrielles; les lois sur les poids et mesures; les brevets et marques de fabrique; les réglementations et procédures douanières; et les procédures applicables à la création et au fonctionnement des zones franches, des ports francs et des usines ou zones industrielles d'exportation sous contrôle douanier.

Les Etats membres de la ZEP devront absolument rattraper leur retard dans le domaine de l'informatique. En particulier, ils seront de plus en plus tributaires de l'usage des ordinateurs et autres dispositifs électroniques pour traiter les affaires et également pour virer des fonds. C'est pourquoi la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux et les travaux accomplis dans le domaine de l'échange de données informatisées ont pour eux un intérêt pratique.

Dans la mesure où sept des Etats membres de la ZEP n'ont pas de façade maritime, il faut mentionner spécialement l'utilité de la Convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport, qui contient des règles universellement acceptées concernant la responsabilité en cas de perte de marchandises ou de dommage subi par des marchandises avant, pendant et après un transport international. Avant l'adoption de cette convention, il y avait des disparités en ce sens que certaines lois nationales permettaient aux exploitants de terminaux de limiter leur responsabilité par le biais de dispositions contractuelles. La Convention imposera l'obligation aux exploitants de terminaux d'assumer la responsabilité des marchandises à compter du moment où ils les prennent en garde jusqu'au moment où ils les remettent aux personnes habilitées à en prendre livraison ou les mettent à leur disposition.

Il ne fait donc aucun doute que l'unification universelle du droit commercial a résolu les problèmes que posaient les divergences observées entre les législations commerciales nationales et dans les échanges et les investissements intrarégionaux.

Il pourrait être utile que la CNUDCI encourage à l'avenir une interprétation uniforme de ses Conventions.

4. Communauté économique européenne

UWE SCHNEIDER, AU NOM DE HARRIS-BURLAND
Représentant de la Commission des Communautés européennes auprès de la CNUDCI

J'ai été prié de présenter le texte d'une déclaration que le représentant de la Commission des Communautés européennes auprès de la CNUDCI et moi-même avons préparée au sujet de l'intérêt d'une unification universelle pour le processus d'harmonisation des législations dans les Communautés européennes.

Les problèmes sont, à notre avis, d'une certaine façon, à la fois simples et complexes. Il y a certainement place pour une certaine confusion, mais les conditions étant ce qu'elles sont, nous nous trouvons encouragés par la remarque fréquemment entendue dans le monde des systèmes de paiement, selon laquelle "si vous n'êtes pas dérouté, c'est que vous n'avez pas compris les problèmes".

Les principaux sujets sur lesquels portent nos remarques sont : premièrement, les différences; deuxièmement, les similitudes; et, troisièmement, l'importance d'une harmonisation régionale pour le processus mondial d'harmonisation des législations.

Parlons tout d'abord des différences conceptuelles. L'objectif propre de la CNUDCI - dans le cadre plus large des Nations Unies - est de contribuer à faciliter le développement des échanges et le progrès économique par l'harmonisation des dispositions législatives concernant les échanges entre les diverses nations du monde. Ainsi, premièrement, la législation applicable au commerce à l'intérieur des nations n'est en principe pas concernée. Et, deuxièmement, la législation recommandée par la CNUDCI devrait se prêter idéalement à l'adoption par toutes les parties intéressées, quelles que soient les différences entre les économies, les marchés et les traditions juridiques.

Par contraste, la Communauté européenne est une communauté de valeurs communes et c'est une communauté qui a un ordre économique spécial. L'ordre économique de la Communauté européenne a toujours été fondé essentiellement sur quatre libertés de mouvement, c'est-à-dire le mouvement des personnes, y compris des sociétés, et le mouvement des biens, des services et des capitaux. La liberté telle qu'elle a été définie n'était pas simplement la liberté de commercer par-delà les frontières, mais bien celle de créer une entreprise ou une filiale dans quelque partie que ce soit de la Communauté. C'est là le résultat d'années d'élaboration de textes législatifs et de développement d'une jurisprudence par la Cour européenne, qui a dû tenir souvent compte des différentes conceptions juridiques des Etats membres, que ces libertés ont, dans une très large mesure, pu être totalement exercées. Au début des années 80, on a réellement pu parler de la mise en place d'un marché unique qui nécessiterait un ordre juridique commun plus accompli, et un calendrier a été établi pour parvenir à la fin de 1992 à l'objectif fixé. Dans le livre blanc de 1984, la Commission européenne a proposé à ce sujet plus de 300 textes législatifs (dont les deux tiers ont déjà été adoptés). Ils portent sur des sujets aussi différents que le niveau admissible de bruit pour les tondeuses à gazon ou l'ampleur des activités bancaires (y compris ce qui est en fait une licence bancaire unique). C'est ici une première différence conceptuelle importante qui apparaît à l'évidence. La Communauté européenne n'est pas seulement une communauté économique. C'est aussi une communauté de législation. Elle crée le droit par les règlements et les directives qu'elle adopte. Et les directives ont pour objet d'harmoniser les législations nationales.

Une deuxième importante différence conceptuelle découle de l'intention de créer un marché intérieur. L'harmonisation des législations ne concerne pas uniquement les opérations transfrontières comme c'est le cas, par exemple, dans la Convention des Nations Unies sur les ventes. Au contraire, les textes juridiques mis en oeuvre par la Communauté européenne doivent s'appliquer aux opérations transfrontières aussi bien qu'aux opérations internes.

Une troisième différence importante concerne les "quatre libertés". La législation de la Communauté économique s'applique non seulement aux "échanges", mais aussi à l'installation.

L'objet de la législation au niveau de la Communauté européenne est de supprimer les différences ou de combler les lacunes lorsque des règles juridiques communes ou compatibles sont nécessaires pour parvenir à créer une zone unique d'activité économique. On va ainsi bien au-delà des concepts de l'harmonisation du commerce international et "du traitement national", car il s'agit, dans le cas de la Communauté, de la reconnaissance par chaque Etat de l'ordre juridique des autres Etats lorsqu'il n'existe pas un ensemble complet de règles communautaires. C'est ce qu'on appelle le concept de la reconnaissance mutuelle.

Il nous faudrait ajouter ici une quatrième différence conceptuelle importante : le pouvoir qu'a la Communauté européenne d'harmoniser les législations ne se limite pas au droit commercial. Au contraire, parmi les 300 textes juridiques déjà mentionnés, aucun ne traite de droit commercial au sens strict. En revanche, ces textes traitent de l'harmonisation du droit administratif, allant des normes de sécurité au contrôle des activités des banques et des compagnies d'assurances et de la législation environnementale à la législation fiscale. D'autre part, le pouvoir législatif autonome de la Communauté européenne s'étend à tous les aspects économiques du droit privé, tels que la loi sur la protection des consommateurs, les lois sur les sociétés et la législation du travail. Par conséquent, la Communauté européenne n'est pas seulement une communauté de droit privé dans ses aspects économiques.

Nous nous proposons maintenant d'examiner certains aspects qui sont similaires. Du point de vue des principes généraux, nous avons la forte impression que la CNUDCI essaie d'harmoniser les règles particulières sur lesquelles il faut parvenir à une approche commune. Ceci semble aller de soi, mais le point est, à notre avis, important. Dans la Communauté européenne, nous avons plusieurs expressions pour définir cette idée, notamment : "questions clefs", "subsidiarité" et "harmonisation minimale". Nous voudrions établir un parallèle entre l'approche qui a abouti à la Loi type (nouvellement adoptée) de la CNUDCI sur les virements et celle qui a conduit à un texte caractéristique de la législation communautaire dans le secteur bancaire. La Loi type a été élaborée après un très long processus d'identification des questions clefs, processus qui s'est poursuivi en écartant certaines questions tout en en introduisant de nouvelles. Il est juste de dire qu'on n'y trouvera aucun élément juridique qui n'est pas indispensable dans le processus d'exécution d'un virement. Le même processus intellectuel a été suivi pour l'élaboration des directives bancaires de la Communauté.

Le terme "subsidiarité" est à l'heure actuelle fréquemment employé dans la Communauté et il figure désormais en bonne et due forme dans le Traité, mais ce n'est pas un concept nouveau. Dans la Communauté, il signifie que l'élaboration de la règle est laissée au niveau le moins élevé compatible avec l'objectif visé. La Loi type sur les virements répond aux mêmes conditions

lorsqu'elle laisse à chaque partie le soin de choisir le niveau auquel sera élaborée la règle collective; elle reconnaît également des "groupes" de parties - systèmes de transfert de fonds - ainsi que leur faculté d'élaborer collectivement des règles et, naturellement, le niveau de la loi locale applicable. On peut trouver une similitude dans le concept de l'"harmonisation minimale". La technique a été parfois mal comprise en Europe; il ne s'agit pas de fixer une norme juridique inférieure. Il s'agit au contraire d'établir une norme juridique satisfaisante qui permette aussi l'existence ou le développement d'une norme plus élevée, par exemple, en ce qui concerne la certitude ou les garanties juridiques. Nous pouvons songer à quelques exemples de ce principe qui figurent dans la Loi type de la CNUDCI, mais nous n'avons pas le temps de nous étendre davantage sur ce sujet.

Nous voudrions, pour conclure, répondre brièvement à la question de savoir pourquoi le travail de la CNUDCI intéresse le processus d'élaboration des lois dans la Communauté européenne, en disant que c'est un sujet (entre autres questions déjà mentionnées) qui touche aux intérêts commerciaux. Si environ la moitié du commerce communautaire se fait à l'intérieur de la Communauté, l'autre moitié consiste en des échanges extérieurs. La Commission européenne n'a jamais manqué de souligner que la dimension extérieure de l'harmonisation devrait être prise en compte et a particulièrement noté l'intérêt du travail de la CNUDCI en ce qui concerne les virements dans le récent document européen Communication et programme de travail sur les virements transfrontières. Nous voudrions aussi appeler votre attention sur deux des trois paragraphes dans lesquels la CNUDCI est mentionnée. Sous la rubrique "Questions juridiques", le rapport indique qu'un groupe de travail de la Commission sera créé au second semestre de 1992 sur la base, en particulier, des conclusions de la CNUDCI et en tenant compte des aspects touchant à la protection des consommateurs, en vue d'entreprendre cette tâche. Sous le titre "Pays tiers", le rapport souligne que les mesures exposées ci-dessus et d'autres recommandées dans le rapport seraient compatibles et, si possible, synchronisées avec celles qui seraient prises à l'extérieur de la Communauté. Un dialogue continu et une liaison avec les "partenaires" essentiels des pays tiers et les organisations internationales (par exemple, Groupe des Dix, Organisation internationale de normalisation, CNUDCI) seront nécessaires.

Notes

1/ Annuaire de la Commission du droit international, 1968-1970 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.71.V.11, première partie, chap. II, sect. B, par. 218.

2/ Ibid., par. 221.

3/ Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-troisième session, Supplément N° 18 (A/7618), chap. II, sect. A, par. 38.

4/ Voir art. 177 du Traité de la CEE.

5/ Voir le Protocole relatif à l'interprétation de la Convention de 1968 par la Cour européenne, signé à Luxembourg le 3 juin 1971, Journal officiel des Communautés européennes, N° L 204 (2 août 1975). Le Protocole, signé à l'origine par les six Etats membres fondateurs de la CEE, a été ultérieurement agréé sans aucune modification substantielle par les autres Etats membres à l'occasion de leur adhésion à la Convention.

6/ Voir les deux Protocoles relatifs à l'interprétation de la Convention de 1980 par la Cour européenne, signés à Bruxelles le 19 décembre 1988.

7/ Sur les effets juridiques des décisions préliminaires de la Cour européenne d'une manière générale, voir J. Schwarze, "The role of the European Court of Justice (ECJ) in the interpretation of uniform law among the member States of the European Communities (EC)", UNIDROIT, éd., International Uniform Law in Practice, Dobbs Ferry, p. 193 et suiv., p. 219 à 221 (avec des références à des déclarations de la Cour européenne elle-même).

Quelquefois, les effets indirects des décisions rendues par la Cour européenne dont il est question dans le texte sont expressément prévus par la loi : c'est ainsi que le 1982 Civil Jurisdiction and Judgments Act, donnant effet à la Convention de la CEE concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, prévoit, en son article 3-1, que "toute question soulevée par le sens ou l'effet d'une disposition quelconque des Conventions sera, si elle n'est pas soumise à la Cour européenne conformément au Protocole de 1971, résolue selon les principes posés par la Cour européenne et toute décision pertinente de cette dernière".

8/ Pour plus de détails sur ce point, voir L. N. Brown et F. G. Jacobs, The Court of Justice of the European Communities (Londres, Street and Maxwell, 1983), p. 282 et suiv.

9/ Voir également sur ce point, pour des références supplémentaires à la jurisprudence et à la doctrine, L. N. Brown et F. G. Jacobs, op. cit., p. 239 et suiv.; toujours au sujet des tribunaux britanniques, voir les études plus récentes suivantes : "In re State of Norway's Application (N° 2) (C.A.)", vol. 3 (1988), p. 603; et The Atlantic Emperor, Lloyd's Law Reports (Londres, Lloyd's of London Press Ltd., 1989), vol. I, p. 548.

10/ Jusqu'à 1987 compris, lorsque le Protocole de 1971 n'était encore en vigueur qu'entre les six Etats contractants initiaux, la Cour avait déjà rendu des jugements dans une cinquantaine d'affaires; voir E. Jayme et Ch. Kohler, "Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft - Jüngste Entwicklungen", IPRax, N° 3 (1988), p. 133 et suiv. (p. 136).

11/ Ch. Kohler, "Fortbildung des Brüsseler Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens durch den Europäischen Gerichtshof: Freizügigkeit oder effektiver Rechtsschutz?", F. Schwindt éd., Europarecht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung (Oesterreichische Akademie der Wissenschaften, 1988), p. 125 et suiv. (142 et suiv.), qui se réfère en particulier à ce sujet aux décisions de la Cour européenne restreignant la portée de l'article 5-1 (compétence spéciale du tribunal du lieu où l'obligation contractuelle qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée) et de l'article 5-5 (s'agissant d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, compétence spéciale du tribunal du lieu de leur situation).

12/ Voir Ch. Kohler, op. cit., p. 146 et suiv., avec des références aux décisions rendues en faveur d'une interprétation large des dispositions sauvegardant les droits de procédure du défendeur, ainsi qu'aux décisions recommandant une interprétation étroite des conditions formelles des accords de compétence dérogeant à la compétence générale du tribunal du domicile du défendeur.

13/ Pour plus de détails, ainsi que pour les références des diverses décisions, voir P. A. Stone, "Civil jurisdiction and judgments - recent decisions of the European Court", F. D. Rose, éd., Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly (Londres, Lloyd's of London Press Ltd., 1988), part 3, p. 383 et suiv.

14/ Sur ce point, voir également, pour des références supplémentaires, J. Kropholler, Internationales Einheitsrecht (1975), p. 258; ainsi que l'étude plus récente de F. Enderlein, "Uniform law and its application by judges and arbitrators", UNIDROIT, éd., International Uniform Law in Practice (Dobbs Ferry, Oceana, 1988), p. 329 et suiv.

15/ Voir ainsi les exemples impressionnants donnés par M. F. Sturley, "International uniform laws in national courts: the influence of domestic law in conflicts of interpretation", Virginia Journal of International Law, vol. 27 (1987), p. 729 et suiv., au sujet de la Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement ("Règles de La Haye").

16/ Pour des exemples de telles décisions rendues par les tribunaux de différents pays, voir O. C. Giles, Uniform Commercial Law (Eyden, A. W. Sijthoff, 1970), p. 35 et suiv.; pour une étude plus récente, voir les rapports nationaux présentés au douzième Congrès international de droit comparé (Sydney, 1986) sur le sujet "Méthodes d'application de règles uniformes aux ventes internationales conformément à la Convention des Nations Unies (Vienne, 1980)" par l'Allemagne (P. Schlechtriem), l'Australie (K. Sutton), le Canada (J. S. Ziegel), la Finlande (L. Sevon), l'Italie (M. J. Bonell), la Nouvelle-Zélande (J. H. Farrar), les Pays-Bas (F. van der Velden) et le Royaume-Uni (M. Clark), notamment.

17/ Voir "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa vingt et unième session", New York, 11-22 avril 1988 (A/43/17), par. 98 à 108. Pour une proposition de plus grande portée, formulée pour la première fois au Congrès de l'UNIDROIT en 1987, mais qui n'a cependant pas bénéficié d'un appui suffisant à la session susmentionnée de la CNUDCI, voir M. J. Bonell, "A proposal for the establishment of a 'Permanent Editorial Board' for the Vienna Sales Convention", UNIDROIT, éd., International Uniform Law in Practice (Dobbs Ferry, Oceana, 1988), p. 241 et suiv.

18/ Pour le recueil complet des travaux préparatoires publiés entre 1929 et 1957, voir UNIDROIT Etude IV, Loi internationale sur la vente, documents 1 à 105. Les études comparatives réalisées par l'Institut Max-Planck sont reproduites dans E. Rabel, Das Recht des Warenkaufs, 2 vol. (Berlin, de Gruyter & Co., 1939/1957).

19/ Pour plus de détails au sujet des idées de base qui ont mené à l'élaboration de deux projets distincts puis à l'adoption de la Convention de Genève de 1983, voir M. J. Bonell, "The 1983 Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods", The American Journal of Comparative Law, vol. 32 (1984), p. 717.

20/ Pour la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, voir le rapport de P. Jenard sur la Convention de 1968, et le rapport de P. Schlosser sur la Convention d'adhésion, Journal officiel des Communautés européennes, N° C 59

(5 mars 1979). Quant à la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, voir le rapport sur la Convention de M. Giuliano et P. Lagarde, Journal officiel des Communautés européennes, N° C 282/18, 31 octobre 1980.

On peut voir comme une reconnaissance du statut spécial de ces rapports le fait que les lois britanniques donnant effet aux deux Conventions se réfèrent expressément à eux aux fins d'interprétation : voir art. 3-3 du Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982, art. 3-3 du Contracts Jurisdiction and Judgments Act 1982 et art. 3-3 du Contracts (Applicable Law) Act 1990.

21/ Sur ce point, voir, de manière générale, R. David et al., éd. International Encyclopedia of Comparative Law, vol. II, chap. 5, "The international unification of private law" (Tübingen, Mohr, 1971), p. 67 et suiv.; H. Kötz, "Gemeineuropäisches Zivilrecht", Festschrift für Konrad Zweigert (Tübingen, Mohr, 1981), p. 481 et suiv.; A. Flessner, "Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung", Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, vol. 56 (1992), p. 243 et suiv.

22/ Pour quelques exemples significatifs en matière de droit des contrats, voir E. A. Farnsworth, "Ingredients in the redaction of the restatement (second) of contracts", Columbia Law review, vol. 81 (1981), p. 1 et suiv.

23/ Voir O. Lando, "European contract law", American Journal of Comparative Law, vol. 31 (1983), p. 653 et suiv. Sur un état plus récent de ce projet, voir U. Drobing, "Ein Vertragsrecht für Europa", Festschrift für Ernst Steindorff (Berlin, de Gruyter, 1990), p. 1141 et suiv.

24/ Voir M. J. Bonell, "Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge", Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, vol. 56 (1992), p. 274 et suiv.

25/ Le Groupe de travail est composé comme suit : P. Brazil (Canberra), P. A. Crépeau (Montréal), S. K. Date-Bah (Accra-Londres), A. Di Majo (Rome), U. Drobing (Hambourg), E. A. Farnsworth (New York), M. Fontaine (Louvain-la-Neuve), M. P. Furmston (Bristol), A. S. Hartkamp (La Haye), A. S. Komarov (Moscou), O. Lando (Copenhague), D. Maskow (Berlin), D. Tallon (Paris) et D. Huand (Beijing). Antérieurement, le Groupe a également bénéficié des contributions de C. M. Bianca (Rome), J. Rajski (Varsovie), T. Wade (La Haye) et Z. Wang (Beijing).

L'auteur du présent document coordonne les travaux du Groupe, dont le secrétaire est L. Peters, du secrétariat de l'UNIDROIT.

26/ Voir l'étude plus récente de H. J. Mertens, "Nichtlegislatorische Rechtsvereinheitlichung durch transnationales Wirtschaftsrecht und Rechtsbegriff", Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, vol. 56 (1992), p. 219 et suiv.

27/ Voir M. J. Bonell, "Le regole oggettive del commercio internazionale"; clausole tipiche e condizioni generali (Milan, Giuffie, 1976), p. 3 et suiv.

28/ Pour les raisons à la base de cette position, voir J. Carver, "Uniform law and its impact on business circles: the experience of the legal profession", UNIDROIT, éd., International Uniform Law in Practice (Dobbs Ferry, N.Y., Oceana, 1988), p. 411 et suiv.

29/ Selon la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, la Commission a pour mandat d'encourager l'unification du droit commercial international, non seulement "en préparant de nouvelles conventions internationales et des lois types et lois uniformes nouvelles ou en encourageant l'adoption de tels instruments", mais également "en encourageant la codification et une acceptation plus générale des termes, règles, usages et pratiques du commerce international, en collaboration, chaque fois que cela est approprié, avec les organismes qui s'occupent de ces questions".

30/ Voir, par exemple, R. David et al., éd., International Encyclopedia of Comparative Law, vol. II, chap. 5, "The international unification of private law" (Tübinger, Mohr, 1971), p. 95.

31/ Institut international pour l'unification du droit privé, Unification du droit - Annuaire 1959 (Rome, éd. "UNIDROIT", 1960), p. 300 à 333.

32/ Voir A/CN.9/267; Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 1985 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.87.V.4), p. 403 à 405.

33/ H. Wehberg, Ein internationaler Gerichtshof für Privatklagen (Berlin, 1911), p. 23.

34/ Société des Nations, Comité consultatif de juristes, "Documents relating to the existing plans for the establishment of the Permanent Court of International Justice" (1920), p. 335.

35/ Société des Nations, Recueil des Traités, vol. 167, p. 341; M. O. Hudson, International Legislation, vol. 5 (1936), p. 933. Le Protocole est entré en vigueur en 1936.

36/ CIJ Recueil, 1958, p. 55.

37/ Annuaire de l'Institut de droit international, 1929, vol. II.

38/ Journal du droit international, vol. 62 (1935), p. 775, 792 et 793.

39/ Rapport de la 38ème Conférence de l'Association du droit international (1934).

40/ Union interparlementaire, rapport de la 32ème Conférence.

41/ American Bar Association, Proceedings of the Section of International and Comparative Law (Boston, 1953), p. 100 à 103. Pour un résumé de ces propositions, voir L. B. Sohn, "Proposals for the establishment of a system of international tribunals", M. Domke, éd., International Trade Arbitration (1958), p. 63, 71 à 74.

42/ André-Prudhomme, "Détermination de la juridiction compétente à l'égard des litiges nés à l'occasion des contrats conclus entre Etats et ressortissants d'un autre Etat", vol. 53 (1926), Journal du droit international (1926), p. 311 à 317.

43/ Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, vol. 14 (deuxième sect., 1939), p. 381 à 437. Voir également, entre autres nombreuses études sur ce sujet, Ch. Carabiber, Les juridictions internationales de droit privé (Neuchâtel, éd. de la Bacounière, 1936), p. 297 à 309.

44/ Voir l'article du doyen P. Chauveau, Revue française de droit aérien, vol. 9 (1955), p. 465; et l'article de Drion, Journal of Air Law and Commerce, vol. 19 (1952), p. 423, où il était envisagé que le Conseil de l'OACI demande à la Cour internationale de Justice des avis consultatifs sur des questions d'interprétation de conventions de droit privé aérien.

45/ Voir articles de Thompson, Proceedings of the American Society of International Law, vol. 34 (1940), p. 1; et de Turlington, Georgetown Law Journal, vol. 33 (1945), p. 373.

46/ Voir UNIDROIT, Etude XX, document 6.

47/ Société des Nations, document C.1145.M.93.1939.II.A. Voir également M. O. Hudson, International Tribunals: Past & Future (1944), p. 210 à 212.

48/ Voir, par exemple, Association du droit international, Rapport de la 50ème Conférence (1963); Snyder, "Foreign investment protection", Journal of Public Law, vol. 11 (1962), p. 191, 201 à 235 (projet de convention pour l'instauration d'un système de tribunaux arbitraux régionaux avec un tribunal arbitral suprême).

49/ Nations Unies, Le droit de la mer - Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, avec Index et l'Acte final de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.83.V.5, International Legal Materials - Documents 1982, vol. 21 (Washington D.C., American Society of International Law, 1983), p. 1261. Voir, en particulier, l'article 187.

50/ Voir A/CONF.151/PC/102.

51/ J. C. Sauveplanne, "Mesures tendant à concilier les divergences et à résoudre ces divergences par voie juridictionnelle", UNIDROIT, Unification du droit - Annuaire 1959 (Rome, éd. "UNIDROIT", 1960), p. 287.

III. DES MARCHANDISES AUX SERVICES

A. Vente de marchandises

1. Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises : aperçu général et examen de quelques questions pratiques s'y rapportant

S. KOFI DATE-BAH
Secrétariat du Commonwealth, Londres

Historique de la Convention

La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, adoptée à Vienne le 11 avril 1980 et ouverte à la signature le même jour, est l'aboutissement d'un demi-siècle de recherches savantes pour unifier le droit international en la matière. L'origine de la Convention remonte à avril 1930, lorsque l'Institut international pour l'unification du droit privé UNIDROIT a décidé d'entreprendre des travaux relatifs à une loi uniforme sur la vente internationale de marchandises. Ces travaux, fondés sur les premiers textes établis sous les auspices d'UNIDROIT, ont débouché sur les Conventions de La Haye de 1964. Le Gouvernement néerlandais a convoqué en 1964 à La Haye une conférence diplomatique qui a adopté : la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, et la Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels.

A ces conventions ont été annexées respectivement une loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (LUVI) et une loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels. En ratifiant ces conventions, les Etats s'engageaient à incorporer dans leur législation les lois uniformes qui y étaient annexées.

Cependant, les Conventions de La Haye n'ont jamais suscité une large adhésion, du fait probablement de la nature eurocentrique des négociations qui ont conduit à leur adoption. Après la création de la CNUDCI par une résolution de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1966 précisant que la Commission avait pour mandat "d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international", celle-ci a inscrit à sa première session, en 1968, l'unification du droit de la vente internationale de marchandises parmi ses objectifs prioritaires.

On peut se demander pourquoi il était nécessaire d'aborder cette question en priorité. La réponse est donnée dans le préambule de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises :

> "Les Etats parties à la présente Convention, ... Estimant que l'adoption de règles uniformes applicables aux contrats de vente internationale de marchandises est compatible avec les différents systèmes sociaux, économiques et juridiques contribuera à l'élimination des obstacles juridiques aux échanges internationaux et favorisera le développement du commerce international..."

C'est donc le souci de faciliter le commerce international, en rendant moins nécessaire, pour les opérateurs, le recours à des systèmes juridiques étrangers et incompréhensibles pour établir leurs droits, qui a présidé aux efforts d'élaboration d'une loi uniforme sur les contrats de vente internationale de marchandises, dont on espérait qu'elle pourrait trouver une application universelle.

Après avoir adopté, en 1968, parmi ses objectifs prioritaires, l'unification du droit de la vente internationale de marchandises, la CNUDCI a décidé en 1969, à sa deuxième session, de créer un groupe de travail pour déterminer, par rapport aux Conventions de La Haye : "quelles modifications des textes existants pourraient les rendre susceptibles d'une adhésion plus large de la part de pays ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents, ou s'il serait nécessaire d'élaborer un texte nouveau à la même fin...".

La Convention est dans une large mesure le fruit des travaux de ce groupe de travail qui, après sept sessions, a établi un projet de Convention sur la vente internationale de marchandises, qui remaniait si profondément la LUVI qu'on pouvait le considérer comme un nouveau texte. Ce projet de Convention a été adopté par la CNUDCI en 1977 à sa dixième session, avec quelques amendements apportés à cette occasion. Le groupe de travail a tenu deux autres sessions qui ont abouti à l'établissement de règles sur la formation des contrats de vente internationale de marchandises. Là encore, en s'efforçant, conformément à son mandat, de déterminer quelles modifications de la loi uniforme sur la formation des contrats pourraient favoriser une adhésion plus large à cette dernière de pays ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents, ou s'il serait nécessaire, à cette fin, d'élaborer un nouveau texte, le groupe de travail a fini par proposer ce qui était en fait un nouveau texte, bien qu'il eût des liens, par la démarche adoptée, avec la loi uniforme sur la formation des contrats de vente.

J'ai eu le privilège de présider la session de 1978 de la CNUDCI, au cours de laquelle celle-ci a adopté les règles sur la formation des contrats de vente et décidé de les intégrer au texte du projet de Convention sur la vente internationale de marchandises adopté en 1977. Ainsi, pour remplacer les deux conventions de La Haye, qui traitaient séparément des règles sur la formation et des règles sur les ventes, la CNUDCI a adopté une Convention unique couvrant à la fois les deux aspects. C'est ce projet de Convention unique sur les contrats de vente internationale de marchandises que l'Assemblée générale a décidé, le 16 décembre 1978, de soumettre à une conférence de plénipotentiaires en 1980. Cette conférence a terminé ses travaux le 11 avril 1980 en adoptant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises en un seul original, dont les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe sont également authentiques.

Caractéristiques de la Convention

Structure de la Convention

La Convention est divisée en quatre parties. La première définit son champ d'application et ses dispositions générales. La deuxième est consacrée aux règles sur la formation des contrats de vente internationale de marchandises, la troisième établit les droits et obligations de fond des acheteurs et des vendeurs découlant des contrats de vente internationale de

marchandises, et la quatrième contient les dispositions finales, abordant des questions telles que la ratification, les déclarations et les réserves. Aux termes de l'un des articles de la quatrième partie (art. 92), tout Etat contractant pourra, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, déclarer qu'il ne sera pas lié par la deuxième partie de la Convention ou qu'il ne sera pas lié par la troisième partie de la Convention. En d'autres termes, les Etats peuvent choisir d'être liés uniquement par les règles régissant la formation des contrats ou par les règles sur les ventes. Cependant, en cas de ratification pure et simple non accompagnée d'une telle déclaration, la Convention sera applicable dans sa totalité à l'Etat contractant.

Champ d'application

Le chapitre premier de la première partie de la Convention définit le champ d'application de la Convention. L'article premier contient les dispositions fondamentales en la matière. Il précise que la Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents lorsque ces Etats sont des Etats contractants ou lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant. Ce principe s'oppose à celui qui avait été retenu dans la LUVI, qui exclut à l'article premier les règles du droit international privé.

Aux termes de la LUVI, si l'une des conditions définies était remplie, les tribunaux de l'Etat contractant devaient appliquer la loi à la transaction concernée, qu'il y ait ou non un lien substantiel entre le contrat de vente et l'Etat contractant. En d'autres termes, les règles du droit international privé sont exclues.

De nombreux Etats ayant jugé cette approche discutable, la Convention des Nations Unies a adopté une démarche différente, consistant à autoriser les tribunaux d'un Etat contractant à appliquer la Convention à des contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents, uniquement lorsque ces Etats sont des Etats contractants ou, à défaut, lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant. La Convention ne s'applique donc automatiquement que si l'acheteur et le vendeur ont tous deux leur établissement dans des Etats contractants différents. Si ce n'est pas le cas, il faut recourir aux règles de conflit pour déterminer si la Convention est applicable. On peut donc penser que la Convention des Nations Unies n'est applicable à un contrat de vente que lorsqu'il existe un lien entre ce contrat et un Etat contractant.

Il convient de noter cependant que l'alinéa 1 b) de l'article premier (qui stipule que la Convention s'applique lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant) signifie que la Convention peut s'appliquer à une transaction même lorsque les deux parties contractantes ont leur établissement dans un Etat qui n'est pas un Etat contractant. Cependant, dans un tel scénario, le choix de la loi d'un Etat contractant par l'application des règles de conflit de l'Etat du for fera en général apparaître un lien entre la loi de l'Etat contractant et la transaction en cause. Tel sera le cas, par exemple, lorsque les parties choisissent expressément la loi d'un Etat contractant, la Convention s'appliquant alors automatiquement au contrat de vente, même si l'une des parties ou les deux n'ont pas leur établissement dans l'Etat contractant.

Il faut souligner, à propos de l'alinéa 1 b) de l'article premier, que l'article 95 de la Convention dispose que tout Etat peut déclarer, au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, qu'il ne sera pas lié par l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention.

L'article 2 exclut expressément certains types de ventes du champ d'application de la Convention. Les premières visées sont les ventes aux consommateurs. Il précise que la Convention ne s'applique pas aux ventes "de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique, à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'ait pas été censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage". Cette exclusion se justifie par le fait que la Convention est réputée régir principalement les contrats entre commerçants. Elle n'est pas destinée à réglementer le volume relativement faible des ventes internationales à des consommateurs. Dans la plupart des juridictions nationales, sinon dans toutes, la législation prévoit différentes mesures de protection des consommateurs. Si la Convention devait couvrir les ventes destinées aux consommateurs, il faudrait élaborer des dispositions appropriées pour la protection de ces derniers dans toutes les juridictions représentées par les Etats contractants. Cela serait trop compliqué. En conséquence, les ventes aux consommateurs, même si elles sont internationales, continueront d'être soumises aux réglementations nationales.

Pour des raisons analogues, l'article 5 de la Convention exclut de son champ d'application la question de ce que certaines juridictions appellent la "responsabilité du vendeur". Il dispose que la Convention ne s'applique pas à la responsabilité du vendeur pour décès ou lésions corporelles causés à quiconque par les marchandises. Cette disposition permet à la Convention de ne pas avoir à aborder les problèmes complexes que pose la responsabilité du vendeur dans un contexte international. Ce sont les règles nationales qui continueront de régir ces questions.

Les autres ventes que la Convention ne régit pas aux termes de l'article 2 sont les ventes : a) aux enchères; b) sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice; c) de valeurs mobilières, effets de commerce et monnaies; d) de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs; et e) d'électricité. Toutes ces ventes sont exclues du domaine d'application de la Convention pour diverses raisons. Cela tient au fait que certaines juridictions nationales ne considèrent pas nécessairement les entités visées aux alinéas c), d) et e) comme des marchandises.

Enfin, on observera qu'il est expressément stipulé à l'article 4 que la Convention ne concerne pas : la validité du contrat ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celle des usages; et les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues. Ces questions sont régies par les réglementations nationales.

Caractère non impératif de la Convention

Le principe de l'autonomie des parties est explicitement préservé à l'article 6, où il est dit que :

> "Les parties peuvent exclure l'application de la présente Convention ou, sous réserve des dispositions de l'article 12, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets."

Ainsi, même si un contrat de vente semble entrer dans le champ d'application de la Convention tel qu'il est défini à l'article premier, les parties peuvent refuser, explicitement ou implicitement, que la Convention s'applique à leurs transactions. Même si elles n'excluent pas l'application de la totalité de la Convention, les parties à un contrat de vente donné peuvent exclure l'application de certaines de ses dispositions, à l'exception de l'article 12. L'article 12 est une concession de la CNUDCI et de la Conférence diplomatique de Vienne à l'ex-Union des Républiques socialistes soviétiques (URSS). La législation de l'ex-URSS disposait, selon les représentants de ce pays, que ses organismes du commerce extérieur ne pouvaient être liés par un contrat que si celui-ci était établi par écrit et signé par des mandataires officiellement habilités à le faire. Cette condition impérative du contrat écrit allait à l'encontre de la législation nationale de la plupart des systèmes juridiques. Cette insistance de l'ex-URSS à exiger que les contrats de vente internationale de marchandises soient établis par écrit n'a donc pas pu donner lieu à une règle générale dans la Convention. La règle générale est en fait exprimée à l'article 11 dans les termes suivants :

> "Le contrat de vente n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre condition de forme. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins."

Cependant, pour accéder au souhait de l'ex-URSS et lui permettre de devenir une partie contractante, malgré la stricte obligation de l'écrit dans son droit interne, il a été décidé d'insérer dans la Convention l'article 12 permettant à un Etat de faire une déclaration tendant à ce que les dispositions de la Convention autorisant une forme autre que la forme écrite pour les contrats ne s'appliquent pas dès lors qu'une des parties a son établissement sur le territoire de l'Etat qui a fait une déclaration. Pour que cette concession ait un sens, on a dû supprimer le droit des parties à déroger à l'article 12.

A l'exception de cette unique condition impérative, la Convention reconnaît largement le principe de l'autonomie des parties. Il ne faut toutefois pas oublier que ce principe est soumis aux règles nationales applicables à la validité des contrats, question qui ne relève pas du champ d'application de la Convention.

Aspects pratiques des règles sur la formation du contrat

Révocabilité des offres

Parmi les règles sur la formation du contrat qui, dans la Convention, appellent des observations du fait de leurs incidences pratiques, il faut citer la règle relative à la révocabilité des offres visée à l'article 16 de la Convention. Cet article s'inspire de la common law, par opposition aux systèmes de droit continental dans lesquels (par exemple en France) la révocation est autorisée, en particulier dans les cas où l'offre fixe un délai déterminé pour l'acceptation, à charge pour l'auteur de l'offre d'indemniser le destinataire ou de verser des dommages-intérêts 1/, ou (par exemple en Allemagne) une offre est contraignante sauf si son auteur a précisé qu'elle était révocable. Du fait que l'article 16 autorise l'auteur d'une offre à révoquer celle-ci impunément, les commerçants et juristes de systèmes juridiques qui limitent la révocabilité des offres doivent en tenir compte dans la conduite de leurs opérations de vente internationale.

Le paragraphe 1 de l'article 16 dispose que :

> "Jusqu'à ce qu'un contrat ait été conclu, une offre peut être révoquée si la révocation parvient au destinataire avant que celui-ci n'ait expédié une acceptation".

Cet article prévoit donc non seulement la révocabilité des offres, mais retient également pour leur acceptation la théorie de l'expédition qui s'inspire aussi de la common law. Cette théorie raccourcit le délai dont dispose l'auteur de l'offre pour révoquer cette dernière dans les contrats conclus par courrier en ce sens que dès que le destinataire expédie sa lettre d'acceptation, même si l'auteur de l'offre n'en est pas informé, le contrat est conclu et toute tentative de révocation ultérieure par l'auteur de l'offre est sans effet. Dans de nombreux pays de droit continental en revanche, la période durant laquelle l'offre peut être révoquée s'étend jusqu'à ce que l'auteur de l'offre reçoive la lettre d'acceptation. En d'autres termes, c'est la théorie de la réception qui s'applique.

La règle générale de la révocabilité des offres énoncée au paragraphe 1 de l'article 16 est nuancée au paragraphe 2 du même article qui précise que l'offre ne peut être révoquée que : a) si elle indique, en fixant un délai déterminé pour l'acceptation, ou autrement, qu'elle est irrévocable; ou b) s'il était raisonnable pour le destinataire de considérer l'offre comme irrévocable et s'il a agi en conséquence.

Les réserves évoquées à l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 16 s'appliquent à deux types de situation : i) les cas où l'auteur de l'offre s'engage à ne pas la révoquer durant une période déterminée (cas de l'offre ferme); et ii) les cas où l'auteur de l'offre indique que celle-ci prendra fin après un délai déterminé, sans s'engager à ne pas la révoquer au cours de ce délai (cas de l'offre caduque).

Le paragraphe ne fait cependant pas la distinction entre les deux types de situation. Il les confond et tend à rendre l'offre irrévocable dans les deux cas. A la Conférence diplomatique, les délégations représentant les pays de common law ont avancé à juste titre que cette disposition constituait un piège pour les commerçants de leurs pays. C'est ainsi que le représentant du Royaume-Uni a fait observer :

> "... que les négociants de pays de common law risquaient d'être pris au piège si, en vertu de la Convention, le fait d'indiquer un délai déterminé sans aucune mention d'irrévocabilité se traduisait par une situation où l'offre était considérée comme irrévocable. Ils doivent être protégés par une disposition précisant que ce n'est pas le cas, sauf s'il est indiqué clairement par ailleurs que l'offre est irrévocable".

Toutefois, à cause de la notion, en droit continental, d'irrévocabilité de l'offre, cet argument n'a pas convaincu la Conférence de modifier le texte de la Convention cité plus haut. Les délégations représentant les pays de droit continental estimaient qu'elles avaient fait une concession suffisante en acceptant le principe général de la révocabilité de l'offre. Les pays de common law devaient donc, à titre de compromis, accepter l'irrévocabilité de l'offre, si elle s'accompagnait d'une indication d'un délai déterminé pour l'acceptation, même si l'auteur de l'offre entendait uniquement fixer un délai pour l'expiration. Lorsque l'auteur de l'offre s'engage à ne pas révoquer celle-ci pendant une période déterminée, cela ne pose pas de problème. Il

s'en pose uniquement lorsque l'intention de l'auteur de l'offre est de fixer un délai pour l'expiration; dans ce cas, le libellé du texte est un piège pour les commerçants des pays de common law, et leurs avocats doivent en tenir compte.

L'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article 16 indique qu'il peut arriver que, même si l'auteur de l'offre ne fixe pas de délai pour l'acceptation ou ne s'engage pas à ne pas révoquer son offre, les circonstances soient telles qu'il est raisonnable pour le destinataire de considérer l'offre comme irrévocable et d'agir en conséquence. Le commentaire préparé par le secrétariat de la CNUDCI sur ce paragraphe donne l'explication suivante :

> "L'article [16-2 b)] dispose que l'offre ne peut être révoquée s'il était raisonnable pour le destinataire de considérer l'offre comme irrévocable et s'il a agi en conséquence. Cela revêt une importance particulière dans les cas où le destinataire aurait à faire de longues recherches pour déterminer s'il doit accepter l'offre. Même si celle-ci ne précise pas qu'elle est irrévocable, elle devrait l'être pendant le laps de temps nécessaire au destinataire pour prendre sa décision."

L'acceptation peut ne pas être parfaitement conforme à l'offre dans certaines circonstances bien définies

Une des règles sur la formation des contrats qui a soulevé une vive controverse lors des débats qui ont précédé l'adoption de la Convention de Vienne est celle qui concerne les cas où l'acceptation comporte des additions, limitations ou autres modifications à l'offre à laquelle elle répond. Du fait de l'impact qu'elle a sur la "bataille des formules" entre vendeurs et acheteurs internationaux, cette règle est d'une importance considérable dans la pratique et mérite d'être examinée.

S'agissant de l'article 19 de la Convention, cet article tend à modifier - très légèrement toutefois - la règle selon laquelle l'acceptation doit refléter exactement l'offre. Cette règle traditionnelle est énoncée au paragraphe 1 qui exige en pratique que l'acceptation corresponde exactement à l'offre. Si l'acceptation contient des termes différents de ceux de l'offre, elle est considérée comme une contre-offre.

Le paragraphe 2 vise à nuancer cette règle stricte. Le paragraphe 1 représente probablement l'école traditionnelle qui prévaut en matière de contrats dans tous les systèmes juridiques avancés 2/. A la Conférence diplomatique de Vienne, les délégations appartenant à cette école de pensée ont tenté de faire supprimer les paragraphes 2 et 3, mais leur tentative a été déjouée par les délégations réformatrices.

Lorsque le paragraphe 2 de l'article 19 a été adopté par le groupe de travail de la CNUDCI, à l'instigation des réformateurs, les traditionnalistes ont fait insérer le texte qui a inspiré l'actuel paragraphe 3 pour limiter la portée du paragraphe 2. L'effet du paragraphe 3 est que la plupart des clauses habituelles qui, dans la pratique, tendent à modifier les termes d'une offre, seront considérées comme modifiant substantiellement les termes de l'offre et comme constituant de ce fait une contre-offre.

Le paragraphe 2 constitue donc une exception très limitée à la règle de la conformité parfaite. Cependant, si l'acceptation, bien que contenant des termes complémentaires, ne modifie pas substantiellement les termes de

l'offre, elle crée un contrat à moins que l'auteur de l'offre, sans retard injustifié, n'en relève les différences ou n'adresse un avis à cet effet. Les termes de ce contrat seront ceux de l'offre tels que modifiés par les termes complémentaires figurant dans l'acceptation. Par contre, si l'auteur émet une objection, il n'y a pas formation de contrat.

L'importance pratique de ces règles se manifeste dans ce que l'on appelle la bataille des formules, qui veut en général qu'un acheteur envoie son bon de commande contenant les termes de son offre en réponse au catalogue ou au tarif que lui a adressés le vendeur. Lorsqu'il accepte cette offre, le vendeur peut à son tour envoyer son accusé de réception de commande, dont les termes peuvent ne pas correspondre exactement à l'offre, bien qu'un accord ait pu être conclu sur le prix et la quantité des marchandises à vendre.

Si des transactions menées à l'aide de formulaires dont les termes sont ainsi contradictoires n'entraînent pas de litige, les parties peuvent croire qu'elles ont conclu un contrat. Mais si en cas de litige on soumet la transaction à une analyse juridique, on devra peut-être parfois conclure à l'absence de contrat.

En vertu de l'article 19 de la Convention, si, avant qu'il y ait exécution en vertu d'un contrat apparent conclu en des termes contradictoires, une partie invoque une différence pour se retirer de la transaction au motif qu'aucun contrat n'a été conclu, le paragraphe 1 l'y autorise, sauf si l'exception limitée du paragraphe 2 est applicable ou si les tribunaux de l'Etat du for appliquent certaines techniques judiciaires mises au point pour atténuer la rigueur de la règle de la conformité parfaite, par exemple en interprétant les termes complémentaires comme étant de simples suggestions distinctes de l'acceptation, que l'auteur de l'offre peut accepter ou rejeter, ou comme étant déjà implicites dans l'offre du fait des usages ou du libellé.

Mais lorsque le litige naît après que l'exécution a commencé, l'analyse juridique de la bataille des formules conduit en général à la conclusion qu'il y a contrat. La question qui se pose cependant concerne les termes du contrat. Qui l'emportera des termes de l'offre et des termes de l'acceptation ? La règle traditionnelle de la conformité parfaite visée au paragraphe 1 de l'article 19 débouchera sur la primauté du dernier envoi aux conditions générales dans la bataille des formules. Selon cette analyse, chaque formule ultérieure est une contre-offre si elle contient des termes qui diffèrent de la précédente, sous réserve évidemment des dispositions du paragraphe 2 de l'article. Les termes du contrat seront donc ceux de la dernière contre-offre, dont l'exécution par son destinataire vaut acceptation. Du fait que, dans le scénario usuel décrit ici, c'est le vendeur qui envoie son accusé de réception, c'est à lui de procéder au dernier envoi aux conditions générales, et ses termes prévaudront à moins que le paragraphe 2 de l'article 19 puisse être invoqué.

Du fait que le paragraphe 2 n'est applicable que si l'acceptation ne modifie pas substantiellement les termes de l'offre, il ne s'appliquera pas, dans la plupart des cas, puisque dans la pratique l'accusé de réception du vendeur contiendra des termes qui modifient substantiellement les termes de l'offre.

Aspects pratiques des obligations de l'acheteur et du vendeur

Pour ce qui est de la troisième partie de la Convention, qui traite des obligations de fond de l'acheteur et du vendeur, je parlerai essentiellement des moyens dont disposent l'acheteur et le vendeur en cas de contravention au contrat par l'une ou l'autre partie. Sur le plan pratique, en effet, ce qui importe pour la partie lésée, c'est la réparation que la Convention l'autorise à demander si l'autre partie n'a pas rempli ses obligations. L'approche retenue à cet égard dans la Convention contraste fortement avec celle de la LUVI, qui distingue entre plusieurs types de contraventions et en conséquence entre les recours possibles. En vertu de la Convention, il n'y a que deux grandes catégories de contravention : par le vendeur et par l'acheteur, les recours étant les mêmes dans les deux cas. Ces recours sont examinés ci-après.

Comme on l'a déjà vu, l'approche adoptée par la CNUDCI et acceptée à Vienne a consisté à regrouper dans une même partie de la Convention, à savoir la troisième partie, toutes les règles concernant les moyens disponibles en cas de contravention à la section III du chapitre II pour ce qui est des contraventions par le vendeur, et à la section III du chapitre III pour ce qui est des contraventions par l'acheteur. Cet inventaire complet des recours est précédé d'une énumération exhaustive des obligations respectives du vendeur et de l'acheteur.

Les moyens dont dispose l'acheteur en cas de contravention au contrat par le vendeur peuvent être résumés comme suit : i) exécution forcée; ii) résolution; iii) dommages-intérêts; iv) réduction du prix; v) avis fixant au vendeur un délai supplémentaire pour l'exécution de ses obligations; vi) réparation par le vendeur après la date de livraison.

Inversement, si l'acheteur ne remplit pas ses obligations en vertu du contrat ou de la Convention, les moyens dont dispose le vendeur peuvent être résumés comme suit : i) exécution forcée; ii) résolution; iii) dommages-intérêts; iv) avis fixant à l'acheteur un délai supplémentaire pour l'exécution de ses obligations.

Je vais maintenant exposer brièvement ces moyens. On remarquera qu'aussi bien l'acheteur que le vendeur ont le droit de demander à l'autre partie d'exécuter ses obligations en vertu du contrat et de la Convention.

La Convention affirme donc la primauté de l'exécution forcée, alors que dans la common law l'usage est de n'accorder à une partie dont le contrat de vente n'a pas été exécuté que des dommages-intérêts ou des dommages-intérêts s'accompagnant du droit de dénoncer le contrat. En vertu de la Convention, la partie de bonne foi peut insister pour que la partie en défaut exécute ses obligations. Cependant, à l'intention des tribunaux des systèmes de common law, l'article 28, dont le libellé est le suivant, a été inclus dans la Convention :

> "Si, conformément aux dispositions de la présente Convention, une partie a le droit d'exiger de l'autre l'exécution d'une obligation, un tribunal n'est tenu d'ordonner l'exécution en nature que s'il le ferait en vertu de son propre droit pour des contrats de vente semblables non régis par la présente Convention."

Ainsi, si une partie demande à un tribunal d'un pays de common law d'ordonner l'exécution forcée alors que cela est impossible en application du droit interne, le tribunal peut refuser de rendre un jugement dans ce sens.

L'acheteur ou le vendeur peut recourir au moyen extrême de la résolution si l'autre partie a commis une contravention essentielle au regard de la Convention. Aux termes de la Convention, une contravention est essentielle "... lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus."

Même si une contravention au contrat n'est pas essentielle, au sens de la Convention, elle peut conduire à la résolution du contrat par la partie de bonne foi, si celle-ci alloue, en vertu de l'article 47 (dans le cas de l'acheteur) ou de l'article 63 (dans le cas du vendeur), un délai supplémentaire à la partie en défaut pour exécuter ses obligations. Si, à la fin du délai supplémentaire, la partie en défaut n'a toujours pas exécuté ses obligations, la partie de bonne foi peut déclarer le contrat résolu.

La réduction du prix est un moyen dont seul l'acheteur peut se prévaloir. Elle est prévue à l'article 50 de la Convention, qui est libellé comme suit :

> "En cas de défaut de conformité des marchandises au contrat, que le prix ait été ou non déjà payé, l'acheteur peut réduire le prix proportionnellement à la différence entre la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient au moment de la livraison et la valeur que des marchandises conformes auraient eue à ce moment. Cependant, si le vendeur répare tout manquement à ses obligations conformément à l'article 37 ou à l'article 48 ou si l'acheteur refuse d'accepter l'exécution par le vendeur conformément à ces articles, l'acheteur ne peut réduire le prix."

Ce moyen est donc distinct des dommages-intérêts régis par les articles 74 à 77. Il n'est pas judicieux au sens où l'acheteur peut y recourir unilatéralement sans avoir au préalable obtenu un jugement à cet effet. Cependant, si le vendeur estime que la réduction du prix est irrégulière, il peut en contester le principe ou le montant. Il semble que ce soit le caractère non judiciaire de la réduction du prix qui distingue le plus ce moyen des dommages-intérêts.

La formule des dommages-intérêts est bien connue de tous les juristes de tous les systèmes juridiques et n'appelle pas d'observations particulières. Il faut en revanche évoquer ce que l'on appelle le droit de réparer, qui n'est pas à proprement parler un recours mais a le même effet qu'un recours. Aux termes de l'article 48, le vendeur peut, même après la date de la livraison, réparer à ses frais tout manquement à ses obligations, à condition que cela n'entraîne pas "un retard déraisonnable et ne cause à l'acheteur ni inconvénients déraisonnables ni incertitude quant au remboursement par le vendeur des frais faits par l'acheteur". Ce droit de réparation est toutefois subordonné au droit de l'acheteur de demander des dommages-intérêts et doit en outre être exercé avant que l'acheteur ne déclare le contrat résolu en application de l'article 49. Un droit de réparation similaire est conféré par l'article 37 au vendeur, en cas de livraison anticipée. Le vendeur a le droit, "jusqu'à la date prévue pour la livraison, soit de livrer une partie ou une quantité manquante, ou des marchandises nouvelles en remplacement des marchandises non conformes au contrat, soit de réparer tout défaut de conformité des marchandises, à condition que l'exercice de ce droit ne cause à l'acheteur ni inconvénients ni frais déraisonnables".

Conclusion

Je me suis efforcé, dans mon exposé, de donner un aperçu général de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, qui est l'un des résultats tangibles obtenus par la CNUDCI au cours de ses vingt-cinq premières années. Il ne fait aucun doute, pour reprendre ce qu'a dit le Président de la Conférence diplomatique de Vienne, à la clôture de cette dernière, que "l'instrument qui vient d'être signé est un enrichissement pour le droit commercial international". Espérons que la CNUDCI continuera sur cette voie bien après l'an 2000.

2. Nouvelles caractéristiques des Incoterms de 1990 de la CCI

JAN RAMBERG
Professeur de droit privé à l'Université de Stockholm, Stockholm

L'objet des Incoterms

Les termes commerciaux constituent l'un des premiers exemples de simplification des pratiques commerciales. L'emploi d'expressions abrégées, telles que franco de bord (f.o.b.) et coût, assurance et fret (c.i.f), permet aux commerçants de déterminer comment des fonctions importantes, telles que les coûts et les risques, sont réparties entre eux. Par conséquent, les termes commerciaux portent, notamment, sur : le transfert des risques; le transport et l'assurance; les licences et les droits d'exportation et d'importation; l'emballage et le marquage des marchandises; la nature et le type des documents; les opérations de contrôle et les certificats de qualité et d'origine des marchandises; et la notification des arrangements adoptés.

Si ces termes commerciaux constituent dans une très large mesure des règles pratiques pour l'exécution de contrats internationaux de vente, ils ne concernent toutefois pas les aspects couverts par les législations nationales, les conventions internationales ou les conditions générales des contrats de vente. En simplifiant quelque peu, on pourrait dire que les termes commerciaux sont importants dans tout contrat international de vente, alors que d'autres règles et conditions générales - par opposition aux termes spécifiques qui caractérisent chaque contrat - traitent principalement de situations anormales de ruptures de contrat et de circonstances imprévues.

Il va sans dire que le besoin d'unification de l'interprétation des termes commerciaux est particulièrement important. Tout d'abord, les expressions condensées utilisées par les commerçants ne spécifient pas précisément les obligations respectives du vendeur et de l'acheteur. Deuxièmement, les législations nationales peuvent différer non seulement sur des points de détail, mais également sur le sens profond des termes commerciaux utilisés. C'est pourquoi la Chambre de commerce internationale (CCI) a entrepris, au début des années 20, d'unifier l'interprétation à partir de l'analyse des sens donnés aux principaux termes commerciaux et a ainsi élaboré la première version d'un ensemble de règles connue sous le nom d'Incoterms 1936. Cette première version a été suivie des Incoterms 1953, 1980 et, maintenant, 1990, récemment approuvés par la CNUDCI. En utilisant ces Incoterms, les commerçants sont assurés de l'interprétation qui sera donnée aux termes utilisés et évitent ainsi toute surprise désagréable due à des différences d'interprétation en fonction de la législation nationale.

A première vue donc, les Incoterms peuvent sembler être, sur le plan juridique, comparables à un contrat type qui pourrait être incorporé par référence. Mais je pense que l'on peut dire qu'ils sont considérés, au moins dans certaines régions, comme des coutumes commerciales internationales.

Le choix des termes commerciaux

L'attrait traditionnel des contrats d'expédition

Il est probablement vrai que la plupart des commerçants n'analysent pas les effets possibles liés au choix d'un terme de préférence à un autre et qu'ils continuent, sans trop y réfléchir, à vendre comme le faisaient leurs ancêtres. Les termes commerciaux sont incorporés à leur "système commercial", et leurs conditions et formulaires types. De ce fait, il est très possible qu'ils paient pour les marchandises plus qu'il n'est en réalité nécessaire voire, ce qui est encore plus grave, qu'ils ne profitent pas pleinement du contrat conclu.

On peut comprendre que les vendeurs souhaitent éviter les risques liés à des circonstances qui pourraient se produire dans le pays de l'acheteur et qu'à l'inverse, les acheteurs ne souhaitent pas assumer les risques liés à des situations qui pourraient survenir dans le pays du vendeur. C'est ce qui explique le succès qu'ont connu dans le monde entier les termes coût et fret c.f.r, c.i.f. et f.o.b., qui situent le partage du risque au moment où la marchandise peut encore arriver lors du transport internationale et, en vertu des termes susmentionnés, c'est l'acheteur qui en supporte le coût, mais il peut être transféré au vendeur au moyen des termes à bord et à quai.

Considérations politiques en faveur de l'option "acheter f.o.b. et vendre c.i.f."

Le choix des termes commerciaux peut également être influencé dans une large mesure par les intérêts nationaux. Pour de nombreux pays, il est important d'obtenir autant de devises que possible grâce aux exportations et d'en économiser au maximum lorsqu'il s'agit d'importations. Il peut être alors tentant de faire en sorte que les commerçants locaux achètent sur la base de l'offre la moins chère (généralement f.o.b.) et vendent sur la base de l'offre la plus chère (généralement c.i.f.). Ce choix peut cependant faire perdre toute compétitivité aux produits d'exportation sur les marchés étrangers, étant donné qu'un prix f.o.b. aurait pu être plus compétitif et, à l'inverse, conduire à payer un prix à l'importation inutilement élevé si un prix c.i.f. avait été préférable. Dans de tels cas, les consignes données par les pouvoirs publics ont les mêmes effets que des droits à l'exportation et à l'importation.

La tendance en faveur des contrats de livraison à destination

Il ne faut cependant pas oublier que, pour l'essentiel, les risques sont directement ou indirectement liés au prix. Plus le vendeur accepte de fonctions et de risques, plus son offre est élevée. Il est clair que par rapport à un vendeur f.o.b., un vendeur c.i.f. doit ajouter le coût du fret et de l'assurance. Il devrait également inclure le risque d'augmentation de coût entre le moment de l'offre et celui du transport, à moins bien entendu qu'il ne se soit prémuni contre une telle éventualité par une clause du contrat. C'est pourquoi les conditions de partage des risques ne sont peut-être pas aussi importantes qu'on le pense. En fait, il est fort possible qu'il soit

plus important de déterminer si c'est le vendeur ou l'acheteur qui obtiendra les meilleures conditions de transport et d'assurance. A l'évidence, un vendeur ayant une activité régulière portant sur de gros volumes sera en mesure d'obtenir de meilleures conditions de transport et à un coût moins élevé qu'un acheteur occasionnel de petites quantités. Il sera donc à même de proposer un prix c.f.r. et c.i.f. plus compétitif qu'un prix f.o.b.

Bien que les contrats traditionnels d'expédition dégagent juridiquement le vendeur de toute obligation à l'égard de l'acheteur une fois la marchandise expédiée, certains facteurs commerciaux peuvent parfois l'empêcher d'en profiter pleinement. Ainsi, un fabricant qui vend ses produits sur un marché étranger concurrentiel ne peut rester sans rien faire si quelque chose leur arrive une fois expédiés. Il doit veiller à ce qu'ils parviennent à destination en parfait état, et même parfois aller plus loin encore, puisqu'il doit en garantir l'état et le bon fonctionnement après la livraison au consommateur final. Il en est de même dans le cas de contrats d'usine dits "clefs en main", où les obligations du vendeur s'étendent au pays de destination et demeurent tant que l'usine n'est pas prête à fonctionner et que les clefs n'ont pas été remises à l'acheteur.

La tendance en faveur de contrats de livraison à destination est également reflétée par l'adjonction dans les Incoterms 1990 d'un nouveau terme du groupe D, à savoir "Rendu droits non acquittés" (DDU), en vertu duquel le vendeur doit prendre les dispositions nécessaires pour assurer le transport de la marchandise jusqu'à la destination finale dans le pays de l'acheteur, mais sans s'acquitter des formalités douanières ni payer les droits, taxes à la valeur ajoutée et autres charges légalement exigibles du fait de l'importation. Le vendeur peut rencontrer des problèmes de transport si la marchandise est détenue par les autorités douanières, mais l'article DDU B.5 dispose alors que l'acheteur doit supporter tous les risques supplémentaires de perte ou de dommage dus au fait qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires au dédouanement.

Relations entre les termes commerciaux et d'autres termes du contrat de vente

Il est bien entendu possible que d'autres termes - habituellement les conditions générales - réduisent les risques dus à l'adoption d'un terme commercial particulier. Si, contrairement à un vendeur f.o.b., un vendeur c.i.f. s'engage à assurer le transport de la marchandise jusqu'à la destination convenue, il court également le risque de ne pas pouvoir disposer de moyens de transport, ou que le transport s'avère beaucoup plus onéreux que prévu, comme en témoignent les cas bien connus relatifs au canal de Suez (voir Tsakiroglou & Co. Ltd. c. Noblee Thorl GmbH (1962) A.C. 93 et Ramberg, Cancellation of Contracts of Affreightment (1969), p. 336 à 355).

Les risques pour le vendeur qui s'est engagé à livrer la marchandise dans le pays de l'acheteur sont, bien entendu, d'autant plus grands. En particulier, la perte des marchandises en cours de transport n'est pas simplement une question d'assurance puisqu'elle empêche le vendeur de livrer la marchandise à temps, voire tout simplement de la livrer, comme il en a l'obligation. Des risques comme ceux que l'on vient de citer peuvent cependant être éliminés, ou à tout le moins limités, par des clauses d'ajustement de prix, d'extension du délai de livraison, de force majeure ou autres encore protégeant le vendeur en cas de situations qu'il n'a pas prévues au moment de faire son offre. Il est clair que la position respective des deux parties contractantes ne peut être pleinement appréhendée simplement par

une analyse du terme commercial choisi, et qu'il faut pour cela étudier en fait l'ensemble des termes et conditions énoncés dans le contrat, y compris concernant la législation commerciale applicable.

Les innovations apportées par les Incoterms 1990

Alors que la révision de 1980 avait été déclenchée par la "révolution des conteneurs" et la nécessité d'éviter une prolifération de termes concernant ce domaine particulier, celle de 1990 met l'accent sur les nouvelles pratiques documentaires. On s'est également efforcé de rendre les Incoterms plus faciles à utiliser en présentant les diverses obligations incombant au vendeur et à l'acheteur dans un ordre logique et cohérent. La présentation sur deux colonnes a été maintenue et développée de façon que, pour chaque fonction, il soit facile de déterminer ce qui incombe au vendeur et à l'acheteur.

D'un point de vue juridique, il est important de noter que la suprématie traditionnelle des contrats f.o.b., c.f.r. et c.i.f. devrait laisser la place, dans le transport moderne de marchandises générales, aux contrats franco transporteur (f.c.a.), port payé jusqu'à (CPT) et port payé assurance comprise (CIP), respectivement, simplement parce que ce n'est plus comme auparavant le bastingage du navire qui sert de ligne de partage entre les fonctions du vendeur et celles de l'acheteur, mais d'autres points tels que divers terminaux de marchandises ou autres installations de réception. Il va sans dire que cette modification a également des conséquences sur la documentation et qu'elle a sensiblement réduit l'utilisation des connaissements à bord. Par conséquent, même dans le transport par mer, les connaissements ont été remplacés par des lettres de transport maritime non négociables. Si les contrats c.f.r. et c.i.f. imposent toujours au vendeur de présenter des connaissements à bord, les contrats CPT et CIP sont neutres pour ce qui concerne la documentation : ils font simplement référence au document de transport habituel. Les contrats f.o.b. et f.c.a. en fait n'imposent aucune obligation au vendeur en matière de transport, si ce n'est de remettre la marchandise au transporteur désigné par l'acheteur. La pratique veut cependant que ce soit le vendeur qui affrète le navire. S'agissant de contrats f.c.a., les Incoterms 1990 énoncent une règle précise prenant cette pratique commerciale en considération. Ainsi, l'article FCA A.3 est libellé comme suit :

> "Cependant, à la demande de l'acheteur ou si telle est la pratique commerciale et que l'acheteur ne donne pas d'instruction contraire en temps voulu, le vendeur peut conclure le contrat de transport aux conditions usuelles, aux risques et frais de l'acheteur. Le vendeur peut refuser de conclure le contrat et, dans ce cas, il en avertira promptement l'acheteur".

Le terme f.c.a. est peut-être devenu le plus important des Incoterms 1990, puisqu'il peut être utilisé quel que soit le mode de transport. Les anciens termes applicables au transport par air et par rail - f.o.b aéroport et f.o.r./f.o.t. - ont été supprimés. De ce fait, il a été jugé souhaitable de préciser comment, en l'absence d'une convention contraire, les marchandises doivent être livrées selon le mode de transport retenu (rail, route, voie navigable intérieure, mer, air, mode non déterminé et transport multimodal, voir FCA A.4). Les dispositions de l'article FCA A.4 constituent donc une application extrêmement importante du principe général énoncé à l'article 67 de la Convention des Nations Unies sur la vente selon lequel "les risques sont transférés à l'acheteur à partir de la remise des marchandises au premier transporteur".

Une autre innovation importante des Incoterms 1990 a été jugée nécessaire en raison du recours de plus en plus fréquent à l'échange de données informatisées (EDI) en lieu et place des documents papier. De ce fait, pour chaque terme (sauf "à l'usine", pour lequel normalement aucun document papier particulier n'est nécessaire), l'article A.8 fait référence à cette nouvelle pratique au moyen du texte ci-après :

> "Lorsque le vendeur et l'acheteur sont convenus de communiquer électroniquement, le document mentionné au paragraphe précédent peut être remplacé par un message d'échange de données informatiques (EDI) équivalent".

S'il est facile de remplacer les documents papier par un message EDI lorsqu'il s'agit simplement d'établir une preuve, il est en revanche beaucoup plus difficile de reproduire la fonction de symbole juridique du connaissement qui, comme il est souvent dit, représente les marchandises elles-mêmes. Etant donné que le connaissement est reconnu par la plupart des législations nationales ou dispositions pertinentes du droit maritime comme un document de transport négociable (ou, à tout le moins, quasi négociable), la possession du document papier original est indispensable pour pouvoir donner des instructions concernant les marchandises pendant le transport et pour en obtenir livraison du transporteur à destination. De ce fait, le connaissement a une fonction très importante puisqu'il permet la vente des marchandises alors que celles-ci sont toujours en cours de transport par transfert et endossement du (des) connaissement(s) original (originaux). Comment un message EDI peut-il remplir cette fonction juridique symbolique ? Est-il possible d'effectuer un transfert de droits juridiquement valide par simple accord privé, ou faut-il un texte législatif ? L'examen de la question de la substitution de procédures informatiques au connaissement papier par le Comité maritime international (CMI) a débouché sur les Règles de 1990 relatives aux connaissements électroniques auxquelles peuvent se référer les parties qui sont convenues de communiquer électroniquement. Les principales caractéristiques de ces Règles sont les suivantes.

Tout d'abord, le connaissement est imité par l'enregistrement électronique des informations habituelles, c'est-à-dire les marques nécessaires à l'identification de la marchandise, le nombre de colis ou de pièces, ainsi que les quantités ou le poids indiqués par le chargeur et l'ordre et l'état apparents de la marchandise.

Deuxièmement, les Règles prévoient que les termes et conditions habituels du contrat de transport s'appliquent comme s'il existait un connaissement. Ainsi, par référence aux Règles du CMI, les effets impératifs des Règles de La Haye, des Règles de La Haye-Visby, et des Règles de Hambourg sont préservés.

Troisièmement, le transfert électronique proprement dit est réalisé en reliant le droit de disposition et de transfert à une "clef confidentielle", unique pour chaque porteur successif et non transférable. Cette clef confidentielle doit être indépendante et distincte de tout moyen utilisé par ailleurs pour identifier le contrat de transport, ainsi que de tout mot de passe ou code utilisé pour accéder au réseau informatique. Le chargeur ne peut accepter d'instructions que d'une personne en mesure de s'assurer qu'il possède effectivement le droit de disposition et de transport au moyen de la clef confidentielle, laquelle peut être transmise à un nouveau porteur après annulation par le transporteur de celle ayant cours et attribution au nouveau porteur d'une autre clef confidentielle selon la procédure de notification et

de confirmation convenue (Règle 7); de même, il ne peut livrer la marchandise qu'à la personne en possession de cette clef confidentielle.

La coopération entre la Chambre de commerce internationale et le Comité maritime international a permis de tenir compte de cette possibilité dans les Incoterms 1990, comme en témoigne le libellé de l'article A.8 des termes c.f.r. et c.i.f.

Preuve de la livraison, document de transport ou message électronique équivalent

Sauf disposition contraire, le vendeur doit remettre à l'acheteur, à ses frais et sans retard, le document de transport habituel pour le port de destination convenu.

Ce document (tel que connaissement négociable, lettre de transport maritime non négociable, ou document de transport par voie navigable intérieure) doit couvrir la marchandise visée au contrat, être daté au cours de la période convenue pour le transport, permettre à l'acheteur de réclamer au transporteur la marchandise à destination et, sauf disposition contraire, lui permettre de vendre la marchandise en cours de transport en transférant le document au nouvel acheteur (connaissement négociable) ou en le notifiant au transporteur.

Lorsqu'il existe plusieurs originaux du document, tous les exemplaires doivent être remis à l'acheteur. Si le document de transport fait référence à une charte-partie, le vendeur doit également en fournir copie. Si le vendeur et l'acheteur sont convenus de communiquer électroniquement, le document mentionné au paragraphe précédent peut être remplacé par un message EDI équivalent. Le Guide des Incoterms publié par la CCI (publication 461/90) note qu'il est indispensable que l'acheteur sache que le vendeur s'est acquitté de son obligation et a livré la marchandise à bord du navire. Le document de transport constitue généralement la preuve de cette livraison.

Documents de transport non négociables

En règle générale, il suffit que les parties fassent référence au document de transport habituel obtenu du transporteur lorsque la marchandise lui est remise. En cas de transport par mer cependant, d'autres documents tels que des documents non négociables et similaires à ceux utilisés pour d'autres modes de transport, comme les reçus de fret ou les lettres de transport maritime, sont en effet apparus depuis peu au côté des connaissements négociables. L'expression lettre de transport maritime est fréquemment utilisée pour désigner les divers documents de transport non négociables utilisés pour le transport de marchandises par mer.

Malheureusement, les conventions internationales et les législations nationales ne les définissent pas encore avec précision (à l'exception toutefois de la législation des Etats-Unis qui reconnaît les connaissements nominatifs). C'est pourquoi le Comité maritime international a adopté en juin 1990 les Règles uniformes pour les lettres de transport maritime auxquelles les parties devraient faire référence dans le contrat de transport afin d'éviter toute incertitude juridique découlant de l'utilisation de documents non négociables.

La vente de marchandises en cours de transport

Dans la plupart des cas, les marchandises destinées à être transportées par des compagnies de navigation ne seront pas revendues au cours du transport, mais quand il s'agit de marchandises devant être transportées sur des navires affrétés, la situation est souvent très différente. Par exemple, les matières premières vendues sur le marché au comptant sont fréquemment revendues de nombreuses fois avant d'atteindre leur destination. Dans de tels cas, le connaissement négociable est très important, étant donné que la possession du document papier permet au nouvel acheteur de réclamer la marchandise une fois que celle-ci est arrivée à destination en remettant en échange au transporteur le connaissement original. Toutefois, lorsque la marchandise n'est pas destinée à être vendue en cours de transport, un connaissement n'est pas nécessaire si le droit de l'acheteur à réclamer la marchandise à destination est garanti par d'autres moyens, par exemple s'il est fait référence dans le contrat aux Règles uniformes du CMI pour les lettres de transport maritime.

Un acheteur qui souhaite vendre la marchandise en cours de transport a le droit, d'après les termes c.f.r. et c.i.f., de demander un connaissement négociable au vendeur. La vente peut toutefois s'effectuer sans connaissement : il suffit que les parties utilisent un système selon lequel le transporteur doit tenir la marchandise à la disposition de l'acheteur ou des acheteurs subséquents.

Les procédures EDI et les connaissements

L'article A.8 des Incoterms 1990 tient compte du fait que les parties peuvent souhaiter négocier sans papier. Si elles sont convenues de communiquer électroniquement, l'obligation de présenter un document papier n'existe plus.

Il va sans dire que le connaissement traditionnel paraît dépassé par la tendance actuelle à des échanges sans papier. C'est pourquoi le CMI a adopté, en juin 1990, des Règles uniformes pour les lettres de transport maritime qui couvrent les situations dans lesquelles les messages EDI entre les parties concernées sont destinés à remplacer les connaissements papier traditionnels.

Ces Règles uniformes concernent des messages EDI qui ont le même objet que les mots "notification au transporteur" qui figurent à l'article A.8 des Incoterms. Toutefois, les parties qui n'auraient pas convenu d'utiliser les "Règles relatives aux connaissements électroniques" doivent continuer de demander un connaissement négociable.

En résumé, les Incoterms 1990 tiennent compte de la situation actuelle en ce qui concerne les techniques de transport, les documents et les procédures EDI et viennent donc utilement compléter la Convention de 1980 des Nations Unies sur les contrats de vente dans un domaine où il est nécessaire de s'adapter en permanence à de nouvelles situations auxquelles il est difficile de répondre par des textes législatifs.

3. Praticiens internationaux

HANS VAN HOUTTE
Professeur et avocat à Bruxelles; Président du Sous-Comité des ventes internationales de l'Association internationale du barreau

L'Association internationale du barreau n'ignore pas que la CNUDCI élabore le droit commercial international du XXIème siècle. L'un des principaux textes qu'elle a produits, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, sera extrêmement important pour les juristes du monde entier, dont un grand nombre sont d'ailleurs membres de l'Association. C'est pour examiner comment cette Convention est appliquée dans les divers systèmes juridiques qu'un sous-comité a été récemment créé au sein de l'Association. A Cannes, en septembre 1992, lors de notre Conférence bisannuelle, une session sera d'ailleurs entièrement consacrée à cette question.

Comme je ne souhaite pas préjuger des résultats de la Conférence de Cannes, je me bornerai à formuler quelques suggestions quant aux mesures à prendre pour assurer l'application de la Convention.

La Convention de Vienne, présentée par la CNUDCI en 1980, était bien conçue. Certes, elle n'était pas parfaite et présentait les petits défauts et les petites insuffisances inhérentes à tout ce que fait l'homme mais, telle qu'elle était et malgré certaines imperfections, elle a suscité un intérêt plus grand que la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels qui avait vu le jour seize ans auparavant. Elle a maintenant douze ans et est de plus en plus largement acceptée de par le monde. Nous savons tous cependant qu'un enfant de douze ans a besoin, à certains égards, de plus d'attention qu'un nouveau-né et la Convention a elle aussi probablement besoin de plus d'attention maintenant que pendant les années 80. Le premier aspect à examiner en ce qui concerne son application est celui de la ratification par les Etats.

Je n'ignore pas que les arbitres internationaux appliquent parfois la Convention sans tenir compte de son article premier, c'est-à-dire sans se demander si les Etats concernés l'ont ratifiée ou acceptée. Une sentence de la Chambre de commerce internationale de 1989, par exemple, l'a appliquée alors que ni le pays de l'acheteur ni celui du vendeur n'y était partie. Les arbitres ont toutefois estimé que la Convention représentait une codification des usages commerciaux et qu'elle faisait donc partie de la Lex mercatoria : "Les dispositions de la Convention de Vienne constituent la meilleure source pour déterminer les usages commerciaux en vigueur"3/.

Je doute cependant que les tribunaux nationaux considèrent la Convention comme faisant partie de la Lex mercatoria. Ils ne l'appliqueront qu'à la condition que les Etats concernés l'aient acceptée. En d'autres termes, pour pouvoir être appliquée partout dans le monde, la Convention doit être ratifiée par tous.

A l'heure actuelle, 34 pays l'ont ratifiée ou acceptée. C'est considérable. Mais, après tout, le monde compte environ 160 pays, ce qui signifie qu'un cinquième seulement d'entre eux l'ont acceptée. Pourquoi le Japon, le Royaume-Uni et de nombreux autres pays n'ont-il pas ratifié la Convention ? La Belgique, par exemple, ne l'a pas ratifiée, non parce que la Convention ne la satisfait pas ou parce qu'elle veut continuer d'appliquer la

loi uniforme (qui est de toute façon de plus en plus délaissée par les anciens les Etats contractants), mais simplement par manque d'intérêt politique. Par conséquent, dans tous les pays qui n'ont pas encore ratifié la Convention, les associations du barreau comme les particuliers devraient prendre contact avec les pouvoirs publics et s'enquérir à ce sujet, susciter l'intérêt des hommes politiques et encourager la ratification ou l'acceptation. Sinon le processus de ratification perdra son élan et la Convention ne sera en fin de compte ratifiée que par une cinquantaine de pays et ne sera donc pas universellement applicable. La suite donnée à la Convention doit également intéresser les praticiens et les magistrats. En Belgique, quinze ans environ se sont écoulés entre le moment où la loi universelle a été incorporée au droit interne et celui où elle est véritablement devenue un élément de la culture juridique du pays. En fait, pendant longtemps, les praticiens l'ont simplement ignorée. Ce n'est que depuis six ou sept ans, c'est-à-dire, par une étrange ironie du sort, alors que son intérêt commençait à s'éclipser sur la scène internationale, qu'elle a été régulièrement appliquée par les tribunaux belges. Deux facteurs peuvent expliquer qu'elle ait été finalement acceptée :

a) Tout d'abord, vers 1985, plusieurs articles consacrés à l'application de la loi uniforme par les tribunaux belges ont fait prendre conscience aux praticiens que cette loi faisait véritablement partie du droit belge et devait être appliquée;

b) Ensuite, elle a commencé à être enseignée dans les facultés de droit et ce sont les nouvelles générations de juristes qui ont contribué à en faire connaître l'existence aux cabinets d'avocats et aux tribunaux.

Les mesures suivantes pourraient être prises pour familiariser davantage les juristes avec la Convention :

Inscrire tout d'abord celle-ci au programme des facultés de droit, en particulier dans les pays dont les échanges internationaux sont importants. Les étudiants d'aujourd'hui seront les avocats et les magistrats de demain. S'ils étudient la Convention maintenant, ils l'appliqueront ultérieurement.

Lui consacrer ensuite des publications. Je suis ravi de constater que l'on publie déjà les décisions rendues à son sujet par les tribunaux de divers Etats parties, alors qu'il avait fallu attendre douze ans avant de voir publier le premier recueil similaire consacré à la loi uniforme. Il est réconfortant d'apprendre qu'une étude comparative des décisions rendues à propos de la Convention est déjà envisagée.

On peut craindre que cette étude ne touche qu'un petit nombre de juristes internationaux spécialisés. Or, la plupart des contrats de vente internationale ne sont pas traités pas ces juristes, mais par les entreprises, les avocats et les tribunaux de chaque pays, qui n'ont pas une connaissance approfondie du droit commercial international et qui n'ont pas accès aux publications spécialisées sur la Convention de Vienne.

Il serait donc souhaitable que de temps en temps les revues générales de droit ayant un large lectorat traitent elles aussi de la Convention et publient des relevés des décisions rendues par les tribunaux nationaux, ce qui permettrait de faire plus largement connaître dans chaque pays le fait que la Convention fait partie du droit interne et doit être appliquée.

Enfin, l'application de la Convention intéresse également les entreprises, qui en sont en fait les destinataires. Certaines entreprises excluent l'application de la Convention, comme l'article 6 les y autorise, parce qu'elles considèrent que certaines dispositions, par exemple celles de l'article 19 concernant l'acceptation partielle d'une offre, leur sont défavorables. Il faudrait donc leur montrer que si la Convention contient des règles moins favorables que le droit interne, elle en contient aussi de plus favorables (par exemple, la possibilité de contravention anticipée, prévue à l'article 71, n'existe ni en droit belge, ni en droit français). Les entreprises devraient prendre conscience du fait que la Convention de Vienne établit un juste équilibre entre les droits et devoirs du vendeur comme de l'acheteur.

Lorsque les entreprises connaîtront mieux la Convention, elles n'en excluront pas l'application pour de simples motifs subjectifs.

En résumé, la CNUDCI a fait un travail remarquable en rédigeant cette Convention. Maintenant que celle-ci est entrée en vigueur, c'est à nous de faire en sorte qu'elle soit ratifiée par les Etats, appliquée par les avocats et les tribunaux et utilisée par les entreprises.

BURGHARD PILTZ
Avocat, Gütersloh (Allemagne), Union internationale des avocats

Je me bornerai à parler des aspects pratiques importants les plus pertinents des lois uniformes vus par un avocat dont l'activité s'exerce essentiellement au niveau international.

Les lois uniformes internationales, en règle générale, revêtent incontestablement un grand intérêt d'ordre pratique. Les lois nationales sont centrées sur les transactions qui s'effectuent à l'intérieur du territoire et ne traitent pas des problèmes particuliers des transactions commerciales qui concernent plus d'un territoire. Lors des négociations sur les contrats, les lois uniformes sont admises en tant que base neutre qui préside au choix de la loi applicable, parce qu'elles ne sont les lois d'aucune des parties en présence et que, partant, aucune des parties ne s'estime défavorisée en consentant à l'application d'un ensemble de règles juridiques et de règlements "étrangers".

De toutes les lois uniformes, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980) présente un intérêt pratique particulier, se distinguant des autres lois uniformes par le fait qu'elle est acceptée quasi universellement et qu'elle s'applique automatiquement. C'est la raison pour laquelle je ne parlerai que des problèmes qui lui sont propres.

Fait surprenant, seul un nombre très limité d'applications de la Convention ont été jusqu'ici signalées, et pas seulement en Allemagne. Quelles en sont les raisons ? Je ne crois pas que cela soit dû au fait que la Convention ne traite pas de l'ensemble des aspects pratiques des transactions commerciales, voire qu'elle n'est pas adaptée au but recherché. Mon expérience me porte plutôt à croire que c'est tout simplement parce qu'elle ne s'impose pas d'emblée à l'esprit. Les architectes de la Convention, la CNUDCI, devraient se pencher au cours de leurs travaux futurs sur cette absence de publicité. Et ils devraient prendre des mesures concrètes pour

remédier à cette lacune. La Convention mérite d'être largement connue et appliquée.

C'est une convention très bien conçue. Elle traite, dans le détail, de tous les aspects pratiques de la vente internationale de marchandises et elle le fait d'une manière intelligible non seulement pour les avocats, mais aussi pour les hommes d'affaires. C'est pourquoi la commission allemande chargée de la réforme du droit des obligations a recommandé de remanier les articles pertinents du Code civil et du Code de commerce allemands actuellement en vigueur conformément à la Convention.

Il est à espérer qu'il sera tenu compte de la Convention dans le cadre du processus de restructuration juridique en cours dans maints pays de l'Europe de l'Est. Cela me ramène à un point que j'ai soulevé plus tôt : la nécessité de faire connaître la Convention.

Bien que les auteurs de la Convention aient fait un excellent travail - comme l'atteste le fait que la Convention est largement acceptée à travers le monde -, il conviendrait de revoir certains de ses aspects.

Par exemple, la Convention n'apporte pas de réponse expresse à la bataille des termes de l'offre et de l'acceptation, les règles générales sur la formation des contrats de vente s'appliquant : autrement dit, elle ne résout pas le problème. Et presque toutes les conceptions imaginables sont possibles. Pour s'en tenir à l'Europe seulement, elles sont pas exemple : primauté du premier renvoi aux conditions générales (Pays-Bas, par. 3 de l'article 225 du nouveau Code civil); primauté du dernier renvoi aux conditions générales; ni termes de l'offre ni termes de l'acceptation incorporés dans le contrat; reprise dans le contrat de tous les termes de l'offre et de l'acceptation qui sont compatibles entre eux, les autres ne s'appliquant pas (Allemagne, Autriche). Comme il s'agit d'une question très importante, qui se pose très souvent, l'existence de directives explicites sur ces termes permettrait de renforcer l'acceptation de la Convention.

Deuxièmement, l'article 79, qui traite de l'exonération de la responsabilité, est rédigé en des termes à ce point généraux qu'il est impossible de prévoir les effets de son application. Que conseillera un avocat à son client ? Qu'est-ce qu'un "empêchement ... que l'on ne pouvait raisonnablement attendre [de la partie concernée] qu'elle le prenne en considération" ? Cette question n'est pas sans intérêt du point de vue pratique. Dans de nombreux cas, l'exonération est un point crucial, et la réponse que donne la Convention n'est ni satisfaisante ni évidente.

L'article 49, qui prévoit que l'acheteur peut déclarer le contrat résolu en cas de "contravention essentielle au contrat", soulève aussi une question délicate. Qu'est-ce qu'une contravention essentielle ? Vu les conséquences graves qu'entraîne une contravention essentielle, des directives sont à tout le moins souhaitables.

Il est un autre exemple, qui se situe dans le même ordre d'idées : l'expression "délai raisonnable" ou "bref délai". Rien dans la Convention ne permet de dire ce que cela signifie. Les parties sont juridiquement tenues d'agir dans un délai raisonnable ou un bref délai, sans savoir si elles le respectent ou non.

Ces exemples, sans être assurément exhaustifs, couvrent certains des problèmes qui se posent dans la pratique quotidienne. Pour ceux qui appliquent la Convention, en particulier les milieux d'affaires, la certitude juridique est extrêmement importante. La plupart des clients préfèrent voir une condition manifestement inexécutée que de répondre : "Je ne sais pas". L'incertitude est un obstacle aux accords à l'amiable et encourage les litiges.

Il serait peut-être possible, par le jeu de la coopération internationale coordonnée par la CNUDCI, de publier des commentaires et des recommandations officiels sur l'application de la Convention, sur le modèle par exemple des commentaires officiels sur le Code de commerce uniforme des Etats-Unis. Ainsi, la voie pourrait être ouverte à une application uniforme de la Convention.

La Convention ignore totalement certains problèmes d'importance pratique, comme par exemple le droit de compenser, susceptible de soulever des questions juridiques complexes, et la cession des demandes visées dans le texte.

Enfin, de façon plus générale, je souhaiterais proposer quelques matières qui pourraient faire l'objet de projets de lois uniformes : réserve de propriété et garanties bancaires. Si de telles lois pouvaient voir le jour, nous pourrions alors, avec les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, invoquer les lois uniformes pour traiter non seulement des relations directes entre acheteur et vendeur mais aussi des obligations en matière de paiements. Comme le transport des marchandises est dans une large mesure déjà régi par des lois uniformes, nous pourrions ainsi mettre à la disposition des milieux d'affaires un ensemble complet de règles régissant l'ensemble des problèmes types qui se posent au cours d'une transaction commerciale normale.

Pour conclure, je voudrais souligner qu'en tant que praticien, mon expérience de l'application de la Convention sur les ventes est riche de promesses et qu'il semble y avoir de bonnes chances pour que cet instrument se transforme en définitive en loi uniforme sur les contrats de vente internationale de marchandises.

RAFAEL EYZAGUIRRE
Professeur de droit commercial international, Université du Chili, Santiago; Président de la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial

J'aborderai seulement quelques points concernant les conventions adoptées par la CNUDCI et l'Assemblée générale, ainsi que l'arbitrage commercial international. Mes remarques auront trait à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, ainsi qu'à l'arbitrage commercial international et à la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC).

Vente internationale de marchandises

Le Chili était représenté à la Conférence diplomatique de Vienne de 1980 par le juriste principal du Ministère des affaires étrangères et par moi-même, et nous avons signé, à la fin de la Conférence, la Convention sur la vente.

Une commission spéciale a été désignée dans notre pays pour étudier la Convention. Cette commission, composée de professeurs de la Faculté de droit

de l'Université du Chili et de juristes du département juridique du Ministère des affaires étrangères a soumis au gouvernement un rapport favorable à l'adoption par le Chili de cet instrument international. La Convention a été adoptée en tant que loi interne en février 1990 et est entrée en vigueur le 1er mars 1991.

La Convention sur la vente n'a cependant été ratifiée que par quatre pays latino-américains : l'Argentine, le Chili, l'Equateur et le Mexique.

La vente internationale peut entraîner des situations complexes découlant des difficultés touchant à la détermination de la loi applicable au contrat. Cela peut donner lieu à des différends dans lesquels une ou les deux parties sont assujetties à une loi étrangère.

La Convention sur la vente vise donc précisément à prévenir de tels obstacles aux échanges commerciaux internationaux, facilitant par là le développement du commerce, notamment dans les pays en développement.

Il importe donc d'encourager l'adoption de la Convention en tant qu'instrument permettant de mener d'importantes négociations conformément aux règles uniformes prévues pour de tels contrats sans faire appel au droit interne des parties, ce qui évite d'appliquer à l'acheteur et au vendeur des règles distinctes pouvant entraîner des différends difficiles à résoudre et pas toujours susceptibles d'être tranchés selon les règles de droit international privé en matière de conflit de lois.

Reconnaissant l'importance des contrats de vente et de transport sous leurs différentes formes, nous avons donc insisté pour que cette question soit soumise à l'Association interaméricaine des avocats. Cette institution a reconnu que les associations d'avocats des divers Etats américains devraient instamment demander à leurs gouvernements de ratifier la Convention sur la vente, la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer et la Convention des Nations Unies sur le transport multimodal international de marchandises, sans préjudice des autres conventions concernant le transport de marchandises par air ou par route, dont nous demandons également la ratification de manière pressante.

Lorsque l'on considère que la Convention sur la vente ne lie pas les parties, qui peuvent en exclure l'application si elles décident de soumettre leur contrat à une loi différente, l'adoption de la Convention, avec ou sans les réserves dont elle prévoit la possibilité, ne peut donc soulever d'objections. Les parties peuvent en outre écarter une quelconque de ses dispositions ou en modifier l'effet.

Il est adopté, autrement dit, dans cet instrument, le principe de l'autonomie des parties, qui est un principe fermement établi en droit comparé, et bien entendu aussi en droit chilien et en droit latino-américain. Il convient de ne pas oublier qu'en évaluant la Convention sur la vente, il faut tenir compte du fait qu'elle constitue un compromis entre les Etats ayant des systèmes juridiques, politiques et économiques distincts et qui sont à un stade différent de développement.

Cet instrument vise enfin exclusivement à régir les contrats internationaux de vente. Les réglementations touchant les contrats de vente qui existent dans divers pays latino-américains ont un caractère interne et purement national.

Le représentant de l'OEA s'est référé hier aux résolutions des Conférences interaméricaines spécialisées sur le droit international privé organisées par l'OEA, et en particulier à une résolution adoptée par la quatrième Conférence sur le droit international privé, tenue à Montevideo (Uruguay) du 9 au 15 juillet 1989, à savoir la résolution sur la vente internationale de marchandises, dans laquelle les Etats membres ont été instamment priés de ratifier la Convention sur la vente ou d'y adhérer.

Les dispositions de la Convention sur la vente devraient être, selon nous, complétées par celles qui ont été adoptées par la Conférence de La Haye de droit international privé concernant les règles en matière de conflit de loi applicables à la vente internationale de marchandises.

Il existe par ailleurs un lien très important entre les règles internationales d'interprétation de termes commerciaux (Incoterms) et la vente internationale de marchandises, puisque les Incoterms servent à déterminer si le vendeur et l'acheteur se sont bien acquittés de leurs obligations et de leurs responsabilités. Ces obligations concernent essentiellement le transport des marchandises, la documentation utilisée, l'assurance et les formalités d'exportation et d'importation.

La dernière version des Incoterms (1990) tient compte des changements intervenus dans les techniques de transport, en vue d'adapter les termes à l'échange de données informatisées, comme le déclare la CCI dans le préambule de la version des Incoterms de 1990.

S'agissant du champ d'application de la Convention sur la vente, la règle essentielle est celle de l'applicabilité de la Convention aux contrats de vente de marchandises entre parties ayant leur établissement dans des Etats différents. Il est entendu que la Convention ne régit que la formation du contrat ou l'indication d'intention, ainsi que les droits et obligations des parties découlant du contrat. Elle exclut expressément les questions relatives à la validité du contrat ainsi qu'aux effets que le contrat peut avoir sur la propriété des marchandises vendues. Ces questions relèvent de la loi applicable conformément aux règles de droit international privé du tribunal compétent.

Quant à l'interprétation de la Convention sur la vente, ses dispositions soulignent son caractère international et la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application. Cet instrument ne devrait donc pas être interprété à la lumière des systèmes juridiques nationaux et les termes utilisés ne devraient pas être considérés sur la base des définitions juridiques internes. Les questions concernant les matières régies par la Convention non expressément réglées par cette dernière doivent être résolues conformément aux principes généraux sur lesquels elle est basée. Ce n'est qu'en l'absence de tels principes que les questions non résolues doivent être réglées conformément au droit applicable en vertu des règles de droit international privé du tribunal compétent.

Outre l'intention des parties et le respect de la bonne foi, la Convention stipule la pertinence du droit commercial au regard des transactions de cette nature. Les parties sont en effet tenues par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles. Les parties sont d'autre part réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance.

L'arbitrage commercial international et la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial

Le système interaméricain d'arbitrage commercial découle de la création, en 1934, de la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC) à la suite de la résolution 41 de la septième Conférence internationale des Etats américains, tenue à Montevideo (Uruguay). La CIAC est un organisme privé ayant comme mandat d'établir et de maintenir un système de conciliation et d'arbitrage interaméricain pour le règlement des différends internationaux.

Conformément à la résolution susmentionnée, les chambres de commerce des Etats américains ont été priées d'élaborer et de conclure une convention d'arbitrage international, posant les règles à suivre en matière de procédure d'arbitrage. La CIAC est installée au siège de l'OEA, à Washington, dans des bureaux que cette dernière lui a attribués à cet effet. Les origines de la CIAC remontent donc à une résolution des Etats américains.

Le Comité juridique interaméricain a, conformément aux instructions de l'OEA, proposé divers projets de conventions interaméricaines sur l'arbitrage commercial international en 1956 et 1967. Finalement, en janvier 1975, la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (connue sous le nom de "Convention de Panama") a été adoptée à la première Conférence interaméricaine spécialisée sur le droit international privé, tenue à Panama sous les auspices de l'OEA.

Conformément aux principales dispositions de cette Convention :

a) La validité des clauses compromissoires et des conventions d'arbitrage dans le cadre de transactions commerciales internationales est établie. Les conventions d'arbitrage peuvent être d'autre part formulées par des moyens de communication modernes, comme le télex;

b) Des règles sont prévues à l'égard de la désignation d'arbitres, qui peuvent être des nationaux ou des étrangers, dont la nomination peut être confiée à un tiers. Ce dernier peut être une personne physique ou une institution, la Commission interaméricaine d'arbitrage commerciale pouvant être ainsi habilitée à remplir cette fonction;

c) La conduite de la procédure d'arbitrage est prévue, et il est stipulé que, à défaut d'accord exprès des parties au différend, le Règlement de la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial de 1987 s'applique;

d) Les décisions ou sentences arbitrales qui ne sont pas susceptibles d'appel selon la loi ou les règles de procédures applicables ont valeur de jugement judiciaire définitif. Les motifs pour lesquels la reconnaissance d'une décision ou sentence arbitrale peut être refusée sont d'autre part stipulés.

La CIAC dispose d'une section nationale dans chacun des pays des Amériques. Aux Etats-Unis d'Amérique, par exemple, la Section nationale de la Commission est l'Association d'arbitrage américaine. Il y a également des sections nationales en dehors des Amériques, comme c'est le cas en Espagne, qui s'est affiliée à la CIAC par l'intermédiaire de la Chambre de commerce et d'industrie de Madrid et dont le tribunal d'arbitrage est ainsi devenu la Section nationale espagnole de la Commission.

En 1978, la CIAC a adopté le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, avec de petites modifications tenant compte de la nature de la CIAC.

En octobre 1984, à l'occasion d'une réunion du Comité exécutif de la CIAC à Guayaquil (Equateur), il s'est tenu une réunion commune de la CIAC et de l'Association ibéro-américaine des chambres de commerce. Un accord de coopération a alors été signé le 30 octobre 1984, en vue de promouvoir l'utilisation de la procédure d'arbitrage commercial international pour régler les différends commerciaux par l'intermédiaire des chambres de commerce membres de l'Association ibéro-américaine. Ces chambres de commerce peuvent ainsi devenir des sections nationales de la CIAC et être habilitées à fournir des services administratifs en matière d'arbitrage dans leurs pays respectifs.

A toutes ses réunions, la CIAC s'efforce de promouvoir l'adhésion des pays latino-américains à la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) ainsi qu'à la Convention interaméricaine de l'OEA sur l'arbitrage commercial international (Panama, 1975), et organise également des séminaires, des ateliers et des stages dans divers pays de la région, en demandant aux chambres de commerce de l'hémisphère occidental de souscrire au système d'arbitrage et d'établir des centres d'arbitrage afin de familiariser leurs membres avec ce système.

A la suite de ces efforts, 17 pays de la région ont maintenant ratifié la Convention de New York de 1958, et 14 ont adhéré à la Convention de Panama de 1975. Plusieurs pays, dont le Chili, l'Equateur, les Etats-Unis d'Amérique, le Mexique, le Panama et le Pérou, ainsi que plusieurs pays de l'Amérique centrale ont ratifié les deux conventions, ce qui constitue un pas important en faveur de la pratique de l'arbitrage commercial international dans les Amériques.

Comme il a déjà été noté, la Convention de Panama, en se référant à la CIAC, a ouvert la voie à une double évolution très importante en matière d'arbitrage commercial dans la région de l'Amérique latine : a) la Convention reconnaît la procédure d'arbitrage institutionnelle ou administrée; et b) elle se réfère spécifiquement à la CIAC en stipulant que, à défaut de tout accord concernant la procédure, le Règlement de la CIAC est applicable. Ce règlement correspond au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui tend à être appliqué dans les principaux centres d'arbitrage de l'Afrique, de l'Asie et même de l'Europe et des Etats-Unis.

La CIAC entend maintenant établir des centres d'arbitrage commercial dans les divers pays de l'Amérique latine sous les auspices des chambres de commerce membres de l'Association ibéro-américaine des chambres de commerce. Le Chili, la Colombie et le Mexique ont déjà établi ou sont en train d'établir des centres d'arbitrage pour le règlement des différends nationaux et internationaux.

La CIAC s'efforce enfin aussi d'encourager les pays latino-américains à aligner leurs législations sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international - soit en adoptant la Loi type ou en amendant certains aspects de leurs lois nationales d'arbitrage - en vue de promouvoir l'harmonisation des normes appliquées dans le règlement des différends par le biais de l'arbitrage commercial.

Par souci de brièveté, je ne me référerai pas à des questions aussi importantes que la Convention des Nations Unies sur le transport de

marchandises par mer, 1978 (Règles de Hambourg, 1978), les règles de la CNUDCI sur les effets de commerce internationaux et le transfert électronique de fonds, ni à d'autres instruments ayant également une importance fondamentale à l'égard de l'unification du droit commercial international, qui sont les fruits des travaux diligents et efficaces de la CNUDCI.

HELEN ELIZABETH HARTNELL*
Professeur associé de droit, Tulane Law School; Présidente du Comité du droit international privé de la Section du droit international et de la pratique de l'American Bar Association; membre de l'Illinois State Bar Association

Je suis très honorée de prendre la parole, au nom de la Section du droit international et de la pratique de l'American Bar Association, devant ce Congrès réuni à l'occasion de la vingt-cinquième session de la CNUDCI.

J'évoquerai, pour commencer, nos buts communs. Pendant des générations, des spécialistes du droit ont travaillé ensemble, forts de la conviction que l'unification et l'harmonisation des droits applicables aux transactions commerciales internationales favoriseraient l'harmonie universelle en facilitant les échanges mondiaux. En reconnaissance de la valeur de ces patients efforts pour réduire les litiges résultant de la diversité des droits nationaux - et éliminer ce faisant les obstacles aux échanges internationaux - l'Assemblée générale a créé la Commission dont nous célébrons cette semaine le 25ème anniversaire. La CNUDCI n'a pas déçu les immenses espoirs qui avaient été placés en elle. Sa principale réussite est d'avoir fait participer tous les pays au processus de création et d'amélioration des lois qui régissent les relations économiques internationales privées.

La Commission mérite tout autant d'être félicitée pour ses nombreux autres succès, mais je m'en tiendrai aujourd'hui à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises 4/. Nous savons que cette loi uniforme est le couronnement d'un travail d'un demi-siècle, et qu'elle a été largement adoptée par de nombreux pays développés et en développement. Mais ce qui donnera la véritable mesure du succès de la Convention, c'est sa capacité de répondre efficacement aux besoins du commerce international moderne - principal souci de ses rédacteurs.

Il est de fait que la Convention remplace certaines règles internes désuètes par un "droit moderne ... qui [convient] aux transactions de caractère international" 5/. Elle encourage également l'équité dans le commerce international après avoir débarrassé le terrain - au moins partiellement - des "pièges et embûches" 6/ que recèlent les systèmes juridiques nationaux. Cela est particulièrement important pour les parties qui sont économiquement défavorisées et n'ont qu'un accès limité à des services juridiques. Elle est souple, en ce sens qu'elle permet aux parties de déroger à presque toutes ses règles, et laisse donc une grande place à l'autonomie des parties. Enfin, elle substitue le droit positif des contrats à l'interaction répétée des règles du droit international privé, et rend donc moins nécessaire le recours à l'analyse de conflits de lois 7/.

---

* Les vues présentées dans ce document sont celles de l'auteur et ne constituent pas une prise de position officielle de la Section du droit international et de la pratique de l'American Bar Association.

Historiquement, les rédacteurs ont vu dans l'imprévisibilité résultant du conflit de lois le premier mal à éliminer. Si les parties ne se sont pas mises d'accord sur le droit qui régit leur contrat, on ne peut savoir avec certitude quel droit s'appliquera en cas de litige; et même lorsqu'elles ont exercé leur autonomie, le droit qu'elles ont choisi risque de ne pas s'appliquer à une question controversée si d'importantes considérations d'intérêt général - règles dites d'ordre public ou impératives - l'emportent sur leur choix. Ainsi, l'incertitude quant au droit applicable freine le processus de négociation et de rédaction, complique le règlement des litiges transnationaux, et grève les échanges internationaux en imposant des coûts de transaction élevés. La Convention réduit sensiblement ce type d'incertitude en permettant de recourir aux règles du droit privé international seulement lorsqu'une question litigieuse est exclue du champ d'application de la loi uniforme ou lorsqu'un tribunal est incapable de trouver des principes généraux suffisants pour régler une question "régie par la Convention mais non expressément tranchée par elle" 8/.

C'est ainsi que l'article 4 a) "réintroduit la méthodologie des conflits que la Convention avait pour but d'éliminer" 9/, exclut l'examen des questions de validité au sein de la communauté internationale et entrave l'élaboration d'un recueil international de jurisprudence pour guider les parties et leurs conseillers. Cela dit, son impact sur le plan pratique dépend de l'importance commerciale des questions qui sont exclues de l'ordre juridique international. La plupart des questions de validité qui sont ainsi réservées à l'ordre juridique interne - telles que la fraude, la violence, l'illégalité, l'immoralité, et peut-être aussi l'erreur et la présentation erronée des faits - occupent peu de place dans le processus de planification des contrats de vente internationale de marchandises. Et s'il est vrai que leur exclusion de la loi uniforme introduit une incertitude quant au droit applicable en cas de litige, elle ne menace pas sérieusement l'intégrité de l'ordre juridique international pour les ventes internationales. Du reste, la Commission a reconnu, lors de la rédaction de la Convention, que ces problèmes étaient relativement peu importants dans les échanges internationaux.

Parmi les questions exclues, il en est néanmoins qui ont une grande portée pratique pour les partenaires à une transaction internationale et pour leurs avocats. Je veux parler des règles internes qui permettent aux tribunaux de contrôler les clauses abusives, déraisonnables ou excessives. Il est presque universellement admis que ce sont là des règles de validité qui s'appliquent aux contrats de vente internationale de marchandises du fait de l'article 4 de la Convention. Ces règles internes jouent un rôle fondamental pour les clauses qui "restreignent, excluent ou modifient un engagement, droit ou recours qui résulteraient autrement d'une relation juridiquement reconnue entre les parties à un contrat de vente de marchandises" 10/. De telles dispositions contractuelles sont diversement appelées clauses d'"exonération", d'"exclusion", de "non-responsabilité" ou de "déni de responsabilité".

Il n'est pas exagéré de dire que l'on trouve des clauses d'exonération dans presque tous les contrats de vente internationale de marchandises qui comportent un écrit, et que ces clauses ont une importance pratique considérable. Le principal souci des juristes qui rédigent des contrats individuels ou des contrats types de vente internationale de marchandises est de prévoir des clauses de garantie et des clauses de limitation de la responsabilité qui soient claires - et exécutoires. De nombreux praticiens du droit m'ont dit qu'ils souhaitaient être mieux guidés dans ce domaine.

Il est essentiel que les parties puissent excercer leur liberté contractuelle de répartir les risques. Pour pouvoir le faire correctement, il faut qu'elles soient en mesure (elles-mêmes ou leurs avocats) de déterminer s'il est possible de répondre aux voeux du client - et, dans l'affirmative, par quels moyens. Dans un contrat négocié individuellement, les parties peuvent en général éliminer l'incertitude en choisissant le droit applicable. Elles n'en risquent pas moins d'être confrontées à un problème si les conditions de validité des clauses d'exonération ne sont pas claires dans le droit interne applicable.

L'incertitude revêt un caractère plus aigu pour les parties à un échange international ou pour les juristes qui rédigent les contrats types qu'utiliseront leurs clients dans les opérations d'exportation. Le rédacteur ne peut contrôler facilement le droit applicable lorsqu'il y a une bataille des formules. Je crois qu'une grande proportion des contrats de vente internationale des marchandises donne lieu à une telle bataille. Je crois aussi que la Convention régira ces contrats, sauf dans les rares cas où les formules des deux parties désignent le même droit ou précisent toutes les deux que la Convention ne s'appliquera pas. Lorsque la Convention est le droit applicable, il peut arriver que l'évaluation de la validité d'une clause d'exonération rédigée par le conseiller du vendeur relève d'un droit étranger 11/, car il est concevable qu'un tribunal applique le droit interne et non un droit étranger lorsqu'un acheteur local intente une action auprès d'un tribunal local contre un vendeur étranger, même si les règles modernes de droit international privé semblent favoriser l'application du droit de l'Etat où le vendeur a son établissement. Par exemple, la règle du conflit de droits des articles 1 à 105 du Code de commerce uniforme est suffisamment souple pour que cela soit possible. Autrement dit, une clause d'exonération dans un contrat préparé par un vendeur étranger pourrait être évaluée en vertu du caractère excessif ou d'un autre critère figurant dans le Code de commerce uniforme. Il va de soi que le même sort peut être réservé à l'étranger aux exportateurs des Etats-Unis. Sauf à savoir clairement quel droit s'appliquera en dernier ressort pour déterminer la validité d'une clause d'exonération, l'avocat du vendeur se trouve confronté à un problème de rédaction. Il ne s'agit pas là de subtilités juridiques : les clauses d'exonération sont souvent la clef des droits et obligations des parties contractantes. Je joins ma voix à celle d'un certain nombre d'autres commentateurs pour regretter que des questions aussi fondamentales aient été exclues de la loi uniforme sur la vente internationale 12/.

Je voudrais demander instamment à la Commission d'étudier les problèmes entourant les questions essentielles de la garantie, de la limitation de responsabilité et de l'utilisation de formes types dans les contrats de vente internationale de marchandises et de rechercher des moyens appropriés pour guider les opérateurs internationaux et leurs avocats. L'incertitude serait moins grande s'il existait des règles uniformes de droit international privé pour la validité quant au fond ou à la forme. On en trouve dans la Convention de La Haye de 1985 sur le droit applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, mais je ne peux, en toute bonne foi, affirmer que je les comprends.

Je pense qu'il serait utile d'élaborer des textes types proposant diverses clauses approuvées de garantie et des clauses correspondantes de limitation de la responsabilité, parmi lesquelles les parties pourraient choisir. Le Guide de la Chambre de commerce internationale sur les clauses pénales et les clauses de dommages-intérêts 13/ pourrait, à cet égard, servir

utilement de modèle. A tout le moins, le fait d'expliciter diverses options contribuerait à faire en sorte que le prix négocié reflète mieux la répartition envisagée des risques. Mais finalement, je ne crois pas que la clause type apporte une solution suffisante au problème des clauses d'exonération, lesquelles - à l'instar des clauses pénales et des clauses de dommages-intérêts - sont en dernière analyse résolubles en vertu des règles particulières de la juridiction nationale dont il se trouve que la loi s'applique.

Dans l'intérêt de la prévisibilité et de l'équité, je voudrais encourager la Commission à étudier s'il serait possible de réaliser une certaine unification pour ce qui est de la validité des clauses d'exonération dans un contexte transnational. Un ensemble moderne, équitable de normes internationales "serait un guide utile pour la rédaction" des contrats individuels et des contrats types, fournirait une "base juridique reconnue" à ces contrats et faciliterait leur interprétation 14/. Même une norme générale - comme le caractère abusif flagrant dont il est question à l'article 6.4.13 des principes de l'UNIDROIT pour les contrats de commerce international 15/ - conduirait à terme à la constitution d'une doctrice en matière de validité des ventes internationales et encouragerait l'élaboration progressive du droit international et sa codification. Nous devrions nous atteler à l'élaboration de normes internationales pour l'appréciation des conditions inéquitables, déraisonnables ou excessives des contrats. Quel meilleur moyen "d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international" 16/ ?

Nous ne devrions pas nous dérober à cette tâche simplement parce qu'elle soulève des questions "d'intérêt public". Quelles qu'aient pu être les bonnes raisons, au cours de l'histoire, qui ont empêché les efforts d'unification dans ce domaine, elles n'ont plus la même force aujourd'hui. Les pays ont de plus en plus admis que les besoins du commerce international pouvaient primer sur les considérations traditionnelles d'intérêt public et ils ont travaillé à l'unification dans des domaines - tels que la prescription 17/ et le droit de propriété - considérés jadis comme trop complexes ou controversés. Certains d'entre vous se souviendront peut-être des débats qui ont eu lieu lors des préparatifs de la Convention de La Haye de 1964 qui a abouti à la loi uniforme sur la vente internationale de marchandises ("ULIS") 18/ au sujet de la question vivement contestée des garanties pour les animaux vivants. Le professeur Tunc a fait observer à un moment qu'"il avait l'impression qu'une certaine inquiétude s'était manifestée en 1930 par rapport au droit romain, et qu'elle s'était transmise de génération en génération sans que le problème soit réexaminé" 19/. Nous devrions, nous aussi, surmonter notre inquiétude héréditaire et réexaminer la possibilité d'une unification dans des domaines jusqu'ici tabous, où une norme internationale nous aiderait dans la poursuite de nos objectifs.

Ernst Rabel était convaincu que l'utilité d'une loi uniforme sur les ventes dépendait de la mesure dans laquelle elle ferait passer des questions contractuelles importantes du domaine interne au domaine international. En particulier, il pensait qu'une loi internationale sur les ventes devrait instituer des règles pour le plus grand nombre possible de "questions qui sont impératives ou qui échappent au moins partiellement à l'autonomie des parties" 20/. Or, la validité des clauses d'exonération est une question importante qu'il faut soustraire au droit interne et l'intégrer au droit international. Afin de résoudre les problèmes pratiques liés aux différences de règles nationales en la matière, il nous faut nous acheminer petit à petit vers un nouveau consensus dans des domaines où les considérations traditionnelles d'intérêt public national font par trop obstacle à l'autonomie contractuelle des opérateurs internationaux.

MICHAEL L. SHER
Membre du barreau de l'Etat de New York, du barreau du district de Columbia et de l'Association du barreau de la ville de New York

C'est pour moi un honneur et un plaisir d'avoir l'occasion unique, en ce jour du vingt-cinquième anniversaire de la CNUDCI de faire devant cette prestigieuse assemblée quelques observations sur les conséquences pratiques de la Convention des Nations Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises et pour la pratique du droit à New York du point de vue des membres du barreau new-yorkais, qui se compose à la fois d'avocats du secteur privé et de juristes de sociétés multinationales axées sur le marché américain et ayant une antenne à New York.

Je participe à ce Congrès de la CNUDCI en tant que représentant et membre de l'Association du barreau de la ville de New York et de son Conseil pour les affaires internationales.

S'il est vrai que la ville de New York est l'un des principaux centres commerciaux et financiers des Etats-Unis et que la législation et le système judiciaire de l'Etat de New York sont représentatifs de ceux des autres Etats américains, je n'essaierai nullement, dans ce qui suit, d'accréditer l'idée que la situation qui existe dans la ville ou dans l'Etat de New York est le reflet exact de ce qui se passe dans d'autres villes, d'autres Etats ou d'autres régions des Etats-Unis, voire dans tout le pays.

Avec la diminution de l'éloignement et de l'isolement relatifs de tous les pays du monde, à l'Est comme à l'Ouest, au Nord comme au Sud, dans les régions développées comme dans les régions en développement, par suite des progrès de la navigation aérienne - les avions sont de plus en plus rapides, de plus en plus gros et les coûts ne cessent de baisser -, l'avènement des moyens de télécommunications bidirectionnelles instantanées reposant sur des supports audio, visuels et papier grâce aux télécopieurs et à l'ordinateur, la succession relativement récente d'événements allant dans le sens d'une harmonisation des systèmes sociaux, économiques et politiques, de transmission immédiate des reportages et la diffusion tout aussi rapide des nouvelles à l'échelle mondiale grâce aux organisations mondiales de collecte de l'information, il y a un besoin croissant, selon une progression géométrique, d'harmoniser le système juridique qui régit et favorise le commerce et la communication, y compris les contrats de vente internationale de marchandises. Ce système repose sur des lois, des règles et des dispositions et sur les procédures utilisées pour prendre et faire connaître les décisions de justice.

Les Etats-Unis d'Amérique ont été l'un des premiers Etats souverains à ratifier la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, qui a été adoptée par la Conférence diplomatique des Nations Unies à Vienne (Autriche), le 11 avril 1980. Les Etats-Unis l'ont signée le 31 août 1981 et ont achevé leur processus de ratification le 9 octobre 1986. Le 11 décembre 1986, ils ont déposé, en même temps que l'Italie et la République populaire de Chine, leurs instruments de ratification auprès du Secrétariat des Nations Unies, comme l'avaient fait avant eux huit Etats, ce qui a permis à cette Convention d'entrer en vigueur le 1er janvier 1988. Les Etats-Unis ont été fiers et s'enorgueillissent encore aujourd'hui d'être l'une des 11 premières parties contractantes à la Convention.

La rapidité relative avec laquelle les Etats-Unis ont ratifié la Convention après l'avoir signée et le fait que le Sénat américain a voté à l'unanimité en faveur de sa ratification (98 pour et zéro contre) a peut-être contribué à faire croire, à tort, que les Etats-Unis l'appliqueraient avec la même célérité et la même unanimité de façon systématique. Or, depuis la ratification par le Sénat, le 6 octobre 1986, l'enthousiasme qu'avait pu susciter la Convention, semble avoir fait place à un attentisme pragmatique, cet instrument ayant été peu utilisé dans l'ensemble.

Il est stipulé expressément dans la Constitution des Etats-Unis que cette dernière, la législation des Etats-Unis et tous les instruments internationaux dont les Etats-Unis sont signataires ou qu'ils ont ratifiés, font partie de la législation du pays et de celle de chacun de ses cinquante (50) Etats, au même titre que la législation "locale" de ces Etats. Ainsi, la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, que les Etats-Unis ont signée et ratifiée et à laquelle ils sont parties, a force de loi aux Etats-Unis et dans chacun des 50 Etats qui les composent.

En outre, au moment où ils ont ratifié la Convention, les Etats-Unis ont tenu à faire une réserve en ce qui concerne le paragraphe 1 b) de l'article premier. Selon cette réserve, tant que d'autres Etats ne seront pas devenus parties contractantes à la Convention, il sera nécessaire de prévoir une limite aux contrats de vente internationale de marchandises pour lesquels la Convention constitue automatiquement le droit applicable aux Etats-Unis. Or, deux des principaux partenaires commerciaux des Etats-Unis, le Japon et le Royaume-Uni, ne sont pas parties à cette Convention.

En préparant mon exposé, j'ai souhaité connaître l'avis de plusieurs membres du barreau de l'Etat de New York et d'autres juristes qui avaient tous de bonnes raisons de s'intéresser à cette question. J'ai eu des entretiens confidentiels, avec des avocats du secteur privé, des représentants du Conseil général, des juristes de sociétés multinationales axées sur le marché américain et des universitaires, dont des professeurs de plusieurs écoles de droit de New York. Afin de disposer d'une base de comparaison et d'avoir d'autres points de vue, je me suis également entretenu avec des membres du barreau de quelques Etats souverains.

En outre, j'ai consulté la base de données informatisée la plus complète et la plus récente qui soit pour retrouver les décisions rendues par les tribunaux des Etats-Unis, les tribunaux de l'Etat de New York et les tribunaux d'autres Etats américains et vérifier s'il y était question de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises afin, le cas échéant, de me rendre compte de la mesure dans laquelle cette convention était appliquée.

Actuellement, il n'y a pas, ni dans l'Etat de New York, ni dans aucun autre Etat des Etats-Unis, de corps de jurisprudence ou d'autres textes officiels, tels que les avis du Ministre de la justice ou d'autres instances gouvernementales, concernant la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises auxquels les juristes puissent se référer pour établir et formuler un jugement professionnel dans ce domaine. Comme on le sait, en droit anglo-américain, l'interprétation des tribunaux pour ce qui est du droit écrit, que l'on appelle le principe du stare decisis, joue un grand rôle. Il est connu aussi que les décisions judiciaires, dans les pays de droit continental, ne revêtent pas la même importance. En conséquence, si l'absence d'une jurisprudence pour adopter ladite convention en tant que

législation type régissant la vente internationale de marchandises n'est pas véritablement un obstacle pour les pays de droit continental, il en va tout autrement aux Etats-Unis ou dans les autres pays de common law.

La CNUDCI a adopté une procédure pour établir une compilation, à l'échelle mondiale, des décisions rendues par les tribunaux en ce qui concerne la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, mais il n'y a encore que quelques décisions à y inclure.

Aux Etats-Unis, il n'existe pas de recueil important de jurisprudence ou d'autres documents faisant état de cette Convention. Dans une seule affaire, toute récente, puisque le jugement a été rendu le 14 avril 1992, la Convention a été dûment mentionnée par l'instance judiciaire, en l'occurrence le tribunal de district des Etats-Unis statuant pour le district sud de New York. Il s'agit de l'affaire Filanto, s.p.a., contre Chilewich International Corp. (91 Civ. 3253 (CLB), USDC/SDNY, 1992, U.S. Dist. Lexus 5011, 14 avril 1992).

Dans l'affaire Filanto, il a été fait valoir que c'était la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises qui était d'application en matière de vente. Le juge Charles L. Brieant a souligné dans son avis que "les 'principes généraux du droit des contrats' applicables dans cette affaire, ne renvoient pas au Code du commerce uniforme, mais que le 'droit fédéral des contrats' qui s'applique est celui qui figure dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, appelée également 'Convention sur les ventes', codifié dans l'annexe 15 U.S.C. (West Supp. 1991)". Toutefois, dans l'affaire Filanto, la décision finale n'a pas été prise en fonction de l'instrument juridique considéré comme appplicable en la matière, c'est-à-dire la Convention ou le Code de commerce uniforme. On peut donc dire qu'il n'y a pas eu aux Etats-Unis de cas où la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises ait été considérée comme le droit positif déterminant.

Etant donné que les Etats-Unis se fondent dans une large mesure sur l'interprétation jurisprudentielle du droit écrit, l'absence de décisions de justice en ce qui concerne la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises a été et reste un obstacle considérable à son adoption, et son utilisation en tant que législation type pour les contrats de vente internationale de marchandises.

Etant donné que les juristes new-yorkais n'ont apparemment pas eu à établir aux Etats-Unis de contrats auxquels s'applique la Convention sur les ventes, on ne saurait s'étonner que les tribunaux de l'Etat de New York ou d'autres tribunaux des Etats-Unis n'aient rendu que très peu de décisions de justice aux termes desquelles la Convention est le droit applicable en matière de vente. C'est un cercle vicieux !

Bien que la CNUDCI ait adopté une procédure pour compiler les décisions de justice concernant cette Convention, le nombre des décisions figurant dans cette compilation est actuellement, à l'échelle mondiale, très limité. Une fois que les tribunaux commenceront à statuer en la matière, il existera un certain nombre de décisions auxquelles les juristes devraient pouvoir accéder de façon immédiate.

La deuxième source d'information utilisée vers laquelle se tourne le juriste new-yorkais pour l'interprétation des lois est le commentaire

officiel, qui se présente parfois sous la forme d'un rapport établi par des experts ou comité chargé de la révision des lois. Cependant, aucun commentaire officiel n'a été fait à propos de la Convention. En conséquence, cette deuxième source d'information n'est pas disponible pour le juriste de New York ou d'ailleurs.

La troisième source d'information dont on dispose est l'excellent commentaire non officiel du professeur John O. Honnold (Secrétaire de la CNUDCI de 1969 à 1974). Il y a aussi les autres écrits de M. Honnold, ceux de de M. E. Alan Farnsworth, ainsi que le "Guide des applications pratiques de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises" de M. Albert H. Kritzer (Kluwer Law and Tax Publishers, Boston, 1988, publication sous forme de feuillets mobiles régulièrement mis à jour) qui présente matériellement, sous forme de colonnes, d'un côté, une analyse et des observations portant sur la Convention et, de l'autre, la version générale du Code de commerce uniforme.

Ainsi, à part ces travaux et les travaux érudits de personnalités aussi renommées et respectées que les professeurs Farnsworth et Honnold, ou M. Kritzer, il n'existe pas de source traditionnelle susceptible de fournir régulièrement à un juriste consciencieux de New York ou, j'imagine d'une autre ville des Etats-Unis, des informations tout à la fois à jour, faisant foi et pratiques sur la Convention.

Au moment de la formation d'un accord, y compris de contrats de vente internationale de marchandises, les juristes souhaitent pouvoir se référer à une législation fiable. Or, c'est cette fiabilité qui fait défaut aujourd'hui !

Les écoles de droit de New York ne consacrent pas une part importante de leurs programmes d'enseignement à l'étude de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises. Dans une de ces écoles en particulier le temps imparti à l'étude de la Convention a même été réduit. Les associations d'avocats, les écoles de droit et autres sources de formation juridique permanente des hommes de loi n'ont organisé récemment aucun cours ou programme de quelque envergure sur la Convention.

Les avantages qui peuvent être tirés de l'application d'une loi ou d'une convention promise à une large utilisation, mais n'ayant pas encore atteint ce stade, ne présentent pas, globalement parlant, un attrait suffisant pour qu'un avocat de New York (ou son client) abandonne le refuge sûr et le confort professionnel que lui offre le Code de commerce uniforme auquel il est habitué et qu'il comprend bien, ou tout autre instrument juridique pertinent du même type, pour s'aventurer sur le terrain incertain de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises.

Chacun sait qu'aux Etats-Unis, il y a plus d'avocats que dans les autres pays, que leur nombre, rapporté à leur clientèle potentielle, est parmi les plus élevés du monde et que les particuliers et les sociétés ont l'habitude de consulter leur conseiller juridique avant de prendre une décision grave ou de faire une démarche importante, ce qui leur vaut une réputation de procéduriers. Les avocats se montrent prudents et circonspects lorsqu'ils donnent un avis ou rendent des services professionnels; un peu trop même, selon certains. L'incertitude quant à l'interprétation et, partant, quant à l'application de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises rendent l'avocat new-yorkais méfiant, ce qui explique sa

réticence à invoquer la Convention. Il préfère ne pas l'appliquer pour faire appel à une législation qu'il connaît mieux et avec laquelle, par conséquent, il se sent plus à l'aise. Il aura donc tendance à renoncer à utiliser un instrument peu connu même s'il a des chances, en appliquant le droit encore mal défini de la Convention d'obtenir un résultat plus favorable pour lui et pour son client que celui auquel il aboutira en appliquant le droit bien établi d'un instrument qui lui est plus familier, à savoir le Code de commerce uniforme.

Afin d'assurer l'application d'une législation donnée lors de l'établissement d'accords, y compris de contrats régissant la vente internationale de marchandises, l'avocat new-yorkais appelé à établir ce genre de document recourt en principe à une disposition sur le droit applicable.

La forme la plus simple d'une clause type sur le droit applicable est la suivante :

"Le présent accord est régi par le droit de l'Etat de New York."

Ce genre de clause, à quelque variante près, est normalement utilisé pour l'établissement de contrats de différents accords et autres documents. Toutefois, en raison de la disposition prévue par la Constitution des Etats-Unis pour ce qui est des contrats de vente internationale de marchandises, dont j'ai déjà parlé tout à l'heure, dans le cadre de cette procédure, c'est la Convention qui s'applique et non le Code de commerce uniforme, tel qu'adopté par l'Etat de New York.

Indépendamment de l'intérêt des parties, une telle clause devrait figurer dans le texte de façon particulière et spécifique et se rapporter expressément au fond, de sorte que son sens et son effet soient clairs et compréhensibles pour toutes les parties. Voici un exemple de clause sur le droit applicable aux termes de laquelle les parties au contrat renoncent clairement à appliquer la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises.

> "Les droits et obligations des parties au présent Accord ne sont pas régis par les dispositions de la Convention de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, mais par le droit de l'Etat de New York, et notamment les dispositions du code de commerce uniforme."

Voici un autre exemple :

> "Les droits et obligations des parties liées par le présent Accord ne doivent pas être interprétés ou régis en fonction de la Convention de 1980 des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (connue parfois sous le nom de "Convention de Vienne de 1980); ils seront interprétés et régis en fonction du droit positif interne, local ou national de l'Etat de New York, et notamment, sans restriction aucune, des dispositions du Code de commerce uniforme, tel qu'adopté par l'Etat de New York (Code consolidé de McKinney), droit sur lequel sont appelés à se prononcer les tribunaux de l'Etat de New York."

Les résultats obtenus en appliquant le droit local de l'Etat de New York (c'est-à-dire le Code de commerce uniforme, tel qu'adopté par l'Etat de New York) étant parfois diamétralement opposés à ceux que l'on obtiendrait en appliquant la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, les avocats new-yorkais peuvent, afin de maintenir une certaine

cohérence dans les activités commerciales de leur clients, continuer à renoncer à appliquer ladite Convention.

Afin d'éviter à leurs clients d'être liés de façon fortuite et inattendue par un contrat régissant la vente internationale de marchandises, ils peuvent également prévoir dans un tarif, un catalogue, etc., une clause sur le droit applicable rejetant expressément l'application de la Convention et spécifiant de façon précise le droit à appliquer pour l'interprétation du contrat.

Conformément au Code de commerce uniforme, un document écrit et signé par les parties est généralement exigé pour établir un contrat exécutoire régissant la vente de marchandises. Ainsi, la publication par un vendeur potentiel d'un tarif et la commande passée ensuite par un acheteur potentiel ne se traduiront pas nécessairement par la formation d'un contrat portant sur la vente des marchandises commandées par ledit acheteur. Si c'était la Convention qui s'appliquait, on aboutirait probablement au résultat inverse. Un contrat régissant la vente internationale de marchandises peut être considéré comme ayant été formé au moment où l'acheteur potentiel a passé sa commande. Par conséquent, afin d'éviter à son client d'être lié, de façon fortuite et inattendue par ce genre de contrat, l'homme de loi aura tout intérêt à inclure dans le tarif, dans le catalogue, etc., une clause de sauvegarde restrictive spécifique. Voici un exemple de clause de ce genre :

> "Le présent tarif (catalogue, etc.) ne constitue pas une offre de vente à laquelle ont souscrit les parties, mais simplement une invitation adressée au public afin qu'une offre soit faite pour acheter les marchandises aux prix indiqués, offre qui est sujette à l'acceptation des parties."

Dans le droit anglo-américain, un témoignage verbal peut être ajouté pour expliquer mais non modifier un accord écrit. Ainsi, les juristes new-yorkais incluront une clause à cet effet afin de limiter la portée de l'accord conclu aux seules dispositions figurant dans le document signé par les parties. Un exemple d'une clause substitutive de ce genre pourrait être le suivant :

> "Le présent Accord constitue l'accord intégral établi entre les parties et remplace tous les autres accords, communications, échanges de correspondance, négociations et propositions intervenus précédemment entre les parties."

En outre, la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises tolère le témoignage verbal qui est en fait contraire aux principes du droit anglo-américain. Ainsi, un juriste new-yorkais cherchera peut-être à renforcer l'application de la Convention en recourant à une clause substitutive plus ferme, comme celle-ci par exemple :

> "Le présent Accord constitue l'accord intégral établi entre les parties et, par dérogation à l'article 8 de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, remplace tous les accords, communications, échanges de correspondance, négociations et propositions intervenus précédemment entre les parties."

Les écoles de droit de New York ne consacrent pas une part importante de leurs programmes d'enseignement à l'étude de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises.

A la lumière des ouvrages que j'ai pu consulter et à la suite des conversations que j'ai eues avec des enseignants de certaines écoles de droit de New York, il ne semble pas y avoir eu de véritable action concertée de quelque ampleur à propos de la Convention ou en faveur de son adoption en tant que référence type pour la négociation et l'établissement de transactions impliquant la vente internationale de marchandises.

Les associations d'avocats, les écoles de droit et autres dispensateurs de programmes de formation juridique permanente des avocats n'ont pas organisé de cours ou de programmes de quelque envergure sur la Convention.

En ce qui concerne les commentaires, guides, manuels, monographies et traités consacrés à la Convention, il convient de citer les ouvrages de deux éminents experts en la matière, les professeurs Farnsworth et Honnold. Afin de pouvoir disposer d'éléments de comparaison, je me réfère volontiers aux commentaires, guides, manuels, monographies et traités qui présentent de façon synoptique, sous forme de colonnes, d'un côté le texte officiel de la Convention assorti de commentaires, et de l'autre le droit actuellement appliqué et appelé à être remplacé par la Convention. Un excellent ouvrage à cet égard est le Guide des applications pratiques de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.

En réponse à la demande de la CNUDCI de lui indiquer quelles mesures seraient susceptibles de favoriser l'application de la Convention à l'échelle mondiale, j'aimerais faire observer que la CNUDCI se trouve aujourd'hui dans une situation semblable à celle qui existait aux Etats-Unis, il y a une trentaine d'années, lors de l'adoption et de la mise en oeuvre du Code de commerce uniforme dans les 50 Etats américains.

On assiste aujourd'hui à une implosion des groupements régionaux traditionnels qui s'étaient constitués dans le domaine économique et politique, à l'Est comme à l'Ouest, au Nord comme au Sud, entre pays en développement et pays développés. Les organisations et les associations commerciales multinationales, telles que la Communauté européenne, prennent de plus en plus d'importance. Les échanges entre Etats souverains et organisations se développent à un rythme exponentiel. Les systèmes de communications instantanées à double sens, par voie orale ou écrite, sont maintenant chose courante; la réglementation des pratiques et des procédures commerciales va certainement dans le sens des intérêts de tous. Le moment est venu de procéder à une harmonisation du droit commercial, qui répondra finalement à l'attente des parties commerciales dans toutes les parties du monde.

L'harmonisation réelle, c'est l'harmonisation à la fois du droit écrit et de la jurisprudence.

Il y a une trentaine d'années, la communauté juridique des Etats-Unis se trouvait confrontée à une situation semblable à celle que connaît aujourd'hui la CNUDCI. A l'époque, des exégètes et des experts avaient établi le Code de commerce uniforme, qui constituait un profond remaniement de l'ensemble du droit commercial régissant les pratiques, procédures et usages généralement suivis par les milieux commerciaux américains. Dans tout le pays, les juristes avaient manifesté quelques réticences à l'idée de devoir abandonner le confort et la sécurité que leur offrait une législation qu'ils connaissaient bien et à laquelle ils étaient habitués, telle que la Loi uniforme sur les ventes (Uniform Sales Act). Non seulement ils ne voulaient

pas consacrer leur temps libre et leur énergie à étudier la nouvelle législation, à savoir le Code de commerce uniforme, mais ils ne voyaient pas non plus comment les tribunaux pourraient régler les controverses qui ne manqueraient pas de surgir dans ce domaine. L'effort demandé aux juristes, conjugué à l'interprétation jurisprudentielle encore incertaine de cette nouvelle législation a même freiné et paralysé pendant quelque temps l'adoption et la mise en oeuvre générale du Code de commerce uniforme. L'Etat de New York, en raison de l'importance commerciale et financière que représente la ville de New York pour les Etats-Unis, fut pris comme modèle. Dès qu'il eut adopté le Code de commerce uniforme, les autres Etats suivirent rapidement et depuis lors ce Code constitue le droit commercial fondamental aux Etats-Unis. 49 des 50 Etats américains ont depuis longtemps adopté et mis en oeuvre le Code de commerce uniforme; la Louisiane a, dans sa législation, conservé quelques affinités historiques avec le Code civil napoléonien.

Comme dans le cas des Etats-Unis au moment de l'adoption du Code de commerce uniforme par l'Etat de New York, bien que de nombreux Etats souverains qui occupent une place importante dans le commerce international et, en particulier, dans la vente internationale de marchandises aient signé et ratifié la Convention, aucun pays parmi ceux qui jouent un rôle clef dans les échanges internationaux n'a à vrai dire eu recours à la Convention en tant que droit fondamental applicable à la vente internationale de marchandises, et rien ne permet de penser qu'ils le feront tant que de nouvelles mesures d'encouragement ou d'incitation ne seront pas adoptées.

Les programmes mis en oeuvre par la CNUDCI dans les pays en développement, afin d'assurer la promulgation de la Convention en tant que législation type universelle pour les contrats de vente internationale de marchandises entre les parties, sont tout à fait louables. Toutefois, vu la position de négociation généralement plus favorable dont jouissent les parties appartenant à des Etats souverains développés et la réticence manifestée par les juristes de ces Etats à l'idée de devoir accepter la Convention en tant que droit régissant la vente internationale de marchandises, il faudra un certain temps encore avant que la Convention ne soit universellement acceptée en tant que législation type applicable aux contrats de vente internationale de marchandises.

La question qui se pose est donc de savoir comment faire progresser au mieux la mise en oeuvre de la Convention. C'est-à-dire par où commencer ? Dans la situation actuelle, sur quel front la CNUDCI devrait-elle commencer à agir, c'est-à-dire concentrer ses efforts ?

La poursuite des programmes de formation juridique est essentielle. La mise sur pied, à l'intention des étudiants en droit d'aujourd'hui de cours universitaires traditionnels et de programmes consacrés à la Convention, permettrait de disposer, dans quelques années, d'une réserve importante de juristes qui connaîtraient et comprendraient si bien la Convention que celle-ci deviendrait le premier instrument juridique applicable à la vente internationale de marchandises.

La promotion et la diffusion des interprétations jurisprudentielles internationales des dispositions de la Convention sont également essentielles.

La première chose à faire est d'assurer la formation et l'information des membres du barreau afin de pouvoir compter sur des juristes qui connaissent et qui comprennent bien la Convention, ainsi que les affaires et les différends

portés devant des instances judiciaires et autres tribunaux relevant de leur propre juridiction ou d'une autre.

Les instances judiciaires et les tribunaux doivent eux-aussi bien connaître et comprendre la Convention, ce qui sera possible si les arbitres se familiarisent avec la Convention et si les juristes qui y sont habitués deviennent juges. Plus il y aura d'arbitres qui prendront part à l'harmonisation des lois commerciales et de juristes qui deviendront juges après avoir participé à l'harmonisation du droit commercial, plus il sera facile d'assurer l'harmonisation des pratiques jurisprudentielles et des décisions découlant de la Convention.

L'harmonisation du droit écrit reste à peu près sans effet dans la pratique si elle ne s'accompagne pas d'une harmonisation concomitante de l'interprétation jurisprudentielle de ce droit. Tant que ces interprétations n'auront pas valeur de normes et ne seront pas prévisibles par la communauté juridique, les juristes et le Conseil des avocats hésiteront à abandonner des textes familiers et un résultat prévisible pour appliquer la Convention et obtenir un résultat imprévisible.

L'harmonisation de la jurisprudence et des procédures de dédommagement sont d'autant plus difficiles à assurer que les tribunaux des juridictions de common law ont plutôt tendance à accorder des dommages-intérêts en espèces, alors que ceux des juridictions de droit continental prévoient d'autres types de compensation et d'autres formes de réparation équitable. L'harmonisation de la jurisprudence est également entravée par le fait que les tribunaux des différents Etats suivent des règles, des pratiques et des procédures différentes selon le lieu, notamment pour ce qui est des éléments de preuve. Ainsi, les décisions de justice rendues à propos de faits identiques peuvent différer considérablement d'un Etat à l'autre, quant à leur nature, leur date, leur importance et les dédommagements accordés. En raison des divergences pouvant exister d'une décision à l'autre à partir de faits identiques, il est possible que lors de la négociation et de l'établissement d'un contrat de vente internationale de marchandises, il y ait des discussions sérieuses sur le choix d'une disposition concernant le lieu de la juridiction appelée à statuer et sur l'insertion dans le contrat de la mention du lieu choisi pour le règlement de tous les litiges, ainsi que pour ce qui est de la désignation d'une juridiction dans le lieu choisi. Ces divergences en ce qui concerne le règlement définitif d'un litige entre les parties, peuvent remettre en cause l'idée même d'une harmonisation du droit des contrats de vente internationale de marchandises. Or, si l'on veut véritablement harmoniser le droit de ces contrats, il faudra nécessairement harmoniser les décisions de justice découlant de ce droit. Il conviendra, par exemple, d'éviter ce que l'on a appelé le "piège de l'article 16" en ce qui concerne le délai de validité d'une offre et la conclusion d'un contrat.

Afin d'assurer l'acceptation universelle et l'application généralisée de la Convention en tant que droit régissant les contrats de vente internationale de marchandises, il a été proposé que la CNUDCI établisse un Programme d'arbitrage international de litiges fictifs en matière de droit commercial et organise chaque année un concours général ouvert à des équipes représentant les institutions de formation faisant autorité au niveau local et ayant des liens avec le commerce international. Ces équipes seraient composées d'étudiants appartenant à des écoles commerciales de niveau universitaire, à des hautes écoles d'études internationales et à des écoles de droit.

Le Programme d'arbitrage de litiges fictifs proposé constituerait une base solide pour renforcer sensiblement dans tous les secteurs de la communauté universitaire (étudiants, professeurs, éditeurs, etc.) l'intérêt pour la Convention. Ainsi au bout de quelques années, tous ceux qui seraient appelés à s'occuper activement de commerce international seraient déjà familiarisés avec la Convention et par là-même prêts à l'appliquer en tant que législation type pour les transactions relatives à la vente internationale de marchandises dans lesquelles ils seraient intervenus. Des récompenses importantes pourraient être accordées aux équipes, aux avocats, aux professeurs, etc. ayant remporté des succès afin d'assurer une large participation à ce genre d'événement, en incitant les particuliers et les écoles à entrer en lice. Parmi les mesures d'encouragement, je citerai, par exemple, les prix et trophées auxquels on pourrait donner un nom, une activité interne ou externe dans les secteurs public et privé, l'octroi de bourses, la possibilité d'accéder à une carrière professionnelle, la publication de lettres présentées sous forme d'articles, etc.

Un concours d'arbitrage international de litiges fictifs, organisé par la CNUDCI, à partir d'un problème lié aux transactions engagées pour la vente internationale de marchandises à l'intention d'équipes d'étudiants appartenant à des hautes écoles commerciales, à des instituts spécialisés dans les questions internationales et à des écoles de droit, contribuerait à stimuler et à mobiliser de nombreuses personnes du milieu universitaire. La préparation des dossiers à soumettre au Conseil d'arbitrage des litiges fictifs de la CNUDCI ferait intervenir un large éventail de personnes capables d'analyser et de commenter certains problèmes que pose l'application de la Convention dans la réalité et qui seraient repris dans le cas d'école. Le programme d'arbitrage de litiges fictifs ferait également appel à des juristes, des avocats, des arbitres, des académiciens et d'autres personnalités invitées à faire office d'arbitres fictifs pour la CNUDCI.

Il s'agirait de définir des procédures et des méthodes à appliquer dans le monde réel, et ensuite, de les tester et de les affiner dans les situations de simulation imaginées par les candidats au concours, en évitant le risque de créer des interférences inopportunes, prématurées ou indésirables avec des contrats régissant la vente internationale de marchandises.

Etant donné que la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises reflète l'état d'avancement, sur le plan juridique, des techniques utilisées pour la vente internationale de marchandises, le règlement des litiges entre les parties impliquées dans ce genre de transactions pourrait également se faire au moyen d'une technique de pointe, la téléconférence. Les participants des différents pays au concours d'arbitrage des litiges fictifs de la CNUDCI ne seraient alors pas obligés de se réunir pour faire valoir leur point de vue, mais discuteraient oralement par téléconférence. Il y aurait d'abord, de façon traditionnelle, des éliminatoires pour désigner les champions de chaque pays, puis ceux de chaque région dans le cadre de compétitions régionales. Enfin, immédiatement après l'épreuve régionale, les champions régionaux participeraient à l'épreuve finale à l'échelle internationale. Les équipes pourraient rester relativement proches de leurs écoles respectives et des groupes d'arbitres pourraient être en un ou plusieurs endroits. Ainsi, la proximité ou l'éloignement des écoles les unes par rapport aux autres ou par rapport au groupe d'arbitres n'aurait aucune importance pour ce qui est de l'organisation logistique du concours. Du point de vue des fournisseurs des services de téléconférence, le Programme d'arbitrage de litiges fictifs de la CNUDCI serait un banc d'essai pour les

aspects opérationnels et techniques, et une fois l'arbitrage par téléconférence devenu une pratique commercialement viable et juridiquement acceptable, lesdits fournisseurs pourraient invoquer le concours comme une preuve tangible, à l'échelle mondiale, de l'efficacité, des avantages et de la commodité des services et techniques de téléconférence.

Le concours lui-même serait aussi un banc d'essai à la fois pour le mécanisme d'harmonisation des décisions de justice dans le cadre de la Convention et les procédures d'arbitrage de la CNUDCI. Comme je l'ai déjà dit, l'harmonisation du droit écrit, sans harmonisation concomitante des décisions jurisprudentielles, est insuffisante, car l'objectif ultime d'une harmonisation véritablement pratique ne serait alors pas atteint ou ne pourrait l'être de façon réaliste.

Comme deuxième suggestion de mesures à prendre en vue de favoriser l'application universelle de la Convention, je me rallie à l'idée de créer un tribunal suprême international pour régler en définitive les problèmes d'interprétation de la Convention en cas de litiges ou de controverses découlant de l'application de cet instrument. Le tribunal suprême de la CNUDCI permettrait d'optimiser les décisions de justice, il constituerait l'instance décisionnaire suprême en ce qui concerne l'interprétation et l'application de la Convention pour des faits et des questions de droit spécifiés. Seules seraient acceptées par le tribunal suprême de la CNUDCI les demandes émanant de l'instance judiciaire la plus élevée de l'Etat compétente pour les faits et questions considérés. Dans mon esprit, ce tribunal ne saurait être une instance judiciaire traditionnelle de première instance, ni d'appel, ni une sorte de tribunal supranational.

Cela dit, même avec la centralisation des réponses aux questions de droit qui supposent l'interprétation de la Convention et la collecte, la traduction et la diffusion par la CNUDCI des textes des décisions rendues par les tribunaux ou d'autres instances judiciaires dans les différents pays du monde, la décision judiciaire finale dans une affaire donnée, pourra varier d'un Etat à l'autre, en raison des différences dans les règles de la preuve, les critères applicables à la charge de la preuve, les voies de recours possibles, l'importance des réparations en espèces, les retards dus au calendrier, les procédures et pratiques locales, etc. Toutefois, la tentative de parvenir à une interprétation universelle monolithique de la Convention est l'une des étapes obligées pour son acceptation à l'échelle planétaire.

Si un tribunal suprême de la CNUDCI se révélait être un mécanisme efficace pour faire appliquer la Convention, sa compétence pourrait alors être étendue à d'autres aspects et à d'autres conventions de la CNUDCI.

Ma troisième suggestion concerne la création et la gestion par la CNUDCI d'un système centralisé de collecte des décisions de justice. Il s'agirait pour la CNUDCI de mettre en place et d'exploiter une base de données informatisée contenant toutes les décisions relatives à la Convention, y compris celles qui ne font que la mentionner ou s'y référer. Il faudrait que cette base de données soit accessible à partir de n'importe quel ordinateur personnel IBM, compatible IBM ou Macintosh, équipé d'un modem de type courant (1 200 baud ou plus) et qu'elle soit disponible 24 heures sur 24, 7 jours sur 7. Il serait utile pour la CNUDCI et d'autres organes, et probablement possible sur le plan technique, qu'il y ait une interconnexion transparente automatique entre tous les fournisseurs de services de recherche juridique en ligne, tels que Lexus et Westlaw aux Etats-Unis, et la base de données de la

CNUDCI. L'accès à cette dernière et son utilisation devraient être conviviaux et possibles à tout moment sans matériel logiciel ou connexions complexes.

Lorsque les jeunes membres du barreau se seront familiarisés avec la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises et avec l'harmonisation judiciaire des procédures judiciaires relatives à la Convention, il y aura formation d'un "cercle vertueux" et la rapidité du mouvement qui conduira à l'adoption universelle de la Convention en tant que législation type pour les contrats de vente internationale de marchandises ira en s'intensifiant et l'objectif de la CNUDCI à l'égard de la Convention sera atteint.

4. Débat

K. T. S. TULSI
Solicitor-General de l'Inde, New Delhi

Je voudrais suggérer à la CNUDCI qu'elle envisage, parmi ses projets, d'aborder aussi la question de la propriété intellectuelle et du droit des brevets, étant donné la réputation qu'elle s'est acquise dans la rédaction de textes juridiques - lois types ou conventions - qui sont connus pour être les plus équitables pour les différentes parties du monde, développé ou en développement. A mon avis, si la CNUDCI s'attelait à la rédaction de lois types sur les brevets et les droits de propriété intellectuelle, elle contribuerait peut-être de façon substantielle à l'uniformisation des lois commerciales au XXIème siècle. Si je fais cette suggestion, c'est parce qu'à la lecture des propositions de guide et du projet présenté par Arthur Dunkel concernant les négociations d'Uruguay du GATT, j'ai nettement l'impression que le texte pêche par manque de précision ou, par endroit, d'équité. Il est le plus souvent mal interprété, ce qui est peut-être dû au libellé de certaines de ses clauses. Je ne veux pas m'appesantir sur les lacunes relevées dans le texte Dunkel, mais il serait extrêmement souhaitable que la CNUDCI envisage d'aborder ces questions dans son futur programme de travail, afin d'obtenir une plus large acceptation par les gouvernements des propositions relatives au droit des brevets et aux droits de la propriété intellectuelle et de parvenir à l'uniformisation complète des lois commerciales.

PHILIPPE KAHN
Université de Bourgogne, Dijon (France)

Je voudrais revenir sur la suggestion faite ce matin à propos de la Convention sur les contrats de vente. Il me semble qu'en l'espèce et dans bien d'autres cas, le point faible de notre organisation tient à ce qu'il n'y a ni suivi, ni contrôle de ce qui se produit ensuite. La consolidation de la Convention ne fait pas l'objet d'un suivi suffisamment énergique. Il semble qu'à l'heure actuelle la Convention, qui a été appréciée par tous ceux qui la connaissent, souffre de ne pas avoir été suffisamment bien présentée dans les milieux professionnels par les organisations professionnelles. Dans toutes les grandes revues scientifiques, d'éminents chercheurs en ont publié des commentaires qui ont été lus par les meilleurs étudiants et les professeurs eux-mêmes, mais il demeure tout un groupe professionnel qui n'en est pas informé parce que le langage employé était trop technique, trop spécialisé pour leur permettre de se familiariser avec les avantages et les inconvénients de ce type de convention. Je pense qu'aujourd'hui, si l'on veut véritablement assurer le succès de la Convention qui représenterait une solution parfaitement adaptée aux relations commerciales internationales, il faut

s'atteler à la tâche et consacrer beaucoup d'énergie pour porter régulièrement l'ensemble du système à la connaissance des milieux professionnels. On pourrait à cet effet constituer un comité pour le suivi de la Convention dans le cadre de la CNUDCI. On pourrait recruter des responsables dans chaque pays, qui maintiendraient une pression constante sur les cadres des organisations professionnelles les plus concernées, en particulier les barreaux et les associations de juristes. On pourrait faire appel aux mécanismes que la CCI emploie avec succès dans certains domaines en proposant des textes différents de ceux de la Convention, sous forme de solutions types, voire de clauses types.

MARY HISCOCK
Université de Melbourne, Melbourne (Australie)

Compte tenu des discussions précédentes, je voudrais formuler une suggestion concernant les travaux futurs de la Commission. Il s'agit de la force exécutoire des clauses pénales et des clauses de dommages-intérêts dans les opérations internationales. C'est à mon sens l'un des grands clivages existant dans le commerce international et, grâce aux travaux effectués par la CNUDCI dans le domaine de la compensation où cette question est d'une importance singulière et où la négociation des pénalités est devenue un sujet épineux, la force exécutoire serait d'un grand secours pour des pays tels que l'Australie qui est fréquemment au contact de systèmes juridiques où de telles clauses sont reconnues, mais que son propre système ne reconnaît pas; cela veut dire que s'effectuent de nombreuses opérations, dont nous savons qu'elles ne seraient pas exécutoires dans notre système judiciaire. Je pense que cet exemple illustre bien le déclin, partout dans le monde, des formes de vente traditionnelles au cours de la décennie qui a suivi la Conférence diplomatique de Vienne, pour aboutir aux travaux actuels sur la compensation. Aussi voudrais-je demander à la Commission qu'elle envisage de revenir sur le régime des pénalités et des dommages-intérêts libératoires, tout en tenant compte de l'expérience acquise en ce qui concerne la Convention sur les ventes et les travaux sur la compensation.

DONATO CARPIO
Membre de l'Association péruvienne de droit international, Lima (Pérou)

Tout d'abord, je voudrais revenir sur la suggestion visant à appeler l'attention sur l'importance capitale de la phase de suivi et sur la nécessité de renforcer les mécanismes d'acceptation, d'approbation, ou de ratification de la Convention sur les ventes. A cet égard, nous proposons que la CNUDCI s'efforce de réunir les sections nationales qui seraient habilitées par elle à jouer un rôle essentiel en influençant le point de vue juridique et politique de chaque pays afin de promouvoir la ratification. Je pense que c'est l'un des objectifs finaux, l'un des objectifs majeurs de la CNUDCI et que nous le négligeons. Mais cette proposition serait incomplète si elle ne s'accompagnait, dans la mesure du possible, d'une campagne visant à promouvoir la signature de la Convention. Il ne devrait pas y avoir trop de réserves. Il faut que les pays comprennent qu'il existe une certaine souplesse et qu'ils soient encouragés à intégrer tout ou partie de la Convention dans leur droit interne. Je ne crois pas que les réserves soient l'aspect capital. Si 34 pays ont approuvé et ratifié la Convention, 20 d'entre eux ont émis des réserves. Cela étant, je crois que nous devons nous demander ce que nous sommes en train d'unifier, ce que nous cherchons à uniformiser dans le droit commercial international.

ANA QUIÑONES ESCAMEZ
Université centrale de Barcelone, Barcelone (Espagne)

Je voudrais insister sur le rôle de l'applicabilité de l'alinéa b) de l'article premier du chapitre premier de la Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises et sur la réserve faisant l'objet de l'article 95. A l'origine, j'avais cru que l'alinéa b) de l'article premier était superflu, puisque que les Etats parties à la Convention devaient s'y conformer lorsque la règle d'applicabilité était intégrée dans leur loi, mais que les Etats qui ne sont pas parties à la Convention sur les contrats de vente pouvaient aussi l'appliquer par une clause additionnelle. Or, la réserve prévue à l'article 95 est pernicieuse. Dans bien des cas, mieux vaudrait ne pas ratifier la Convention que la ratifier en l'assortissant des réserves prévues à l'article 95 puisque, comme nous l'avons déjà indiqué, tous les Etats ne sont pas parties à la Convention.

Afin d'éviter un conflit de lois à cet égard, la Conférence diplomatique sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises (La Haye, 1986) a préparé, avec le concours de la CNUDCI, la Convention de 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, laquelle n'a pas eu d'écho jusqu'ici puisque seule l'Argentine l'a ratifiée pour des raisons que nous ne pouvons analyser maintenant, la discussion ayant été politisée. Tout cela m'incite à souligner la nécessité d'approfondir la question de l'uniformisation du droit et du droit international privé.

PROFESSEUR DONALD KING
Faculté de droit, Université de Saint-Louis, Missouri (Etats-Unis d'Amérique)

En ce qui concerne les travaux futurs de la CNUDCI, je voudrais suggérer que certains des points omis à juste titre dans le passé mériteraient peut-être qu'on s'y intéresse aujourd'hui. On a dit que le commerce international et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises n'avaient aucun effet sur les consommateurs et les biens de consommation. Mais, si nous regardons la réalité en face, nous voyons que les consommateurs sont fortement touchés par les transactions conclues entre les hommes d'affaires qui expédient les marchandises; or, un consommateur américain doit-il être traité différemment d'un consommateur africain ou autre ? Nous vivons dans le même monde, sous le même soleil, la même lune et le même ciel. Pourquoi devrions-nous être traités différemment en ce qui concerne la qualité des marchandises et la publicité qui est mensongère, et les autres pratiques qui existent en matière de consommation ? Je crois que la CNUDCI devrait inclure les consommateurs dans ses travaux futurs.

L'autre point qui n'a pas été abordé avait trait à la validité des contrats comportant des clauses abusives. J'estime que nous ne devrions pas avoir de réticence à traiter de l'éthique commerciale, en approfondissant les notions d'indélicatesse et de bonne foi et en définissant d'autres normes internationales, car il existe des normes fondamentales d'honnêteté qui s'appliquent à tout un chacun, que ce soit aux Etats-Unis, en Asie, en Afrique ou en Europe : il conviendrait de régler la question des normes minimales d'honnêteté et d'éthique commerciale.

Se pose enfin la question de l'uniformité, que nous avons aussi occultée en renonçant à instituer un tribunal international chargé de prononcer des

jugements en ce qui concerne la Convention. C'était peut-être une attitude sage et avisée à l'époque, mais je crois que l'idée avancée hier par le professeur Louis Sohn, à savoir la création d'un tribunal international chargé d'uniformiser les décisions qui sont rendues dans les différentes régions du monde et qui s'opposent, mérite qu'on s'y attarde, ne serait-ce qu'un moment. Les points judicieusement omis dans le passé au bénéfice de l'uniformité ou du consensus sont peut-être les défis de demain.

PROFESSEUR SAMIA EL-SHARKAWI
Professeur de droit commercial, Université du Caire (Egypte)

Je ne saurais formuler des observations sans faire référence à Mohsen Shafik, professeur de droit commercial à l'Université du Caire, qui a été l'un des premiers à participer aux tout débuts de la CNUDCI et qui en a suivi les sessions pendant 22 ans. Il est regrettable qu'il n'ait pu assister à cette réunion.

Le droit international relatif à la vente internationale de marchandises est étroitement lié aux contrats d'assurance maritime et aux lettres de crédit. La CNUDCI devrait examiner, lors de ses futures sessions, les dispositions des contrats d'assurance maritime qui s'appliquent aux marchandises faisant l'objet d'une vente internationale ou, à titre de proposition, la rédaction d'un guide juridique en la matière, car ces contrats concernent au premier chef la vente internationale de marchandises.

PROFESSEUR CAROLINE RIDER
Red Hook, New York (Etats-Unis d'Amérique)

Je donne des cours sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises aux étudiants des premier et deuxième cycles et aux étudiants déjà diplômés qui font une maîtrise de hautes études commerciales, mais je ne trouve pas que cette pratique soit très répandue. Je me demande si la CNUDCI ne pourrait pas inviter à un congrès de ce genre des professeurs compétents qui viendraient non seulement des Etats-Unis, mais aussi d'autres pays. Je me demande également si la CNUDCI ne pourrait pas insister particulièrement sur le développement des liens avec des organisations telles que l'American Association of Collegiate Schools of Business, qui est le principal service d'homologation des écoles de commerce aux Etats-Unis. Je pense que si les hommes d'affaires de demain sont au fait des possibilités de la Convention, ils entraîneront leurs juristes dans leur sillage, et non l'inverse.

B. Offre de services

1. Questions pratiques concernant la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international

PROFESSEUR ROY GOODE
St-John's College, Oxford (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord)

Je suis extrêmement flatté d'avoir été invité à vous parler de la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international, mais je dois commencer par vous faire un aveu. Hier, le juge Howard Holtzmann a souligné que les

projets d'harmonisation devaient absolument traiter, directement et de manière pratique, de problèmes réels et, connaissant son expérience en la matière, je suis persuadé qu'il a tout à fait raison. Mais je suis un universitaire et nous autres, professeurs d'université, en particulier de l'Université d'Oxford, ne sommes jamais aussi heureux que lorsque nous nous attelons à des projets qui n'ont strictement aucun intérêt pratique ! Il y a bien entendu des exceptions à cette règle, parmi lesquelles figurent les projets d'harmonisation lancés par des organes tels que la CNUDCI, UNIDROIT et la Chambre de commerce internationale. Me voilà donc devant vous pour vous parler de la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international. Je ne vais pas en analyser le texte mot par mot ou ligne par ligne, mais simplement vous présenter un aperçu général en me fondant sur la Convention et les travaux préparatoires qui y ont conduit pour illustrer le processus d'harmonisation, certains des problèmes que nous avons rencontrés et quelques-unes des conclusions que l'on pourrait en tirer.

Je suppose qu'on pourrait demander, dans le domaine du crédit-bail international, pourquoi, en fait, il faut harmoniser. Une question intéressante posée dans les examens de droit consiste à donner aux candidats la solution en leur demandant de trouver le problème. Le Conseil de direction d'UNIDROIT a tout fait pour éviter ce genre de situation et s'assurer qu'il y avait bien des problèmes à résoudre avant de commencer à chercher des solutions. Tout d'abord, il a rédigé un rapport préliminaire. Ensuite, un petit groupe de travail a été créé pour examiner la faisabilité de ce projet, et son avis a été favorable. Un questionnaire détaillé a ensuite été distribué aux experts et aux exploitants dans le monde entier, et une analyse des réponses a montré qu'il y avait effectivement des problèmes à résoudre.

Toutefois, le Conseil de direction voulait en être absolument sûr; il a donc créé un groupe de travail restreint, qu'il a chargé d'étudier si, dans le domaine du crédit-bail, les questions de droit privé pouvaient être dissociées des aspects fiscaux et si la question du crédit-bail pouvait raisonnablement être traitée indépendamment de la législation relative aux sûretés. C'est seulement après avis favorable de ce groupe de travail que le Conseil de direction a approuvé le projet et autorisé la création d'un groupe d'étude placé sous la présidence de M. Reczei, ambassadeur de Hongrie.

Quels sont les problèmes qui, dans le domaine du crédit-bail international, ont justifié de tels efforts ? Le premier réside dans le fait que le crédit-bail est défini de manière différente selon les pays. Dans certains, il est traité comme une simple location tandis que, dans d'autres, il est considéré comme une vente déguisée. Il est aussi parfois considéré comme une forme de sûreté. Et le traitement juridique varie considérablement selon la manière dont l'opération est définie.

Deuxièmement il existe des différences entre les conditions juridiques requises. En France, par exemple, le contrat doit prévoir une option d'achat pour relever de la loi sur le crédit-bail. En Grande-Bretagne, par contre, dans ce cas, il ne s'agit plus d'un contrat de location, mais de ce que nous appelons un contrat de location-vente. Aux Etats-Unis, une option d'achat transformerait probablement l'opération en une opération cautionnée. Cela constitue donc un ensemble de problèmes.

Si le matériel s'avère défectueux, il se pose alors d'autres types de problèmes. Le crédit-preneur ne peut pas engager d'action contre le fournisseur, qui est responsable de la défectuosité du matériel, parce qu'il n'a pas signé de contrat avec celui-ci, mais il peut intenter une action contre le crédit-bailleur, qui lui n'a aucun contrôle sur le matériel, ne l'a

pas choisi, pas plus qu'il n'a choisi le fournisseur, n'a jamais vu le matériel, n'en a pas pris possession et ne l'a pas livré. Est donc responsable la personne qui ne dispose pas d'un véritable contrôle, simplement parce qu'elle est le fournisseur au regard de la loi.

Le quatrième problème ne se pose probablement que dans les pays de common law; il s'agit de la possibilité, pour une des parties contractantes, de spécifier une somme payable à titre de dommages-intérêts en cas de contravention au contrat. Les pays de droit continental autorisent l'imposition d'une pénalité en cas de rupture de contrat, afin d'encourager les parties à respecter leurs engagements. Dans les pays de common law, ce n'est pas le cas, ce qui peut poser des problèmes en matière de crédit-bail international.

Par ailleurs, le crédit-bailleur peut craindre d'être responsable à l'égard des tiers à raison des dommages aux personnes et aux biens causés par le matériel. Un crédit-bailleur, puisqu'il est le fournisseur juridique, peut-il être tenu responsable des dommages ? Cela pourrait coûter extrêmement cher. Si le matériel provoquait une explosion, par exemple, le crédit-bailleur serait-il responsable ?

Enfin, dans plusieurs pays, le droit du crédit-bailleur sur le matériel n'est pas reconnu en cas de faillite du crédit-preneur.

Nous avons donc un ensemble de problèmes qui ont pour effet de décourager le véritable crédit-bail transfrontière et d'obliger les crédits-bailleurs à opérer par l'intermédiaire de filiales ou de sociétés associées dans le pays du crédit-preneur.

Lorsqu'il s'est lancé dans ce travail, le groupe d'étude a pris plusieurs décisions fondamentales qui ont été jugées cruciales pour le succès du projet. Premièrement, nous nous sommes limités à ce qui était nécessaire et réalisable et nous n'avons pas voulu nous montrer trop ambitieux. Deuxièmement, nous avons fait appel, dès le départ, à des spécialistes du crédit-bail, à des gens qui étaient effectivement familiarisés avec le fonctionnement des contrats de crédit-bail : des avocats de différents pays connaissant à la fois la théorie et la pratique; des représentants de Leaseurope, fédération européenne d'associations de crédit-bail. Tous ces experts ont participé aux travaux dès le départ. Puis, plus tard, des projets ont été présentés lors de conférences tenues à New York, à Zurich, à Hong-kong pour déterminer si ces dispositions étaient véritablement satisfaisantes ou s'il restait des problèmes qui n'avaient pas été identifiés.

Troisièmement, nous avons décidé d'accorder aux parties une grande autonomie, en leur permettant d'exclure l'application de la Convention ou d'en modifier les dispositions, parce que nous pensions qu'il était inutile d'obliger des parties capables de prendre soin d'elles-mêmes à accepter des clauses contractuelles qu'elles ne souhaitaient pas. La Convention donne donc dans une large mesure aux parties la liberté de définir elles-mêmes les termes de leur contrat.

Enfin, nous nous sommes efforcés de tenir compte à la fois des intérêts du crédit-bailleur et du crédit-preneur, de ceux des pays développés et des pays moins avancés, afin d'élaborer une Convention globalement équilibrée, juste et applicable.

La portée de cette Convention est toutefois limitée. Elle ne vise que la location de matériel commercial et non celle de matériel à usage privé. Elle ne concerne que les opérations de crédit-bail ("leasing financier"); en effet,

c'est à cause du caractère financier de l'opération et du fait que le crédit-bailleur n'intervient pas dans le choix du fournisseur et du matériel, qu'il est exonéré de toute responsabilité envers le crédit-preneur et les tiers, et que le crédit-preneur se voit accorder un droit d'action directe contre le fournisseur. Les "leasings opérationnels" ne sont donc pas visés. La Convention ne concerne que les opérations internationales, c'est-à-dire celles dans lesquelles les établissements du crédit-bailleur et du crédit-preneur se situent dans des Etats différents. Cette limitation a été adoptée pour deux raisons : premièrement, parce que ce sont justement les différences existant entre les lois des divers pays qui créent le principal problème et, deuxièmement, parce que, si les Etats font respecter rigoureusement leurs propres lois et règles, ils sont beaucoup moins regardants en ce qui concerne les opérations avec des étrangers.

Le problème suivant est celui du facteur de rattachement. Quel devrait être le facteur, ou les facteurs, rattachant une opération aux Etats contractants ? Et là se pose un problème assez inhabituel. Pratiquement toutes les conventions commerciales antérieures se fondaient sur un contrat unique. Mais, dans le cas du crédit-bail comme dans celui de l'affacturage, pour lequel il existe une convention parallèle, il y a deux contrats : en ce qui concerne le crédit-bail, le contrat de fourniture et le contrat de location qui, à eux deux, font intervenir trois parties, dont l'une, le crédit-bailleur, est partie aux deux contrats. Il faut donc tenir compte de cette relation triangulaire pour définir le facteur de rattachement. Par conséquent, il a été décidé qu'il fallait, pour que la Convention soit applicable, que les trois parties relèvent, d'une manière ou d'une autre, de la juridiction d'un Etat contractant; soit parce que les trois parties avaient leur établissement dans un Etat contractant, soit parce que les deux contrats étaient régis par la loi d'un Etat contractant.

Quels sont les éléments clefs de cette Convention ? Premièrement, le crédit-bailleur est exonéré de toute responsabilité vis-à-vis du crédit-preneur. Bien qu'ils soient liés par un contrat, le crédit-bailleur n'encourt aucune responsabilité à raison de la défectuosité vis-à-vis du crédit-preneur, sauf dans certains cas précis. Il est responsable si le crédit-preneur a subi un préjudice résultant de son recours à la compétence du crédit-bailleur et dans la mesure où celui-ci est intervenu dans la fourniture du matériel. Il l'est également si le matériel n'est jamais livré ou si le crédit-preneur le refuse parce qu'il n'est pas conforme aux termes du contrat. Dans ce cas, le crédit-preneur peut recouvrer les loyers qu'il a versés et il est exonéré de toute responsabilité. Troisièmement, le crédit-bailleur sera responsable d'autres préjudices dans la mesure où ceux-ci résultent de ses actes ou omissions. Enfin, il est responsable s'il ne s'acquitte pas de toute obligation de garantie contre l'éviction ou tout trouble de jouissance du crédit-preneur.

Certains crédits-bailleurs se sont plaints de ces exceptions à l'exonération de responsabilité, avançant qu'elles étaient contraires à la pratique, car les contrats de crédit-bail excluaient invariablement toute responsabilité. Mais, à mon avis, la question n'est pas là. Cette Convention n'est pas censée être la charte des droits du crédit-bailleur; elle vise à maintenir un juste équilibre et à obliger le crédit-bailleur à faire le nécessaire, à savoir négocier l'exonération de responsabilité. Et, pour juger de l'utilité de la Convention, les crédits-bailleurs ne devraient pas comparer ses dispositions avec celles du contrat de crédit-bail type, mais avec celles des lois en vigueur dans leur pays. Dans ce cas, il s'apercevront que la Convention présente de nombreux avantages et très peu d'inconvénients.

Le point suivant est le droit d'action directe du crédit-preneur contre le fournisseur, comme s'il était partie au contrat de fourniture. Cela illustre bien, à mon avis, l'approche pragmatique adoptée dans la Convention. On évite ainsi les problèmes liés à la doctrine. Cette disposition donne au crédit-preneur un droit d'action directe contre une partie comme s'il était lié à elle par un contrat, alors que ce n'est pas le cas.

En outre, plusieurs recours sont proposés en cas de défaillance du crédit-preneur, ce qui plaît toujours aux crédits-bailleurs, à savoir le droit de percevoir les loyers impayés, d'exiger le paiement anticipé des loyers, de résilier le contrat pour défaillance et de reprendre le matériel. Cette dernière possibilité n'est pas toujours facilement réalisable de nos jours, par exemple s'il s'agit de location de satellites. Mais je suppose que, si vous payez quelques millions de dollars, vous pouvez effectivement envoyer quelqu'un dans l'espace pour récupérer un satellite. Nous ne cessons donc de pénétrer dans des domaines nouveaux.

Il y a ensuite les dommages-intérêts pour perte de revenus en cas de résiliation. Le crédit-bailleur est libre de définir le montant des dommages-intérêts, dans la mesure où ils ne sont pas disproportionnés par rapport à son préjudice véritable.

Le crédit-bailleur est également exonéré de toute responsabilité envers les tiers. Cette exonération ne vaut que pour la responsabilité qu'il pourrait encourir en sa qualité de crédit-bailleur. En d'autres termes, il ne sera pas responsable envers des tiers simplement parce qu'il a accepté de fournir du matériel dans le cadre d'un crédit-bail. Il peut néanmoins être responsable en sa qualité de propriétaire du matériel ou au titre de quelque autre convention, ou encore, s'il reprend le matériel, parce qu'il devient alors le fournisseur effectif.

Enfin, la Convention dispose que l'intérêt du crédit-bailleur sera reconnu vis-à-vis du syndic de faillite et des créanciers porteurs d'un titre exécutoire définitif ou provisoire. Ceci constitue donc une importante garantie.

La France a l'honneur d'être le premier et, jusqu'à présent, unique Etat à avoir ratifié la Convention, mais d'autres se préparent à le faire, y compris, je crois, les Etats-Unis. L'Angleterre, bien entendu, finira sans aucun doute par le faire aussi, mais nous ne sommes pas le peuple le plus rapide du monde quand il s'agit de ratifier une Convention. La common law et la législation anglaises tendent à voir les choses à l'échelle des siècles, plutôt que des mois ou des années. Mais nous finirons bien par ratifier la Convention au cours du XXIème siècle. Espérons que ce sera au début et non à la fin. Nous devons faire ce qu'a fait John Honnold, avec tant de succès à propos de la Convention des Nations Unies sur les ventes, à savoir parcourir le pays pour informer les gens et les convaincre des avantages que présente cette Convention afin de parvenir à sa ratification.

Quelles sont les conclusions que l'on peut tirer de ces travaux ? En premier lieu, je le répète, il faut démontrer que cette Convention est nécessaire. Deuxièmement, il ne faut pas être trop ambitieux. De nombreux projets échouent parce qu'ils voient trop grand. Troisièmement, il faut être prêt à des compromis. Quatrièmement, il faut dès le départ faire intervenir des experts et soumettre les projets à des opinions extérieures avant qu'ils ne soient concrétisés.

Mais le véritable problème - comme pour toutes les conventions - est le facteur temps. Du début à la fin des travaux, il nous a fallu quatorze ans. C'est tout à fait normal. Il est pratiquement impossible de parvenir à une convention commerciale internationale en moins de dix ans. On finit par s'habituer à ce type de délai. Dernièrement, à la Cour d'appel, en Angleterre, l'avocat n'en finissait plus; légèrement embarrassé, à la fin de sa plaidoirie, il dit au président : "J'espère, Monsieur le Président, ne pas avoir trop abusé de votre temps", à quoi le président lui répond : "Maître, vous avez épuisé le temps dont nous disposons et commencé à empiéter sur l'éternité".

De nombreuses raisons expliquent le grand nombre d'années qu'il faut pour élaborer une convention : il est difficile de rassembler les parties venant de nombreux pays; les coûts sont importants; le temps que chaque groupe peut consacrer à une session donnée est limité; le secrétariat de l'organe parrainant la convention est soumis à des contraintes. Il est vrai que des périodes de gestation aussi longues créent des problèmes. Elles entraînent une certaine inertie; la composition des groupes change, si bien que les mêmes questions sont constamment débattues à nouveau; on oublie trop facilement pourquoi une règle donnée a été élaborée au cours d'une réunion antérieure ou qui l'a proposée. D'ailleurs, il n'est pas rare qu'un participant critique sévèrement la formulation d'une disposition pour se voir rappeler qu'il l'avait lui-même proposée quelque deux ans auparavant. On ne peut donc pas nier qu'il existe des problèmes.

Je pense que nous devrions accorder davantage de soin à la planification de tout le processus. A mon avis, il ne faudrait pas considérer comme inévitable que la rédaction d'une convention prenne douze, quatorze, voire vingt ans; et ce n'est là, bien entendu, que le premier stade, car il faut encore qu'elle soit ratifiée.

Il me semble qu'une petite équipe d'universitaires et de praticiens en congé sabbatique pourrait examiner un projet de convention et les rapports des réunions, afin d'accélérer le processus. Cela coûterait cher, mais permettrait d'économiser bien davantage, car on gagnerait du temps et on pourrait réduire le nombre de réunions. Je pense que c'est là une idée qui mérite d'être retenue.

Bien sûr, je ne suis pas impartial, mais il me semble que la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international est une bonne convention. Elle a passé avec succès l'examen critique des crédits-bailleurs, des crédits-preneurs, des utilisateurs et des gouvernements, et je dirai qu'elle est le fruit à la fois des profondes connaissances théoriques et de l'expérience pratique des nombreuses personnes qui ont pris part à son élaboration. J'espère sincèrement qu'elle sera largement mise en oeuvre.

J'aimerais, en conclusion, dire quelques mots à la mémoire de Clive Schmitthoff, auquel nous avons rendu hommage au début de ce Congrès et qui, par ses travaux, a contribué à la création de la CNUDCI.

2. Le Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles

JAMES J. MYERS
Gadsby & Hannah, Boston, Massachusetts (Etats-Unis d'Amérique)

Je tiens tout d'abord à exprimer ma gratitude pour l'occasion qui m'est donnée de présenter deux importants textes juridiques dans le domaine du droit

des contrats internationaux de construction. Conformément au thème du présent Congrès, qui a trait à l'unification du droit commercial international, il m'appartient, premièrement, de présenter un produit de la CNUDCI, le Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles, et, deuxièmement, un contrat international type de construction qui n'a pas été élaboré par la CNUDCI. De ces deux documents, ni l'un ni l'autre ne sont des conventions internationales ou des lois uniformes. Tous deux tendent à promouvoir l'uniformité dans le droit international de la construction.

En application de la résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies au début des années 70, laquelle traitait du développement économique et de l'instauration d'un nouvel ordre économique international, la CNUDCI a créé un groupe de travail qui, après examen, a fait savoir à la Commission que "l'étude des dispositions contractuelles qui se retrouvaient fréquemment dans les contrats internationaux conclus dans le domaine du développement industriel" présenterait un intérêt particulier pour les pays en développement eu égard au rôle de l'industrialisation dans le processus du développement économique. En 1981, la Commission a chargé le groupe de travail d'élaborer un Guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles.

Un guide était nécessaire parce que les contrats de construction d'installations industrielles sont des documents extraordinairement complexes, où agissent les uns sur les autres les aspects techniques et les rapports juridiques entre les parties. Les obligations des entrepreneurs s'étendent sur une période relativement longue. Aussi ce type de contrat de construction, complexe et à long terme, est-il considéré comme unique. Le Guide a été élaboré en fonction de la nature technique et juridique de ces contrats et dans le but d'aider les acquéreurs d'installations industrielles qui ne possèdent pas de connaissances techniques et autres suffisantes.

Aussi le Guide a-t-il été conçu tout particulièrement pour les acquéreurs des pays en développement, mais il s'efforce également de suivre une approche équilibrée de manière à protéger les intérêts légitimes des entrepreneurs.

Le Guide cherche à aider les parties qui négocient et élaborent des contrats internationaux de construction d'installations industrielles, en cernant les questions juridiques que posent ces contrats, en examinant les diverses façons possibles d'aborder ces questions et, lorsqu'il y a lieu, en indiquant les solutions que les parties peuvent souhaiter incorporer à leurs contrats. Telle qu'elle est définie dans le Guide, une installation industrielle est une installation utilisant un ou plusieurs équipements importants et un procédé technique à des fins de production. Il peut s'agir d'usines pétrochimiques, d'usines d'engrais ou de centrales hydroélectriques. Outre l'obligation de fournir les bâtiments et l'équipement, l'entrepreneur assume souvent d'autres obligations importantes, par exemple la conception de l'installation, le transfert de techniques et la formation du personnel de l'acquéreur.

Le Guide s'adresse à tous ceux qui participent, à différents niveaux, à la négociation et à l'élaboration de contrats de construction. Il est destiné à aider les parties à négocier et à rédiger leurs contrats. Il n'a pas pour objet d'aider les parties à interpréter des contrats conclus avant ou après sa publication.

Economie générale du Guide

Le Guide s'articule en deux parties. La première partie traite de questions qui se posent avant que le contrat ne soit élaboré. Le chapitre premier traite des études précontractuelles, le chapitre II des diverses formules contractuelles que les parties peuvent choisir et le chapitre III des procédures possibles de conclusion du contrat, ainsi que de la forme et de la validité du contrat.

La deuxième partie du Guide traite de la rédaction des différentes dispositions d'un contrat de construction. Elle définit ces dispositions et propose différentes méthodes pour régler les questions auxquelles elles ont trait. Beaucoup estiment que la deuxième partie constitue l'essentiel du Guide. La deuxième partie contient des observations générales sur la rédaction du contrat de construction, puis traite de la description de l'installation et de la garantie de qualité, du transfert des techniques, des prix et conditions de paiement, de la fourniture des équipements et matériaux, de la construction sur le chantier, de l'ingénieur-conseil, de la sous-traitance, des inspections et essais durant la fabrication et la construction, de l'achèvement, de la prise en charge et de la réception, du transfert des risques en cas de perte de matériaux ou d'équipements, du transfert de la propriété des biens, des assurances, de la garantie de bonne exécution, des retards, vices et autres cas d'inexécution, des clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et des clauses pénales, des dommages-intérêts, de la force majeure (empêchements exonératoires), des clauses d'adaptation relatives à certaines difficultés dans l'exécution du contrat, des clauses de modification, de la suspension de la construction, de la résiliation du contrat, de la fourniture de pièces de rechange et de services après la construction, du transfert des droits et obligations contractuels, du choix de la loi applicable et du règlement des litiges.

Je vous signale aussi que le Guide renferme certaines dispositions données à titre d'exemples qui sont consignées dans des notes en fin de chapitre. Il s'agit généralement de clauses susceptibles d'être utilisées dans les contrats, mais le Guide ne se présente pas comme un recueil de formules. Les dispositions données à titre d'exemples sont assez peu abondantes et ne sont pas utilisées systématiquement dans le Guide.

Il est à noter en outre que chaque chapitre du Guide est précédé d'un résumé. Selon moi, ces résumés sont excellents et permettent de se référer rapidement à l'examen plutôt complet des différents sujets complexes dont traite chaque chapitre.

Lorsque le Guide a été publié, beaucoup pensaient que c'était un document impressionnant, mais d'un abord peu commode pour ceux qui s'occupaient de la passation des marchés dans les pays en développement. C'est presqu'une encyclopédie des diverses matières contractuelles et on y trouve, dans la plupart des cas, une étude assez approfondie des diverses façons de traiter chaque sujet. Heureusement, le résumé permet à ceux qui connaissent bien le Guide de s'en tirer. En lisant les résumés, on peut comprendre la teneur de chaque chapitre, puis revenir en arrière et utiliser le chapitre détaillé lui-même comme source de référence quand on a identifié un problème dans un domaine ou dans un autre. Lorsque nous avons travaillé à des contrats de développement industriel pour les pays en développement, nous nous sommes souvent contentés de prendre les résumés de chaque chapitre et de les utiliser comme une introduction au Guide.

Chapitre premier. Etudes précontractuelles

Ce chapitre souligne la nécessité d'études de faisabilité, d'études d'opportunité et d'autres études détaillées destinées à aider l'acquéreur à définir ses besoins. Il encourage l'acquéreur qui ne dispose pas des connaissances spécialisées nécessaires dans son propre personnel à faire appel à des consultants extérieurs et il suggère des procédures de sélection destinées à favoriser la concurrence entre les cabinets de consultants susceptibles d'être engagés. Il discute aussi les problèmes qui peuvent se poser et les avantages qu'il peut y avoir si l'auteur des études précontractuelles est engagé comme entrepreneur pour construire l'installation.

Chapitre II. Choix de la formule contractuelle

Ce chapitre indique que l'acquéreur peut contracter avec un seul entrepreneur pour toute l'installation ou avec différents entrepreneurs pour différentes parties de l'installation. Dans le cas de l'entrepreneur unique, une formule commune est la formule clefs en main. Les avantages et les dangers que cette formule présente sont analysés. Même si l'acquéreur décide de contracter avec un groupe de différents entrepreneurs pour différentes parties du travail, il peut être souhaitable qu'un seul entrepreneur soit responsable de la production de l'installation industrielle promise.

Ce chapitre suggère aussi diverses méthodes que l'acquéreur peut utiliser pour faire exécuter les travaux, par exemple le recrutement d'un ingénieur-conseil ou d'une personne chargée de la construction lorsqu'il y a plus d'un entrepreneur. Les opérations conjointes et les aspects juridiques des responsabilités des parties à ces opérations vis-à-vis de l'acquéreur sont aussi discutés.

Chapitre III. Choix de l'entrepreneur et conclusion du contrat

Ce chapitre discute essentiellement les méthodes de conclusion du contrat. Il s'agit, d'une part, de l'appel d'offres général ou restreint, avec ou sans qualification préalable des soumissionnaires, par la publicité ou par une invitation adressée à certaines entreprises jugées présenter les garanties nécessaires et, d'autre part, de la simple négociation du contrat avec l'entrepreneur que l'acquéreur désire engager ou qu'il choisit à la suite d'entrevues.

Chapitre IV. La rédaction : observations générales

Ce chapitre décrit la méthode normale de rédaction et le processus d'échanges entre les parties, ainsi que les méthodes à suivre pour régler les divergences entre des textes rédigés en différentes langues, incorporer des documents, définir les parties, préciser où les notifications requises doivent être adressées et définir les termes employés dans le contrat.

Chapitre V. Description de l'installation et garantie de qualité

Ce chapitre montre comment établir les spécifications décrivant l'installation à construire. Les normes et codes acceptés sur le plan international sont encouragés et devraient être définis dans le contrat. Les procédés confidentiels doivent être protégés. Une garantie de qualité contre les vices de construction est recommandée. Le chapitre discute l'emploi de clauses générales et spéciales dans le contrat et dans les spécifications techniques.

Chapitre VI. Transfert des techniques

Ce chapitre traite du transfert d'informations sur les procédés techniques nécessaires à la production, à l'exploitation et à l'entretien de l'installation. La possibilité d'accorder des licences de technologie est discutée, ainsi que la formation du personnel de l'acquéreur. Il est aussi fait mention de l'importance que le vendeur attache souvent à ce que l'acquéreur préserve le caractère confidentiel du savoir-faire fourni.

Chapitre VII. Prix et conditions de paiement

Les méthodes du contrat au forfait, du contrat en régie et du contrat à prix unitaire sont discutées. Le versement d'une prime pour achèvement anticipé de la construction, les dispositions relatives aux fluctuations monétaires, et le mode et la date qu'il convient de fixer pour le paiement afin d'atteindre certains buts que se propose l'acquéreur sont aussi discutés. Les avances et les paiements pendant la construction, ainsi que les paiements effectués après l'achèvement de la construction sont aussi discutés.

Chapitre VIII. Fourniture des équipements et matériaux

Le Guide souligne que les équipements et matériaux fournis en vertu d'un contrat de construction peuvent être régis par des dispositions juridiques différentes de celles qui s'appliquent aux équipements et matériaux fournis séparément, qui sont considérés comme des "marchandises". Les dispositions concernant les transports, les droits de douane, les risques de perte, les restrictions d'importation, l'entreposage, la description de la quantité et de la qualité des matériaux et les droits d'inspection sont également discutées.

Chapitre IX. Construction sur le chantier

Ce chapitre traite des travaux de génie civil, de la construction des bâtiments et de la mise en place des équipements. L'obligation pour l'entrepreneur d'obtenir les licences nécessaires est aussi discutée, de même que les clauses contractuelles ayant pour objet de surmonter les problèmes que l'entrepreneur peut rencontrer pour l'importation d'équipements destinés au chantier. Un calendrier de construction est recommandé. Les obligations de l'entrepreneur en ce qui concerne l'installation et la mise en marche des équipements sur le chantier devraient être spécifiées. Le chapitre traite également du droit d'accès au chantier et de l'obligation de laisser le chantier dans un état propre.

Chapitre X. Ingénieur-conseil

Les pouvoirs de l'ingénieur-conseil de l'acquéreur doivent être précisés dans le contrat. Le contrat devrait faire connaître à l'entrepreneur les fonctions que l'ingénieur peut exercer indépendamment et celles pour lesquelles il doit obtenir l'approbation de l'acquéreur.

Chapitre XI. Sous-traitance

Le Guide recommande que le contrat contienne des dispositions concernant les limites de la sous-traitance autorisée, le choix des sous-traitants et divers aspects des méthodes à utiliser pour faire ce choix. Les sous-traitants devraient être choisis avant la conclusion du contrat de construction. Le système de la désignation du sous-traitant utilisé par la Fédération internationale des ingénieurs-conseils (FIDIC) est discuté. Il est aussi question des clauses d'indemnisation pour préjudice causé à l'employeur

par le sous-traitant, de l'opportunité qu'il peut y avoir de conférer directement à l'employeur le droit de faire respecter les obligations du sous-traitant et de contrôler les paiements faits par l'entrepreneur aux sous-traitants, et des communications échangées avec les sous-traitants par l'intermédiaire de l'entrepreneur.

Chapitre XII. Inspections et essais durant la fabrication et la construction

Les inspections et essais durant la fabrication et la construction ont pour but de donner à l'acquéreur l'assurance que la fabrication et la construction se déroulent conformément au calendrier convenu et aux clauses du contrat. Le contrat devrait stipuler la nature des inspections et les essais à effectuer durant la fabrication et préciser ce qui se produirait au cas où les essais ne seraient pas effectués ou ne seraient pas concluants. La date et la nature des essais devraient être fixées en fonction du moment où la propriété et les risques de perte ou d'endommagement des équipements sont transférés à l'acquéreur.

Chapitre XIII. Achèvement, prise en charge et réception

Le contrat devrait spécifier quand l'achèvement, la prise en charge et la réception se produisent et quels en sont les effets juridiques. L'achèvement n'intervient généralement qu'après que l'entrepreneur a effectué avec succès des essais d'achèvement. Le contrat devrait spécifier le moment où l'acquéreur est tenu de prendre l'installation en charge; le contrat oblige généralement l'acquéreur à recevoir l'installation dans un certain délai après que les essais de bon fonctionnement ont été effectués de façon concluante. Le contrat devrait aussi spécifier les effets juridiques de la réception provisoire et de la réception définitive.

Chapitre XIV. Transfert des risques

Les équipements et matériaux incorporés dans l'installation avant ou après l'achèvement ainsi que les engins de construction peuvent subir des pertes ou des dommages. Le contrat devrait spécifier quelle partie supporte ces risques et à partir de quand. Les différents systèmes juridiques ont des règles différentes en ce qui concerne les équipements et matériaux incorporés dans l'installation ou dans les immeubles. Lorsqu'un entrepreneur unique est responsable de l'installation, le Guide recommande que l'entrepreneur supporte le risque d'une perte jusqu'à la prise en charge ou la réception par l'acquéreur. L'entrepreneur devrait toujours supporter ce risque à l'égard des outils et équipements qui sont en sa possession.

Chapitre XV. Transfert de la propriété des biens

Lorsque les biens qui entrent dans la construction sont la propriété de l'entrepreneur ou de l'acquéreur, la question de la propriété est importante pour ce qui est des assurances, des taxes, de la responsabilité aux tiers, de la saisie en cas de faillite d'une partie et de l'entretien. C'est souvent le système juridique applicable sur le chantier de l'installation qui fixe le moment où il y a transfert de propriété et où les marchandises ou bien meubles incorporés dans l'installation deviennent des biens immobiliers ou réels. Les équipements fournis par l'acquéreur font l'objet d'une discussion spéciale. La propriété de ces équipements ne devrait pas être transférée à l'entrepreneur, à moins qu'il ne les paie avant leur incorporation dans l'installation.

Chapitre XVI. Assurances

Les contrats de construction devraient exiger une assurance sur les biens et une assurance responsabilité et préciser les risques à assurer, la partie qui est tenue de souscrire l'assurance, le montant minimum de l'assurance, la franchise applicable et la période de validité de l'assurance. Des règles spéciales s'appliquent à l'assurance pour les équipements ou les matériaux à incorporer dans l'installation.

L'entrepreneur devrait être tenu de souscrire une assurance responsabilité en cas de perte ou de dommage lié à l'exécution par lui du contrat, y compris les actes ou omissions de ses employés, sous-traitants et fournisseurs, ainsi que pour les indemnités dont il assume la charge aux termes du contrat. Les techniques à employer pour fournir des certificats d'assurance ou d'autres moyens de preuve pouvant être utilisés dans le contrat sont aussi discutées.

Chapitre XVII. Garantie de bonne exécution

L'acquéreur cherche généralement à se garantir contre la défaillance de l'entrepreneur. Cela prend d'habitude la forme de garanties de soumission, de garanties de bonne exécution ou de garanties de remboursement de l'avance versée à l'entrepreneur, que ce soit par lettre de crédit, cautionnement de bonne fin ou autres mécanismes. Ces dispositions doivent bien entendu être stipulées dans le contrat. L'acquéreur peut aussi être tenu de garantir le paiement du prix d'achat, par exemple au moyen d'une lettre de crédit.

Chapitre XVIII. Retards, vices et autres cas d'inexécution

L'acquéreur dispose généralement de certains recours en cas de retard ou d'exécution défectueuse de la part de l'entrepreneur. L'entrepreneur peut disposer de certains recours si l'acquéreur ne se conforme pas aux stipulations du contrat. Le contrat devrait spécifier les recours ouverts à chaque partie en cas de faute de l'autre partie à exécuter ses obligations. Le contrat devrait spécifier le recours qu'a l'acquéreur lorsque l'entrepreneur tarde à exécuter le contrat ou l'exécute de façon défectueuse. Les méthodes permettant à une partie de notifier son intention de se prévaloir d'un recours et à l'autre partie de remédier à une exécution défectueuse sont discutées. Le fait, par l'acquéreur, de ne pas prendre en charge et recevoir l'installation comme l'exige le contrat ouvre normalement un recours à l'entrepreneur.

Chapitre XIX. Clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et clauses pénales

Les clauses de dommages-intérêts spécifiés dans le contrat et les clauses pénales sont presque toujours affectées ou régies par la loi locale. Ce chapitre montre comment utiliser ces mécanismes contractuels d'une manière équilibrée et efficace.

Chapitre XX. Dommages-intérêts

En l'absence d'une disposition contractuelle, la loi applicable prescrira les dommages qui peuvent être dus par la partie qui n'a pas exécuté ses obligations. Le Guide signale que les parties peuvent prévoir dans le contrat certains types de dommages-intérêts et en fixer des limites, dispositions que la loi applicable respecte généralement.

Chapitre XXI. Clauses d'exonération

Ce chapitre traite des "empêchements exonératoires". Il s'agit de faits, parfois dénommés cas de force majeure, qui exonèrent une partie des conséquences d'un défaut d'exécution. Le chapitre se réfère à certaines questions problématiques, telles que les actes par lesquels le gouvernement accorde ou retire les licences, et il montre comment rédiger ces clauses d'exonération soit en énumérant tous les faits libératoires, soit en fixant les critères permettant de définir les faits libératoires.

Chapitre XXII. Clauses d'adaptation relatives à certaines difficultés dans l'exécution du contrat

Le Guide entend par "situation difficile" un changement de la situation économique, financière, juridique ou technique ayant des conséquences économiques graves pour une partie contractante et rendant nettement plus difficile pour elle l'exécution du contrat. La plupart des clauses d'adaptation prévoient la renégociation du contrat en vue de l'adapter à la nouvelle situation. L'avantage de ces clauses est qu'elles rendent le contrat plus stable. Si des clauses d'adaptation sont utilisées, elles devraient être rédigées de manière à minimiser l'incertitude, par exemple en précisant les faits qui relèvent de la clause en question.

Chapitre XXIII. Clauses de modification

Les clauses de modification devraient prévoir le droit pour l'acquéreur d'ordonner unilatéralement des modifications dans la construction et dans les méthodes. Les modifications entraîneront l'ajustement du contrat si elles ont une incidence sur le prix du contrat ou sur la date d'achèvement. Au cas où les parties ne pourraient se mettre d'accord sur le prix de la modification ou sur le temps supplémentaire qu'elle exige, il est souhaitable que les parties spécifient la méthode de règlement du litige. La clause de modification devrait spécifier la formule à appliquer pour déterminer quel ajustement la modification entraîne en ce qui concerne le prix du contrat ou la date d'achèvement, ainsi que la méthode à suivre pour régler les litiges relatifs à l'application de cette formule.

Chapitre XXIV. Suspension de la construction

Bien que la loi applicable au contrat puisse définir certaines situations dans lesquelles la construction peut être suspendue par l'une ou l'autre partie, il est souhaitable que les parties spécifient dans leur contrat les circonstances dans lesquelles la suspension peut être invoquée et qu'elles précisent les effets juridiques de la suspension, la date de la reprise des travaux et les conséquences financières et autres pour les parties. En cas de suspension de longue durée, le droit peut être donné aux parties de mettre fin au contrat plutôt que de subir les conséquences d'une suspension trop longue.

Chapitre XXV. Résiliation du contrat

Le Guide signale qu'il est souhaitable que le contrat comporte une clause de résiliation afin que celle-ci soit ordonnée et équitable dans des cas où, en raison de certaines circonstances, il peut être prudent, voire nécessaire, de résilier le contrat. Les motifs de résiliation devraient être spécifiés dans le contrat. De plus, le contrat devrait spécifier si l'acquéreur a le droit de résilier le contrat à son gré, c'est-à-dire sans invoquer aucun motif. Les droits et obligations des parties en cas de résiliation devraient aussi être spécifiés. En cas de résiliation, l'entrepreneur devrait être

obligé de transférer les contrats passés avec les sous-traitants à l'acquéreur, de manière à lui permettre d'achever les travaux.

Chapitre XXVI. Fourniture de pièces de rechange et de services après la construction

Après que la construction a été achevée et que l'installation a été prise en charge par l'acquéreur, celui-ci devra pouvoir obtenir des pièces de rechange pour remplacer celles qui sont usées ou endommagées et entretenir, réparer et exploiter l'installation. Pour les acquéreurs des pays en développement, en particulier, il est avantageux d'acquérir ou d'avoir sur place les pièces de rechange, les techniques et les aptitudes nécessaires pour entretenir, réparer et exploiter l'installation. Dans leur contrat, les parties peuvent traiter des questions liées à la commande et à la livraison des pièces de rechange et spécifier les pièces de rechange qui doivent être fournies par l'entrepreneur dans le cadre même du contrat. Les normes pour les services d'entretien qui peuvent être prévues par le contrat sont discutées, ainsi que les obligations de l'entrepreneur en ce qui concerne les réparations et l'exploitation technique de l'installation. Ces types de services devraient être spécifiés dans le contrat et leur prix déterminé séparément.

Chapitre XXVII. Transfert des droits et obligations contractuels

Le contrat devrait traiter du droit que peut avoir une partie de transférer ses droits ou obligations contractuels avec ou sans le consentement de l'autre partie. Les effets juridiques du transfert pour les deux parties devraient aussi être spécifiés dans le contrat.

Chapitre XXVIII. Choix de la loi applicable

En l'absence d'une clause contractuelle sur le choix de la loi applicable, chaque tribunal appliquera les règles de droit international privé propres au pays et, dans la plupart des cas, ces règles sont extrêmement complexes et subjectivement appliquées. Par conséquent, les parties voudront peut-être, pour plus de certitude, insérer dans leur contrat une clause sur le choix de la loi applicable. En rédigeant cette clause, il faut tenir compte de la loi locale applicable sur le chantier de construction, ainsi que des règles administratives locales.

Chapitre XXIX. Règlement des litiges

Les litiges nés de contrats de contruction posent souvent des problèmes qui se rencontrent rarement dans le cadre d'autres types de contrats. Le contrat de construction devrait contenir une clause sur le règlement des litiges. Cette clause peut prévoir certains moyens de faciliter le règlement de plusieurs litiges connexes dans le cadre de la même procédure. Elle peut prévoir la négociation et la conciliation dans le cadre du règlement de conciliation de la CNUDCI. La possibilité de soumettre les litiges à un expert arbitre est également discutée. Le Guide recommande enfin que les litiges soient réglés par l'arbitrage obligatoire. Les parties devraient rédiger la clause compromissoire qui convient à leurs propres besoins.

Conclusion

Le Guide a véritablement enrichi les connaissances dont on dispose pour établir des contrats internationaux de construction et est une des réalisations notables de la CNUDCI. Les fonctionnaires chargés de la

passation des marchés et de l'administration des contrats s'en servent comme d'un moyen de formation et d'une source de référence. Le Guide résume les approches et pratiques qui peuvent être adoptées pour la rédaction de contrats de construction complexes et il permet aux fonctionnaires d'examiner différentes approches et de choisir celle qui convient à leur contrat de construction particulier. Le Guide est un document unique, mis à la disposition du secteur public comme du secteur privé, qui favorise l'uniformité d'approche dans les contrats de construction internationaux.

Recommandations

Premièrement, le Guide serait beaucoup plus utile s'il comportait un contrat type et des formules types de clauses contractuelles sur lesquels on puisse se fonder. La CNUDCI devrait envisager de compléter le Guide par l'inclusion d'un contrat type et de clauses types.

Deuxièmement, la présentation, les techniques et le contenu du Guide devraient être élargis de manière à couvrir la forme et le fond des contrats CET et autres types de contrats de privatisation dont il y a un besoin urgent en Europe orientale et dans l'ex-Union des Républiques socialistes soviétiques, ainsi que dans beaucoup d'autres régions où les gouvernements privatisent l'industrie.

Les conditions de la FIDIC applicables aux marchés de travaux de génie civil

Les conditions de la FIDIC applicables aux marchés de travaux de génie civil sont utilisées communément et constamment dans le monde entier. Dans le domaine de la construction internationale, c'est peut-être le contrat de construction type le plus utilisé. La plupart des contrats de la Banque mondiale sont établis sur le modèle du contrat de la FIDIC, et d'autres grands organismes de financement tels que l'Agency for International Development des Etats-Unis emploient cette formule de contrat. Il s'agit d'un contrat conçu spécialement pour les travaux de génie civil, mais je l'ai vu utilisé pour divers types de projets de contruction qu'on pourrait appeler "contrats architecturaux" et pour des projets spéciaux tels qu'aéroports et ponts. A tort ou à raison, ce contrat a été plus largement accepté et utilisé que n'importe quel autre et il est devenu le principal contrat type dans la construction internationale. Les documents de la FIDIC sont publiés et disponibles en anglais, en français, en allemand et en espagnol.

Le contrat de la FIDIC est familièrement appelé le "Livre rouge". La FIDIC produit aussi un autre contrat type, le "Livre jaune", qui est le contrat type de la FIDIC pour la conception et la construction des installations mécaniques et électriques. Nous nous concentrerons ici sur le Livre rouge, qui est beaucoup plus largement utilisé que le Livre jaune.

Le contrat type de la FIDIC est en fait un contrat type clefs en main pour tout le processus de passation des marchés de contruction, que ce soit par appel d'offres, appel d'offres restreint, appel à la concurrence internationale ou même négociation.

La première partie comprend un modèle de soumission ainsi qu'un modèle de convention incorporant la soumission, les conditions applicables aux marchés, le cahier des charges, les plans et dessins et le devis estimatif. La première partie contient également les conditions générales du contrat, qui seront discutées plus en détail dans un moment.

Une brochure distincte, la deuxième partie, contient les conditions particulières applicables, que nous pourrions appeler les conditions spéciales

propres à un marché de construction donné, avec des directives pour la rédaction des clauses de la deuxième partie.

Il est important de connaître l'origine des conditions de la FIDIC. Celles-ci ont en fait pour origine les formules de contrat initialement élaborées par l'Institut des ingénieurs civils de Londres. Ainsi, les conditions de la FIDIC descendent de la common law, bien qu'elles aient été adoptées dans presque tous les systèmes juridiques du monde entier - droit continental, droit islamique, etc.

La FIDIC a publié cet ouvrage pour la première fois il y a près de quarante ans. La troisième édition est parue en 1977 et la quatrième en 1987.

Le Livre rouge de la FIDIC est maintenant révisé tous les dix ans par le Comité des marchés de travaux de génie civil de la FIDIC. Ce Comité se compose exclusivement d'ingénieurs qui se sont proposés, en le rédigeant, de maintenir le rôle fondamental de l'ingénieur, de ne modifier le contrat que lorsque c'était nécessaire, de traiter certains problèmes qui avaient été signalés lors de l'édition précédente du contrat et d'obtenir une plus grande uniformité par rapport aux définitions de la formule de contrat pour les travaux électriques et mécaniques (Livre jaune).

Bien que les conditions de la FIDIC aient été employées pour des projets internationaux de construction dans des pays de droit continental aussi bien que de common law et au Moyen-Orient, d'éminents civilistes ont signalé que des complications surgissaient lorsque cette formule de common law était utilisée dans les pays de droit continental. Le système de droit continental distingue entre le droit public et le droit privé et contient des règles impératives qui ne peuvent pas être modifiées par contrat. L'une des principales branches du droit public est le droit administratif, qui s'applique aux contrats lorsqu'une des parties est une personne de droit public. Quoi que puissent en dire les parties, les prescriptions du droit administratif s'appliquent du moment que le contrat est conclu avec une personne de droit public. De plus, dans les pays de droit continental, le droit privé impose d'autres règles qui ne peuvent être modifiées, par exemple les règles concernant les droits réels en vigueur au lieu où les biens immobiliers, c'est-à-dire les immeubles, sont situés, la doctrine de force majeure et les règles concernant les dommages-intérêts libératoires. Nous ne pouvons examiner ici toutes les dispositions contractuelles susceptibles d'être affectées par le droit continental; ce que nous voulons montrer, c'est que, bien que le contrat type de la FIDIC se soit révélé adaptable et souple, certaines de ses dispositions fondées sur la common law doivent être modifiées dans les pays de droit continental pour les marchés de travaux tant publics que privés.

Rôle de l'ingénieur

Au Royaume-Uni et dans d'autres pays de common law de langue anglaise, le rôle traditionnel de l'ingénieur est que celui-ci est l'agent du propriétaire. L'ingénieur fait le plan des travaux, assiste l'employeur dans la passation du marché, surveille la construction par l'entrepreneur et a d'importantes attributions administratives et quasi judiciaires pour prendre des décisions, du moins en théorie, indépendamment du propriétaire et de l'entrepreneur. Ainsi, le droit anglais assigne le rôle principal à l'ingénieur (ou architecte). Ce système n'a pas d'équivalent dans les pays de droit continental. Dans ces pays, l'ingénieur ou l'architecte, à part l'établissement des plans, se borne essentiellement à donner des avis et à exercer un contrôle sans agir comme agent de l'employeur et donc sans lier

celui-ci. Les pouvoirs de l'ingénieur sont purement techniques, à moins que le propriétaire ne lui confère expressément des pouvoirs supplémentaires. En Europe continentale, domaine du droit continental, les pouvoirs de l'ingénieur ou de l'architecte sont beaucoup plus restreints et ceux de l'employeur sont d'autant plus grands.

Dans le système anglais, l'ingénieur a un double rôle. D'une part, il est l'agent de l'employeur, surveillant la construction et s'assurant que l'entrepreneur exécute le travail conformément aux termes du contrat de construction. D'autre part, il accomplit certaines fonctions administratives et, en particulier lorsqu'il exerce des pouvoirs discrétionnaires qui lui sont conférés aux termes du contrat, par exemple dans le règlement des litiges, il est tenu d'agir impartialement. Par conséquent, l'employeur ne peut donner d'instructions à l'ingénieur quant à la position que celui-ci doit adopter lorsqu'il est tenu d'agir impartialement. Il est quelque peu naïf d'attendre d'un ingénieur qu'il accomplisse des fonctions administratives avec une impartialité totale, notamment lorsqu'une réclamation met en question son propre comportement. Lorsque l'ingénieur est appelé à prendre une décision impliquant son propre comportement, la vieille maxime doit s'appliquer, selon laquelle nul ne peut être juge dans sa propre affaire.

Bien que cela ait peut-être été dit implicitement dans les versions antérieures du contrat, la quatrième édition des conditions de la FIDIC stipule à l'article 2.6 que l'ingénieur doit agir impartialement lorsqu'il prend des décisions sur certaines questions. De plus, pour la première fois, l'ingénieur est tenu, aux termes de l'article 6.4, de consulter les deux parties au contrat avant de prendre une décision sur le temps imparti à l'entrepreneur, le prix du contrat ou les coûts. L'expression utilisée dans le contrat ("après avoir dûment consulté") n'est pas définie et devra donc l'être par la jurisprudence.

La quatrième édition reconnaît aussi le rôle croissant de l'entrepreneur dans la conception de parties des travaux permanents. Elle définit maintenant, à l'article 7.2 b), une procédure par laquelle l'entrepreneur peut être chargé de concevoir une partie des travaux permanents.

Réclamations

La procédure permettant aux entrepreneurs de demander des ajustements dans le prix du contrat ou le temps imparti a été énoncée d'une façon beaucoup plus détaillée et est devenue beaucoup plus complexe (art. 44.2). Les dispositions sur les notifications figurant à l'article 44 sont beaucoup plus complexes que dans les éditions précédentes. C'est cette même obsession qui, de nos jours, incite à spécifier dans le détail les mesures que chaque partie doit prendre dans un certain délai pour la présentation d'une réclamation.

Dans les conditions générales, la troisième édition n'avait pas de clause type relative au paiement. La quatrième édition exige que l'ingénieur certifie les demandes mensuelles de paiement de l'entrepreneur qu'il juge fondées et spécifie dans quels délais ces demandes doivent être réglées. Cette nouvelle disposition corrige l'omission de l'édition précédente. Une interprétation prudente de ces prescriptions exigerait aussi que l'entrepreneur comprenne dans ses demandes mensuelles tous dommages-intérêts qu'il peut réclamer pour rupture de contrat, s'agissant d'une question qui se pose à propos du contrat ou de l'exécution des travaux.

De plus, la quatrième édition, pour la première fois, reconnaît expressément à l'article 69.4 et 69.5 que les entrepreneurs qui ne sont pas

payés dans le délai stipulé par le contrat peuvent suspendre ou ralentir les travaux.

Enfin, la troisième édition donnait toujours lieu à controverse, en ceci qu'elle ne précisait pas quelle mesure une partie était tenue de prendre dans un délai de quatre-vingt-dix jours après avoir reçu une décision de l'ingénieur (ou, si l'ingénieur n'avait pas pris de décision, dans les quatre-vingt-dix jours suivant le délai de quatre-vingt-dix jours imparti à l'ingénieur pour prendre sa décision) afin de se réserver le droit de faire arbitrer un litige. Certains tribunaux d'arbitrage de la CCI interprétaient la clause comme exigeant la présentation d'une demande d'arbitrage à la CCI - ce qui entamait la procédure arbitrale - avec communication d'une copie à l'ingénieur. D'autres estimaient qu'il suffisait de notifier par lettre à l'ingénieur et à l'autre partie son intention de faire arbitrer le litige. Les conséquences d'une telle incertitude étaient graves puisque, faute de prendre la mesure correcte, la partie réclamante était forclose.

Cette ambiguïté a été levée dans la quatrième édition des conditions de la FIDIC. L'article 67 précise maintenant que, pour pouvoir faire arbitrer un litige, une partie doit, dans un délai de soixante-dix jours après avoir reçu une décision (ou, s'il n'y a pas eu de décision, dans un délai de soixante-dix jours après l'expiration du délai de quatre-vingt-quatre jours dans lequel la décision devait être prise), notifier à l'autre partie, avec copie à l'ingénieur, son intention d'entamer l'arbitrage. Cette notification est nécessaire pour pouvoir soumettre ultérieurement à l'arbitrage la question en litige. Dès lors que la notification a été faite, l'arbitrage n'a pas à être entamé à un moment donné.

Conditions particulières applicables

La deuxième partie - les conditions particulières applicables - ne suggère pas seulement les questions qui devraient être examinées et traitées dans chaque contrat, mais contient en outre un commentaire et, dans la plupart des cas, des exemples de clauses qui peuvent être utilisées pour régler les diverses questions. Parmi les questions les plus importantes, on peut citer les devoirs de l'ingénieur, la langue des documents et le droit applicable, la garantie d'exécution, l'inspection du chantier, les assurances, le délai d'exécution, la responsabilité pour défectuosités, les modifications, et le règlement des litiges.

Annexe à la soumission

Il est à noter que l'annexe à la soumission contient pour chaque soumission d'importants éléments propres au projet tels que le délai d'exécution, le montant de l'indemnité pour retard, la durée de la responsabilité pour défectuosités, le pourcentage de retenue de garantie et le montant de la garantie d'exécution. Cette annexe doit être remplie séparément pour chaque projet et fournie aux soumissionnaires avec les autres documents de soumission. Chaque élément de l'annexe est accompagné des clauses correspondantes des conditions.

Conclusion

Le contrat type de travaux de la FIDIC est devenu le principal contrat international de contruction. Les conditions de la FIDIC sont les seules conditions contractuelles types publiées sur le plan international et destinées spécifiquement aux travaux de génie civil. Tous ces documents de la FIDIC, c'est-à-dire la soumission, l'annexe à la soumission, le contrat,

les conditions générales et les conditions particulières applicables, se combinent et se renvoient l'un à l'autre. Le document de la FIDIC n'est pas seulement le plus fréquemment utilisé, mais il sert de modèle pour la rédaction d'autres documents et, souvent, pour la négociation de clauses d'autres contrats internationaux de construction. L'acceptation générale de ce contrat type favorise l'uniformité dans les contrats internationaux de construction.

3. Praticiens internationaux

JUSTICE R. D. NICHOLSON
Juge, Perth (Australie);
The Law Association for Asia and the Pacific

La Law Association for Asia and the Pacific (Association juridique pour l'Asie et le Pacifique), dénommée LAWASIA, a été créée le 10 août 1966. Elle est donc née la même année que la CNUDCI. Elle a été constituée par les associations d'avoués et notaires et les associations du barreau des pays de la région de la Commission économique et sociale pour l'Asie et le Pacifique (CESAP). Par conséquent, ses organismes affiliés vont de la République islamique d'Iran à l'ouest au Japon à l'est, et de la Chine au nord à l'Australasie au sud. Elle compte 35 associations d'avoués et notaires et associations du barreau nationales comme membres fondateurs, et 13 associations d'avoués et notaires et associations du barreau locales, y compris deux associations d'étudiants en droit. La LAWASIA représente donc des juristes de pays développés et non développés.

La LAWASIA se compose d'un organe exécutif, d'un conseil, de comités, de sections, de conférences bisannuelles et d'un secrétariat. Elle publie dans la région un magazine, un journal, un répertoire, un bulletin sur les droits de l'homme ainsi que des bulletins de ses comités permanents et sections.

La LAWASIA reconnaît que les services ont acquis une importance accrue dans les économies des pays tant développés qu'en développement de la région et qu'ils constituent une source majeure de création d'emplois. Elle appuie le mouvement tendant à créer un cadre multilatéral de règles et principes qui régiront équitablement les échanges de services, comme les règles et principes du GATT régissent les échanges de marchandises. Les principes à la base d'une telle initiative seraient la non-discrimination entre les parties à un accord général sur les échanges de services, la transparence dans les règlements relatifs aux échanges et d'autres dispositions concernant les monopoles, les subventions, la passation des marchés publics et la réglementation nationale. La LAWASIA reconnaît la complexité qu'il y a à reconnaître les qualifications dans toute la région, mais elle appuie l'utilisation de sa structure régionale pour encourager les associations d'avoués et notaires et les associations du barreau à examiner et à trancher les questions ayant trait à cette reconnaissance.

Les ressources que la LAWASIA peut offrir pour l'examen de ces questions dans la région sont ses réunions régionales, les associations nationales d'avoués et notaires et les associations nationales du barreau qui y sont affiliées, les cabinets d'avocats et les praticiens du droit qui en sont membres et ses travaux dans l'enseignement du droit.

Réunions régionales

La conférence de la LAWASIA se tient régulièrement tous les deux ans dans la région et constitue une instance régionale unique pour la discussion et

l'examen de l'évolution souhaitable pour la région. Des communications sur le droit commercial ont fait partie du programme des conférences passées, et la question de l'offre de services au sein de la région pourrait utilement faire l'objet de conférences futures. A la session plénière de la conférence de la LAWASIA, qui s'est tenue à Perth (Australie) en septembre 1991, Kartini Muljadi a présenté une communication sur "Le rôle des avocats dans les pays en développement". A cette conférence, d'autres communications ont été faites sur des sujets ayant trait au droit commercial tels que "Les marchés de capitaux indonésiens", "La réglementation des valeurs à Hong-kong", "Le marché des capitaux de Corée", "La privatisation en Thaïlande", "Les possibilités de la coopération juridique régionale", "Les effets du futur commerce asiatique sur la propriété intellectuelle", "La réglementation des banques et des valeurs en Inde" et "Les mesures fiscales prises par l'ANASE et les pays du Pacifique pour promouvoir les échanges et le commerce".

Après la dernière conférence s'est tenue une réunion inaugurale des présidents des organismes affiliés à la LAWASIA. Il a été convenu à cette réunion qu'étant l'organe représentatif pour la région, la LAWASIA devait servir de dépositaire des renseignements relatifs aux admissions étrangères et nationales dans la région.

Outre la conférence, les sections et les comités permanents de la LAWASIA tiennent des réunions régionales de temps à autre. Ces sections pourraient, sur le plan régional, accorder plus d'attention à l'offre de services. Les sections sont la Section judiciaire, la Section du droit de la famille et des droits familiaux et la Section du droit de l'énergie. Il y a des comités permanents sur les droits de l'homme, le droit des affaires et des banques, le droit des communications et des médias, le droit pénal, l'exécution des jugements étrangers, le droit de l'environnement, le droit de l'insolvabilité, la propriété intellectuelle, le droit du travail, l'aide juridique, l'enseignement du droit, la condition de la femme et le droit fiscal.

Organismes affiliés

La LAWASIA appelle l'attention sur les contacts uniques qu'elle entretient sur le plan régional avec les associations d'avoués et notaires et les associations du barreau qui lui sont affiliées. Par leur intermédiaire, elle est en mesure de mettre en lumière les questions liées à l'offre de services et de faire inscrire aux programmes de ces organismes juridiques nationaux l'examen des questions qui doivent être résolues pour promouvoir l'offre régionale de services.

Dans le contexte du développement économique dans la région, la LAWASIA signale que Hong-kong, le Japon et Singapour, qui sont des pays membres, ont reconnu le rôle que l'offre de services juridiques joue dans la croissance économique et dans le commerce international en adoptant des régimes régulateurs plus ouverts.

Hong-kong

La LAWASIA signale que Hong-kong, territoire membre, a récemment adopté, au sujet de la réglementation des services juridiques étrangers, une attitude plus favorable à l'ouverture du marché, mais qu'elle n'a pas encore fait d'offre d'accès au marché pour les services juridiques dans le cadre des négociations commerciales du GATT dites Négociations d'Uruguay.

Japon

La LAWASIA note que, comme les Etats-Unis, la Communauté européenne et certains autres pays, le Japon, pays membre, a offert une concession d'accès au marché avec maintien en l'état pour les services juridiques dans le cadre des Négociations d'Uruguay.

Singapour

Depuis la fin des années 70, Singapour, pays membre, autorise les cabinets juridiques étrangers sous licence.

Australie

Pour l'Australie, le membre constituant de la LAWASIA est le Conseil juridique d'Australie, qui est le conseil national des juristes. Le Conseil s'est joint au Département australien de l'industrie, de la technologie et du commerce pour financer l'établissement d'un rapport sur les services de droit commercial australiens. L'étude a été exécutée dans le cadre du programme de recherche sur les industries de services institué par le département et la coalition des industries de services sous la supervision du Comité des pratiques juridiques internationales de la Section de droit international du Conseil juridique. L'étude a recommandé trois approches complémentaires pour améliorer la contribution de l'Australie à l'offre de services sur le plan international. Premièrement, un plus grand nombre de juristes australiens devraient être encouragés à se faire accréditer à l'étranger. Deuxièmement, les juristes étrangers devraient être encouragés à pratiquer en Australie. Troisièmement, la formation de partenariats multinationaux devrait être autorisée en Australie.

Selon la politique du Conseil juridique, l'évolution de l'Asie et du Pacifique exige la participation de l'Australie. Le Conseil considère que l'Australie doit encourager à pratiquer en Australie les juristes étrangers de pays qui accréditent les juristes australiens; à cette fin, le Conseil a adopté une déclaration de principes sur la pratique du droit par les juristes étrangers en Australie et encourage l'adoption d'une politique uniforme dans toute l'Australie sur cette question.

C'est par le Conseil juridique d'Australie que la profession juridique en Australie est représentée à l'International Legal Services Advisory Committee (Comité consultatif des services juridiques internationaux) (ILSAC), comité créé par le Gouvernement australien vers la fin des années 90 pour favoriser l'exportation des services juridiques australiens. L'ILSAC a spécialement pour objet d'améliorer les réalisations de l'Australie sur le plan international dans le domaine juridique et dans celui des services apparentés. A cette fin, il donne des avis au gouvernement sur les questions de politique et la coordination des programmes, facilite les communications entre le gouvernement et le secteur privé et seconde les initiatives de celui-ci en rassemblant, étudiant et diffusant des informations. Ses intérêts s'étendent à quatre principaux domaines : l'universalisation de la pratique du droit; le développement des services de l'Australie en matière de règlement des litiges commerciaux internationaux; l'éducation et la formation juridiques; et l'amélioration de la coopération juridique de gouvernement à gouvernement. Le Conseil juridique d'Australie, qui est affilié à la LAWASIA est membre de ce comité et apporte ainsi l'appui de la profession juridique australienne à ces objectifs.

Nouvelle-Zélande

La Nouvelle-Zélande et l'Australie, toutes deux représentées à la LAWASIA, ont conclu l'Accord pour des relations économiques plus étroites. Au sein de la région de la LAWASIA, les firmes d'un pays sont représentées dans les autres pays. Les services ainsi offerts sont des services destinés aux entreprises commerciales, tels que services financiers, comptabilité, publicité et services juridiques.

Parmi ses membres financiers, la LAWASIA compte 62 firmes juridiques de la région. Par leur affiliation à la LAWASIA, ces firmes ont manifesté leur intérêt à être actives sur le plan régional.

Praticiens du droit

La LAWASIA compte approximativement 2 500 membres individuels dans les pays de la région et ailleurs. Ces membres s'intéressent aux aspects régionaux du droit et sont généralement qualifiés pour examiner les questions liées à l'offre régionale de services professionnels.

Enseignement du droit

L'exportation croissante de services d'éducation juridique dans la région de la LAWASIA appelle l'accroissement de l'offre de services. Au cours de l'année civile 1991, par exemple, sur les 569 étudiants étrangers du niveau tertiaire faisant des études juridiques dans les établissements australiens d'enseignement supérieur, la majorité venaient d'Asie (60 %) et du Pacifique (7 %). Cette évolution a été encouragée du fait qu'en 1986, les règlements ont été modifiés pour permettre l'inscription des étudiants étrangers payant l'intégralité des droits d'inscription.

Les conférences et comités de la LAWASIA ont donné aux juristes universitaires de la région l'occasion d'apporter une contribution à la pensée juridique de la région et de faire montre des aptitudes professionnelles et universitaires existant dans la région.

Le Comité permanent de la LAWASIA pour l'enseignement du droit a récemment tenu à Port Moresby un séminaire sur l'enseignement permanent du droit, qui a été très réussi. Son programme futur lui donnera l'occasion de continuer à promouvoir l'enseignement permanent du droit dans la région, et l'offre de services est un sujet qui se prête à un examen dans ce contexte.

Conclusion

La LAWASIA se déclare favorable à l'examen des questions liées à l'offre régionale de services juridiques. Elle reconnaît que l'offre de tels services peut apporter une contribution essentielle aux économies des pays en développement et développés qu'elle compte parmi ses membres. Elle estime que son rôle régional la met dans une situation unique pour promouvoir cet examen. Elle offre son concours, sous les formes qui ont été esquissées, pour faire progresser les discussions, débats et analyses de manière à ce que l'offre régionale accrue de services juridiques du niveau professionnel devienne une réalité.

RICHARD E. LUTRINGER
Avocat, New York (Etats-Unis d'Amérique);
Président de l'Association américaine pour les droits étrangers

C'est pour moi un grand honneur et un grand privilège que de prendre la parole devant le Congrès de la CNUDCI, au nom de l'Association américaine pour les droits étrangers, qui compte plus de 650 membres - avocats travaillant dans des cabinets juridiques, des sociétés et des organisations internationales, professeurs et magistrats. Elle oeuvre pour la compréhension et l'application des droits étrangers, du droit comparé et du droit international privé et porte le plus vif intérêt à l'unification internationale du droit privé.

En tant que praticien international, j'ai été invité à faire part de mes observations sur la valeur pratique des instruments juridiques en vigueur qui traitent de l'offre de services et à proposer des matières que la CNUDCI ou d'autres organisations pourraient dans l'avenir unifier au plan international.

S'agissant des conventions et textes en vigueur sur l'offre de services, je limiterai mes observations à deux documents bien connus : la Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international et le Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles.

La Convention d'UNIDROIT sur le crédit-bail international

La Convention sur le crédit-bail international est un texte qui enrichit opportunément la collection d'instruments juridiques uniformes de droit commercial international.

C'est presque avec réticence, compte tenu du travail, du savoir et des compétences qui, de toute évidence, ont été investis dans l'élaboration de ce qui est une excellente convention et conscient de ce que tout document de ce type renferme des compromis difficiles, que j'offre sur elle les commentaires suivants d'un praticien.

Employer dans des conventions de droit international privé des termes neutres au lieu de mots et expressions qui peuvent avoir un sens particulier dans telle ou telle langue ou tel ou tel système juridique présente, à l'évidence, quelque avantage. Mais l'emploi dans la Convention sur le crédit-bail international d'un certain nombre de termes non définis fait naître, chez les avocats d'affaires et leurs clients, le spectre de l'incertitude. Une section consacrée aux définitions ou un commentaire officiel explicatif accompagnant chaque paragraphe de la Convention contribuerait à dissiper l'incertitude et encouragerait de nombreux pays à adopter la Convention en tant qu'outil type du commerce international.

En ce qui concerne l'autonomie des parties, la Convention limite la capacité des parties au contrat de déterminer le quantum des dommages-intérêts à verser par le crédit-preneur, en cas de défaillance de sa part, à un montant qui ne doit pas dépasser d'une façon excessive celui qui placerait le crédit-bailleur dans la situation où il se serait trouvé si le crédit-preneur avait exécuté convenablement le contrat de crédit-bail (art. 13 de la Convention, par. 2 b)).

Il s'agit là d'une des rares dispositions dont la Convention prévoit qu'elles ne peuvent être modifiées par contrat. Elle paraît raisonnable et l'est probablement dans la plupart des cas. Le problème est qu'il est

impossible de dire à l'avance ce qui semblera raisonnable cinq ans plus tard. Si le crédit-bailleur souhaite céder ses droits à des tiers, l'affaire se complique encore : ses droits nés des contrats de crédit-bail protégés par la Convention vaudront-ils moins que ceux nés des contrats qui ne le sont pas ? Un contrat de crédit-bail comprenant une clause de dommages-intérêts libérale ne serait-il pas "exécutoire conformément à ses clauses", pour reprendre une formule type des garanties et des contrats ?

Il ressort clairement du livre 2A consacré au crédit-bail, incorporé dans le Code de commerce uniforme des Etats-Unis (UCC) dans le cadre des modifications qui lui ont été apportées récemment, que les parties peuvent retenir n'importe quelle formule pour déterminer les dommages-intérêts, qui était raisonnable au moment de la conclusion du contrat de crédit-bail (livre 2A, art. 504, du Code de commerce uniforme). Or, il semblerait que l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 13 de la Convention d'UNIDROIT autorise une deuxième estimation reposant sur les circonstances au moment de la défaillance.

Tout aussi troublante, bien que compréhensible, est la disposition du paragraphe 5 de l'article 13 de la Convention, en vertu duquel il faut notifier au crédit-preneur sa défaillance et lui offrir la possibilité d'y remédier avant que le crédit-bailleur ne puisse exercer son droit à exiger un paiement anticipé ou à résilier le contrat. Cette disposition, qui peut être modifiée dans le contrat de crédit-bail, est diamétralement opposée à celle du livre 2A, article 502, de l'UCC, qui permet au crédit-bailleur d'exercer ses droits sans notification. Il est vrai que les parties peuvent modifier cette disposition de la Convention dans le contrat de crédit-bail mais, lorsqu'elles ne le font pas, il pourrait s'ensuivre dans la pratique, lorsque la rapidité d'action peut être un élément crucial et que d'autres créditeurs sont à l'affût, que le crédit-bailleur non couvert par la Convention commence à faire jouer son droit à recours, alors que le crédit-bailleur qui relève de la Convention doit attendre de voir si le crédit-preneur peut remédier à sa défaillance. Or, il ne faut pas oublier qu'au moment du défaut de paiement du loyer le crédit-bailleur s'est entièrement acquitté de ses obligations en ayant fourni les fonds pour acheter le matériel que le crédit-preneur utilise dans l'exercice de sa profession.

En somme, essayer d'élaborer une convention équilibrée ou juste pour le crédit-preneur, à tout le moins, renforce le pouvoir de négociation du crédit-preneur en cas de défaut de paiement, mais peut aussi être une des raisons pour lesquelles les praticiens qui représentent les crédits-bailleurs relevant de systèmes ayant une longue tradition du crédit-bail peuvent avoir tendance à choisir de ne pas suivre la Convention. D'un autre côté, dans les systèmes juridiques des pays où le crédit-bail n'est pas une tradition bien ancrée, la Convention peut fort bien fournir les éléments de nature à accroître la certitude d'un mécanisme juridique utile et jusqu'alors inconnu.

Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles

Le Guide fournit une analyse fort utile des incidences économiques qu'a le choix des clauses des grands contrats de construction d'installations industrielles. A mon sens, il pourrait être plus utile encore s'il contenait un ensemble d'accords types. S'il est vrai que les dispositions qui y sont données à titre d'exemples sont d'un grand secours, elles ne sauraient tenir lieu d'instruments complets. Même s'il risque d'aboutir à l'établissement de facto d'un contrat type "approuvé", le fait pour un praticien de lire une disposition complexe dans le contexte d'un contrat intégral est tout aussi

utile qu'un exposé des effets économiques d'ordre pratique de cette disposition, les deux se complétant. Le Livre rouge de la Fédération internationale des ingénieurs-conseils répond, d'une certaine manière, aux besoins, mais il n'est pas aussi étoffé que le Guide et n'est pas l'unique source de formules internationales types pour les contrats de travaux de construction. Peut-être une édition ultérieure du Guide pourrait-elle incorporer une ou plusieurs formules types.

Suggestions pour les travaux futurs dans le domaine des services

Je souhaiterais formuler à ce stade quelques suggestions sur l'orientation à donner aux travaux futurs d'unification du droit commercial du XXIème siècle.

Les défis que les nations du monde ont à relever aujourd'hui sont uniques et sans précédent dans ce siècle. Des nations entières se dissolvent dans de nouvelles entités, des systèmes économiques passent, pratiquement du jour au lendemain, de l'économie planifiée à l'économie de marché sans que les ravages d'une guerre ou les ordres d'une puissance occupante y soient pour quelque chose. Quel défi pour la communauté juridique internationale ! Et quelle occasion de faire appel à l'unification du droit international pour contribuer à édifier le cadre juridique des échanges et des investissements pour le siècle à venir ! La CNUDCI, UNIDROIT, la Chambre de commerce internationale et d'autres institutions-phares dans le domaine de l'unification du droit privé jouissent de l'expérience et du respect du monde entier, qui leur permettent de coopérer avec d'autres institutions spécialisées dans telle ou telle matière.

Voici quelques propositions précises pour les travaux d'unification à venir dans le domaine de l'offre de services.

Contrats construire-exploiter-transférer (CET)

La législation relative aux contrats construire-exploiter-transférer, qui vient d'être adoptée aux Philippines, constitue un régime juridique dont de nombreux autres pays pourraient s'inspirer. Le fait d'autoriser une personne privée à construire une route, une centrale électrique ou un pont, par exemple, à l'exploiter pendant un certain nombre d'années moyennant redevance, puis à le transférer au pays une fois le capital investi théoriquement récupéré, réduit la nécessité pour le pays d'avancer des fonds et répartit le risque en "privatisant" la modernisation d'un secteur public. Nombre de questions et de distinctions intéressantes doivent être analysées ici, et il semblerait utile que la CNUDCI donne l'exemple, dans le prolongement naturel de ses travaux sur le Guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles.

Secrets commerciaux

Dans le domaine des données techniques secrètes et des informations commerciales confidentielles, des définitions types et acceptables de ce qui peut et devrait être protégé par les tribunaux et les recours disponibles pour détournement se prêtent bien à un accord international. Certains pays ne reconnaissent la qualité de secret commercial qu'aux informations techniques, tandis que d'autres l'étendent aux informations commerciales confidentielles. Certains pays imposent l'obligation d'enregistrement, d'autres non. Les accords sur le caractère confidentiel et secret des informations sont devenus chose courante dans les transactions internationales, qu'il s'agisse de la création de coentreprises, d'acquisitions ou de licences. Aux Etats-Unis d'Amérique, la loi uniforme sur les secrets commerciaux a été adoptée par de

nombreux Etats et a permis d'harmoniser la définition du secret commercial et le régime de sa protection. Des normes internationales sur les secrets commerciaux viendraient renforcer utilement le réseau de plus en plus dense des instruments internationaux.

Terminologie de l'environnement - "écolabel"

Un certain nombre de pays ont introduit une sorte de certification officielle pour les produits qui répondent à certains critères de protection de l'environnement. Parvenir à un accord international sur les normes qu'un produit ou un service doit respecter pour pouvoir bénéficier de cette certification permettrait d'éviter la profusion de normes différentes. La CNUDCI et les organisations nationales et internationales de défense de l'environnement pourraient mettre au point des normes applicables à travers le monde sur une base volontaire. De même, il serait utile, pour le commerce international, de se mettre d'accord sur la signification de mots tels que "naturel", "recyclable" et "biodégradable". Cela pourrait se faire notamment en complétant le Code international sur la publicité élaboré par la Chambre de commerce internationale, comme cela a été le cas avec les directives relatives à la publicité qui s'adressent aux enfants.

Assurance

Si l'assurance est une composante nécessaire du commerce international, les juridictions divergent souvent sur le sens de termes clefs. Dans les seuls Etats-Unis d'Amérique, la définition des risques couverts par des polices d'assurance rédigées en des termes identiques varie d'un Etat à l'autre. La CNUDCI, avec les grandes associations nationales et internationales de compagnies d'assurances et d'autres groupes industriels, pourrait contribuer à la promulgation de définitions uniformes, qui aideraient aussi bien les bénéficaires que les assureurs à définir à l'avance les risques couverts.

Franchisage

Tout comme elles ont besoin de capitaux pour moderniser l'infrastructure, les nouvelles démocraties d'Europe orientale et d'ailleurs ont besoin aussi des techniques et du savoir-faire nécessaires à la distribution efficace des biens et des services. Le franchisage met à la disposition du franchisé local, souvent une petite entreprise, une marque de fabrique ou de service de réputation internationale, des procédures et des systèmes d'exploitation confirmés, une formation à la gestion et des produits ou des services normalisés. La création de cette relation de franchisage passe par la protection de la propriété intellectuelle, une loi sur la concurrence définissant la nature de cette relation et l'aptitude à verser les redevances au franchiseur qui se trouve hors du pays. Les franchisés potentiels ont besoin de disposer de renseignements sur le franchiseur, sa situation financière et les services qu'il est appelé à fournir. Le franchiseur, qu'il s'agisse d'une chaîne de restaurants, de magasins de robes et costumes de mariés ou de services de secrétariat, a besoin de l'efficacité qu'apporte un document de divulgation normalisé. La notion de document de divulgation a été largement développée par la Commission fédérale du commerce des Etats-Unis et un certain nombre d'Etats des Etats-Unis. La CNUDCI pourrait envisager d'élaborer à la fois un guide à l'intention des franchisés (sur le modèle de son Guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles, mais plus modeste) et une loi type sur la divulgation qui, notamment, définirait à l'intention des franchiseurs les règles en la matière.

Sûretés

Les négociations qui ont présidé à l'adoption des Conventions d'UNIDROIT sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international illustrent le développement et l'importance des transactions financières internationales. La possibilité d'obtenir une sûreté constituée sur les biens meubles offre un autre cadre conceptuel de nature à encourager le financement du commerce international par tierce partie. Il est un domaine particulier qui présente un immense intérêt pour le franchisage international : il s'agit de la possibilité d'obtenir une sûreté constituée sur les marques de fabrique et les marques de service. La Commission des droits étrangers et du droit comparé de l'Association du barreau de la ville de New York a entrepris d'étudier les régimes juridiques de divers pays concernant les sûretés constituées sur les marques de fabrique et les marques de service. Une analyse préliminaire montre, dans de nombreux pays, une incertitude quant à la manière dont ce problème devrait être traité. Etant donné la diversité des théories, il serait bon que cette matière fasse l'objet d'un accord international, sous forme de convention ou de loi type, de manière à encourager le financement par tierce partie.

Conclusion

Les exemples que je viens de prendre ne sont que quelques-uns des nombreux domaines où le mouvement d'unification internationale pourrait contribuer à développer le commerce international. Les échanges compensés, les accords de rachat dans le cadre des coentreprises et les contrats de gestion conclus par des non-actionnaires sont d'autres thèmes méritant d'être explorés. Il serait éminemment utile de joindre à chaque convention des commentaires officiels et de rendre compte en permanence des décisions judiciaires sur l'interprétation des conventions.

Si le commerce international est le carburant qui alimente la croissance de l'économie mondiale, le droit commercial international et les organisations telles que la CNUDCI sont les lubrifiants qui permettent au moteur de tourner au régime voulu pour que cette croissance se poursuive harmonieusement au XXIème siècle.

JOSE IGNACIO CRUZ
Avocat, New York (Etats-Unis d'Amérique); Association du barreau mexicain

J'ai été chargé de vous parler de la nécessité qu'il peut y avoir d'unifier et d'harmoniser la législation dans le domaine de la fourniture de services dans le cadre du droit commercial international.

En tant que représentant des avocats mexicains, je tiens tout d'abord à féliciter la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international des résultats qu'elle a obtenus jusqu'à présent en élaborant des règles uniformes dans de vastes secteurs du commerce international.

Comme le savent beaucoup d'entre vous, le Mexique, pays en développement, avait, il n'y a pas longtemps, l'une des économies les plus protégées du monde. Notre industrie nationale craignait la concurrence internationale parce que celle-ci n'entrait pas facilement dans notre pays et que, lorsqu'elle y entrait, les conditions auxquelles elle était acceptée garantissaient que la concurrence étrangère n'éliminerait pas les investisseurs nationaux.

Le Mexique est aujourd'hui un pays différent, qui prend à coeur son rôle de partenaire sérieux sur le marché international, où il reconnaît qu'une participation active est nécessaire pour faire face à un monde en mutation rapide.

Etant donné l'attitude positive du Mexique à l'égard d'un marché international, les avocats mexicains eux aussi comprennent et appuient l'unification et l'harmonisation de la législation dans tous les domaines du commerce international, y compris la fourniture de services. Dans ce domaine précis, nous tenons à appeler l'attention de la Commission sur les questions suivantes :

Services de courtage

Nous entendons par là non seulement le courtage des valeurs mobilières, mais aussi celui des immeubles et des marchandises. A notre avis, ces services se prêtent à des travaux futurs en ce qui concerne non seulement l'unification de la législation, mais aussi la rédaction de formules types pour chacun de ces services.

L'expérience nous a appris à ce sujet que chaque entreprise de courtage établit ses propres documents contractuels, des plus simples aux plus compliqués. Certains de ces documents se réfèrent aux pouvoirs du courtier d'une manière extensive, d'autres d'une manière restrictive et d'autres encore d'une manière telle qu'il est difficile de comprendre comment le courtier agira au nom de son client.

Nous savons tous aussi que, dans certains pays, pour devenir courtier ou ouvrir une entreprise de courtage, diverses conditions doivent être remplies, dont l'étendue dépend du domaine où travaillera la personne ou la société. Il y a des pays où, malheureusement, un agent immobilier ou un courtier en marchandises n'a à remplir aucune condition, ce qui ne garantit pas nécessairement au client en puissance que le courtier lui-même est qualifié et formé.

Il importe à cet égard de comprendre que, dans une communauté internationale, le courtier joue, dans certains cas, un rôle très important. Chaque pays devrait donc s'efforcer d'adopter des règles uniformes propres à donner à la communauté internationale l'assurance que les courtiers agréés satisfont au moins à des normes internationales minimales de préparation et d'éthique.

Tourisme

C'est là un autre domaine qui, selon nous, a besoin d'une législation uniforme. Nous constatons que, dans de nombreux pays, les établissements de tourisme ne sont pas toujours dûment réglementés et que, ce qui est pire, le touriste, dans bien des cas, faute de connaître les règlements locaux, ne sait pas quels sont ses droits ni comment les faire valoir.

C'est à cause de ce manque d'information que nous avons connu, dans le passé, le cas de personnes qui nous demandaient une aide pécuniaire parce que l'établissement n'honorait pas ses promesses ou ne fournissait pas dûment les services qu'avait décrits l'agence de voyage par l'intermédiaire de laquelle toutes les dispositions avaient été prises, ou parce que l'intéressé avait subi un dommage corporel ou matériel par suite de la négligence de l'établissement.

Il y a, à cet égard, des pays dont la législation prévoit des voies de recours rapides et peu coûteuses permettant à la partie lésée d'obtenir réparation de ce type d'établissement; malheureusement, dans d'autres pays, la législation est pauvre ou inexistante dans ce domaine et l'administration de la justice est lente et coûteuse.

Nous croyons par conséquent que c'est là un domaine que la CNUDCI devrait aborder afin de prier chaque Etat membre d'adopter une législation uniforme en la matière. Nous encourageons la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à poursuivre ses efforts pour donner au monde une législation uniforme fiable propre à garantir à la communauté internationale une compréhension claire de ses droits et obligations dans un monde qui, tous les jours, devient plus petit.

EDWARD V. LAHEY
Vice-Président et conseil général
Pepsico Inc., Purchase, New York (Etats-Unis d'Amérique);
Westchester-Fairfield Corporate Council Association

Nous assistons actuellement à la croissance rapide des services à l'échelon mondial, alors qu'il s'agissait d'activités relevant essentiellement auparavant de l'échelon local ou, tout au plus, national. On peut aujourd'hui, pour le meilleur ou pour le pire, utiliser la carte American Express dans 160 pays, dîner dans un restaurant Kentucky Fried Chicken dans 63 pays, descendre dans un hôtel Inter-Continental dans 114 pays; même Disney World a été magiquement reproduit au Japon et en France. Il s'agit là, dans une grande mesure, d'une conséquence des progrès techniques dans le domaine de la communication et du transport. A la base de toute cette évolution se trouve cependant, du point de vue tant juridique que commercial, le concept d'identification de marque ou ce que nous autres juristes appelons "marques de commerce".

Les marques de commerce sont essentielles à la commercialisation moderne des services de consommation. Ce sont des symboles, des mots ou d'autres signes qui identifient les services d'une entreprise donnée et les distinguent de ceux d'autres entreprises. Les marques de commerce aident tout simplement le consommateur à choisir efficacement des services. Elles permettent à l'acheteur d'identifier les services qu'il a jugés satisfaisants dans le passé et à rejeter ceux qu'il n'a pas jugés tels.

En permettant d'identifier la source de tels ou tels services, les marques de commerce transmettent d'utiles données au consommateur, et les marques aisément reconnaissables réduisent ainsi les coûts de recherche du consommateur dans ses décisions d'achat. Les marques de commerce sont en outre source de responsabilité, ce qui amène le prestataire de services à offrir un niveau de qualité constant et élevé. C'est là un avantage à effet multiplicateur, puisque d'autres entreprises sont bien obligées, pour être compétitives, de prendre des mesures pour améliorer la qualité de leurs propres services.

Une marque de commerce reconnue et respectée peut devenir, pour une entreprise, un atout d'une valeur incalculable, qu'on appelle d'ordinaire la réputation. Le propriétaire d'une marque de commerce ne sera néanmoins disposé à prendre le risque d'investir dans sa marque que s'il peut bénéficier d'une protection juridique suffisante. Plus la valeur d'une marque de commerce est grande, et plus d'autres entreprises seront tentées d'adopter la même marque ou une marque analogue pour indure, à leur profit, les

consommateurs en erreur lorsqu'ils choisissent des services. Paradoxalement, des marques copiées ne portent pas seulement atteinte à la valeur et à la réputation de la marque légitime, mais sont sources d'inefficacité et accroissent les coûts pour le consommateur. En permettant au consommateur de ne pas confondre les divers prestataires de services, la loi garantit par là même la réputation de chacun d'entre eux. Presque tous les systèmes juridiques du monde reconnaissent donc la nécessité de protéger les marques de commerce.

Actuellement, la nature fragmentaire et les divergences de la protection juridique des marques de commerce selon les pays continuent malheureusement de poser un important obstacle au commerce international. Il y a, en effet, quelque 170 systèmes juridiques dotés de 170 législations différentes, 170 réglementations différentes, 170 ensembles de normes différents, 170 ensembles de prescriptions différents en matière de pièces justificatives et, bien entendu, 170 barèmes de droits différents.

La protection à l'échelon mondial d'une marque de commerce de valeur peut donc constituer un défi d'une complexité technique extrême, appelant des connaissances juridiques spécialisées tant aux niveaux international que local, de la patience, de la chance, beaucoup de temps et un chéquier bien approvisionné.

Les progrès réalisés en matière de technologie et de communication rétrécissent le monde commercial. Nous approchons rapidement du moment où des services pourront être simultanément fournis dans plusieurs pays différents en quelques minutes, alors qu'il peut falloir de quatre à cinq ans pour enregistrer les droits relatifs à une marque de commerce dans certains pays, et même plus pour faire valoir ces droits dans d'autres. Une piraterie constante et flagrante persiste par ailleurs dans certains pays, de telle sorte que le propriétaire légitime d'une marque de commerce peut se voir empêché d'utiliser sa propre marque par une partie avisée, qui peut avoir appris inopinément l'existence d'un nouveau service enregistré dans un autre pays grâce à un programme de télévision par câble de diffusion internationale. Dans d'autres pays, la contrefaçon de biens et de services reste généralisée, ce qui induit le consommateur en erreur et cause des dommages souvent irréparables à ceux qui ont légitimement investi dans des marques de commerce de valeur.

Il existe actuellement deux importants arrangements multinationaux administrés par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Il s'agit, tout d'abord, de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, à laquelle 102 pays sont parties, dont les pays les plus importants sur le plan commercial. Cet instrument ne prévoit cependant qu'un minimum de protection et n'est assorti d'aucun mécanisme visant à en assurer l'application.

L'autre arrangement, à savoir l'Accord de Madrid, auquel 30 pays sont parties, est en fait devenu un arrangement régional. Il permet une certaine assistance en matière d'enregistrement et pour des activités ultérieures, mais ne fait que compléter des systèmes nationaux qui restent divergents à bien des égards et n'a aucun effet pour ce qui est de faire respecter les droits visés. Cet arrangement reste donc loin de ce qui serait réellement nécessaire.

Dans ce vide juridique, la propriété intellectuelle, et particulièrement les marques de commerce, sont devenues un thème important des négociations commerciales qui se poursuivent à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), comprenant une centaine de pays signataires. Le GATT a

clairement reconnu l'importance croissante des services dans l'économie mondiale. En outre, les mécanismes d'application du GATT sont pratiquement utilisés de plus en plus souvent pour remédier aux déséquilibres existants dans la protection des droits relatifs aux marques de commerce. Le GATT ne prévoit cependant aucun droit privé en matière d'exécution.

Je souhaiterais souligner les questions importantes en jeu. Les propriétaires de marques de commerce ont besoin d'une protection juridique efficace et opportune, assurée d'une manière aussi cohérente et certaine que possible. Les trois facteurs clefs à cet égard sont les suivants : rapidité, fiabilité et coût raisonnable.

Il n'est évidemment pas réaliste pour le moment de préconiser un système mondial entièrement centralisé de protection des marques de commerce. Il importe certes de reconnaître l'importance des différences de goût, d'attitude, de langue et de culture aux niveaux local, national et régional, ainsi que des effets de cette diversité sur l'utilisation et la protection des marques de commerce. On ne saurait en outre ignorer qu'il existe de nombreux systèmes et traditions juridiques différents, ainsi que le fait économique que certains gouvernements disposent plus que d'autres, pour leurs activités, d'un important niveau de financement.

Il est néanmoins pressant de prendre des mesures tendant à réduire, et à éliminer un jour, les obstacles bureaucratiques et formels à l'enregistrement, au maintien et à l'exercice des droits relatifs aux marques de commerce. Il faudrait s'efforcer de simplifier et de normaliser les formalités et les documents requis, ainsi que d'harmoniser les principes de base de la protection des marques de commerce. Il faudrait en outre examiner de plus près les systèmes juridiques notoirement dotés de lois adéquates, mais entièrement dépourvus de moyens adéquats pour les faire respecter. Toute cette analyse devrait mettre l'accent sur la rapidité et la limitation du coût comme éléments essentiels à une protection efficace.

Il y a lieu de souligner pour conclure que, d'un point de vue strictement commercial, les obstacles à la commercialisation mondiale des services relevant de marques de commerce diminuent au fur et à mesure que le monde rétrécit. Pour toute une variété de raisons, comme l'amélioration de la communication, l'accroissement des voyages, un meilleur apprentissage des langues et nombre de facteurs psychologiques, les marques accueillies avec succès dans un marché ont de plus en plus de chances d'attirer les consommateurs sur une base régionale et même internationale. Grâce, d'autre part, aux pratiques d'accord de licence et de franchisage en faveur d'entreprises locales, les marques mondialement utilisées apportent de nombreux avantages économiques aux économies locales.

La protection des marques de commerce continue cependant de se heurter à des obstacles bureaucratiques excessifs et superflus allant, de façon anachronique, à l'encontre d'échanges commerciaux efficaces. Il est temps que nous fassions quelque chose. Plus nous attendrons et plus le fossé s'élargira entre le développement du commerce et du marketing internationaux, d'une part, et le cadre juridique de la protection des droits relatifs aux marques de commerce de grande valeur, de l'autre. C'est là un domaine qui appelle une harmonisation accrue. Attelons-nous donc à cette tâche.

4. Débat

PROFESSEUR LARS HJERNER
Université de Stockholm, Stockholm; Vice-Président de la Commission des pratiques commerciales de la Chambre de commerce internationale

J'ai participé activement aux travaux relatifs à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (ci-après dénommée Convention sur les ventes) depuis le début. Je suggère que la CNUDCI inscrive à son ordre du jour l'examen général des conditions types les plus utilisées dans le domaine des ventes internationales, telles que la directive 188 de la CEE ou la directive 574, et des autres conditions générales de vente de ce type - et en particulier l'examen des clauses relatives au choix de la législation applicable - de manière qu'elles puissent être révisées ou revues à la lumière de la Convention sur les ventes, autant que possible dans un sens favorable à l'application de la Convention sur les ventes. Je ne puis lier la CCI à ce sujet, mais mon collègue, Roy Goode, de St. John's College à Oxford, qui est aussi un Vice-Président de la Commission des pratiques commerciales, et moi-même travaillerons en faveur de la coopération entre la CCI et la CNUDCI afin en particulier d'assurer l'accès aux comités nationaux et aux informations concernant les conditions types les plus utilisées dans les contrats de vente internationale.

J. B. DADACHANJI
Avocat, Cour suprême, New Delhi

Je voudrais dire quelques mots au sujet de l'exposé de James Myers.

Depuis 1983, j'ai eu le privilège d'être membre du Groupe de travail qui a rédigé le Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles, et j'ai collaboré étroitement à ses travaux, que le secrétariat de la CNUDCI a beaucoup aidés, jusqu'à ce que le Guide soit finalement publié en 1988. Il y a une grande différence qualitative entre les règles de la FIDIC et le Guide. On a créé l'impression que les règles de la FIDIC étaient celles qui sont le plus largement acceptées. La différence qualitative est, comme James Myers l'a signalé, que les règles de la FIDIC émanent de la Fédération des ingénieurs-conseils, qui les a conçues comme un projet d'ingénierie n'ayant rien à voir avec le développement économique ou l'établissement du nouvel ordre économique international - les deux objectifs clefs de la décision prise par la CNUDCI en 1981 d'où ont résulté les efforts faits pour rédiger le Guide. En fait, les règles de la FIDIC ont été examinées - il ne conviendrait pas que je dise ce qui a été discuté - et jugées tout à fait inappropriées dans le présent contexte économique. Elles étaient utiles il y a quelques décennies, et elles ont généralement été suivies parce qu'il y avait une lacune; aucun guide n'était disponible et c'étaient elles qui s'en rapprochaient le plus. Au cours des vingt dernières années, la Banque mondiale, la Banque asiatique et toutes les institutions internationales de développement ont investi des milliards de dollars dans le monde en développement pour promouvoir son progrès et son développement économiques. Elles ont accepté des types d'accord tout à fait différents de ceux de la FIDIC. Au cours des travaux du Groupe de travail, nous avons mis à jour d'innombrables types d'accord qui différaient totalement de ceux de la FIDIC. En fait, ceux-ci pouvaient être utiles pour construire des ponts et des routes ou exécuter des projets clefs en main, mais la véritable pierre de touche du développement d'un pays en développement est le passage des projets clefs en main aux projets semi-clefs en main. C'est là qu'est le critère du

développement économique. Les règles de la FIDIC sont utiles pour les projets clefs en main qui n'exigent qu'un travail d'ingénierie, mais elles ne conviennent pas du tout pour les projets impliquant un transfert de technologie, et la plupart des projets financés visent à transférer des techniques - qu'il s'agisse de l'industrie pétrochimique, des engrais ou de l'énergie hydroélectrique - afin de former du personnel et de transférer ces techniques à la main-d'oeuvre locale. Tel est l'objectif de la décision prise par la CNUDCI en 1981. Par conséquent, il est mal à propos de prendre les règles de la FIDIC, qui ne sont que les règles d'un organisme professionnel, et de les comparer avec les travaux de la CNUDCI.

La distinction la plus importante que fait le Guide de la CNUDCI est la distinction entre les projets clefs en main et les projets semi-clefs en main, et le Guide permet au pays en développement de participer au projet en fonction de son degré de développement, ce qui présente une grande importance pour l'établissement du nouvel ordre économique international.

Il y a des années que la Banque mondiale a accepté les règles de la FIDIC parce que rien d'autre n'existait. Un représentant de haut niveau de la Banque mondiale faisait partie du Groupe de travail qui a rédigé le Guide, compte tenu de tous les types de contrat que la Banque mondiale avait financés pendant des années dans les pays en développement, contrats qui s'écartaient radicalement des règles de la FIDIC.

Parmi les questions non traitées dans le Guide sont les questions de fiscalité, qui sont extrêmement importantes du point de vue économique. Par exemple, les traités de double imposition, les droits d'excise et les taxes à la vente affectent l'attribution des marchés internationaux. Le pays qui n'a pas signé de traité de double imposition avec un pays en développement sera désavantagé par rapport au pays qui en a signé un. Un autre exemple est celui des pays du Commonwealth, qui appliquent la notion de lien d'affaires et imposent le revenu de l'étranger non résident sur la base d'un lien d'affaires avec une installation industrielle construite dans le pays, ce qui affecte radicalement la situation et les bénéfices du non-résident. De tels problèmes doivent être examinés dans une étude spéciale sur l'incidence de la fiscalité, y compris les taxes à la vente, les droits d'excise, etc. Un important facteur est que beaucoup de pays du Commonwealth se comparent à la Chambre des communes et perçoivent des impôts rétroactifs. C'est le pire des fléaux pour l'investissement étranger et pour les étrangers qui fournissent de la technologie. Ils découvrent soudain qu'ils sont rétroactivement assujettis à un impôt sur le revenu.

Tous ces problèmes pourraient être traités dans une étude détaillée. De même, comme l'a suggéré le Solicitor-General de l'Inde, on a besoin d'une étude spéciale de la propriété intellectuelle. Je pense que nous empiéterions sur le domaine du GATT et sur les propositions faites par Arthur Dunkel au sujet des négociations commerciales d'Uruguay si nous entreprenions maintenant cette étude. En fait, au moment où nous établissions le Guide, l'OMPI et d'autres organismes en Europe formulaient des règles ou directives pour la protection des brevets et des marques de fabrique, si bien que nous n'en avons pas traité. Mais il deviendra finalement nécessaire de faire une étude détaillée non seulement des brevets et marques de fabrique mais aussi des procédés techniques, qui aujourd'hui ne sont protégés que par des dispositions contractuelles de confidentialité.

Un autre domaine critique est celui de l'environnement. A ce sujet, nous devons attendre l'issue de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, mais une étude sur les lois relatives à l'environnement

et sur l'adoption d'un code uniforme ou de directives écologiques serait certainement nécessaires.

M. Hiscock, d'Australie, parlait de dommages-intérêts. Je pense qu'une étude spéciale de la responsabilité civile est essentielle parce que le droit varie d'un pays à l'autre. Dans un certain pays, par exemple, le versement de dommages-intérêts dépend de l'état du bilan. Il n'est pas fonction du dommage effectivement causé mais de la capacité de payer. Ces idées sont nouvelles dans la théorie du droit. Etant donné les catastrophes écologiques qui se préparent, la question des réparations deviendra un facteur très important. Compte tenu d'événements tels que la catastrophe de l'Union Carbide à Bhopal, il faudrait étudier ce que le droit des réparations devrait être en principe et en théorie, son interprétation ayant varié d'un tribunal à l'autre.

Par conséquent, le droit de la responsabilité civile, de la fiscalité et de la propriété intellectuelle - tels sont les trois domaines qui pourraient, selon moi, faire l'objet d'autres études.

WILLIAM PIERCE
Cabinet Pierce et Kennerson, New York, New York (Etats-Unis d'Amérique)

Je voudrais traiter de la question des échanges de services dans la mesure où elle est liée à la propriété intellectuelle. J'entends le logiciel d'informatique, les franchises, les licences pour l'accès aux secrets de fabrique, l'octroi de brevets, les transferts de technologie et les contrats clefs en main suivis d'accords de maintenance à long ou à moyen terme.

En droit américain, on reconnaissait jusqu'à tout récemment le droit, pour la banque de l'administrateur du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, de mettre fin à des contrats en cours d'exécution et de priver par là les preneurs de licence du droit de continuer à exploiter la propriété intellectuelle qui avait précédemment fait l'objet d'une licence alors que le donneur de licence était encore une entité commerciale capable de survivre. Dans l'affaire Lubrasol, un juge a décidé que le détenteur d'une licence pour un certain logiciel d'informatique n'avait pas le droit de continuer d'exploiter ce logiciel parce que l'administrateur de la faillite avait le droit de mettre fin à cette licence du simple fait de la faillite du donneur de licence. Ce problème a été rectifié dans la section 365N du titre 11 du Code des Etats-Unis en 1988, et cette modification permet au détenteur d'une licence de continuer d'exploiter un droit de propriété intellectuelle sans avoir nécessairement à s'assurer que le donneur de licence continue d'exécuter le contrat. De tels droits sont importants pour les détenteurs de licences, en ce qui concerne en particulier les transactions internationales et les catégories que j'ai mentionnées plus haut; ce serait, selon moi, un sujet à examiner. Lorsque je regarde les arrangements du GATT, je ne vois pas qu'il soit traité dans les propositions Dunkel; il y a donc beaucoup à faire dans ce domaine.

PROFESSEUR SAMIA EL-SHARKAWI
Professeur de droit commercial, Université du Caire, Le Caire (Egypte)

Je voudrais dire quelques mots sur l'adoption des clauses de la FIDIC et sur le Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles. Les clauses de la FIDIC sont acceptées dans des textes internationaux bien qu'elles ne soient pas conformes aux différents intérêts en jeu ni aux différents systèmes

juridiques en ce qui concerne les aspects juridiques, qu'il est difficile d'indiquer dans le temps limité dont nous disposons. L'exemple que j'ai pour le moment à l'esprit est la distinction entre les dommages-intérêts libératoires et les pénalités. D'autre part, j'ai noté que le Guide était souple par nature et qu'il permettait différentes solutions établissant un équilibre entre les divers intérêts et les exigences des divers systèmes juridiques. Cependant, le Guide n'a pas fait l'objet d'une promotion de la part de divers pays et de certaines organisations spécialisées. Je suis sûr que lorsqu'il prendra la place qu'il mérite, en particulier dans les pays en développement, il sera largement appliqué dans le nouvel ordre économique international.

Cependant, il ne s'est écoulé que très peu de temps depuis que le Guide a été publié en 1988. A ce sujet, j'attends avec intérêt l'allocution de M. Gerold Herrmann sur les moyens de faire connaître et accepter plus largement les textes juridiques uniformes.

PROFESSEUR EGON GUTTMAN
Professeur de droit, American University, Washington College of Law, Washington, D.C.

Je voudrais rapprocher les déclarations de trois participants, Roy Goode, José Ignacio Cruz et Burghard Piltz. En gros, comme l'a dit M. Goode, il faut quatorze ans pour agir effectivement sur la législation. Par conséquent, c'est peut-être le moment de commencer à s'occuper de la question du marché des valeurs mobilières. Nous assistons à la globalisation du commerce des titres et les titres sur sociétés étrangères sont échangés à la bourse de New York, à la bourse d'Amsterdam et aux bourses internationales de Londres. Nous constatons que certains titres sont dématérialisés ou non certifiés, ce qui crée des problèmes internationaux ou transnationaux.

Comme l'a fait observer M. Cruz, la question dont la CNUDCI doit s'occuper est celle des qualifications des courtiers qui exécuteront les opérations sur les marchés étrangers et par l'intermédiaire desquels des courtiers se trouvant aux Etats-Unis, par exemple, devront agir pour faire exécuter une opération à Londres ou à Amsterdam, à Bruxelles, etc., et vice versa. Pour cela, il faut que les qualifications des courtiers soient internationalisées; les qualifications nationales ne suffisent pas, il y a aussi la question de la responsabilité financière des courtiers, qui est très importante. En ce qui concerne les banques, nous avons la FIREA et les séances où ont été mises au point des règles de responsabilité financière pour les opérations internationales de banque. Cela implique également une certaine réglementation des entreprises, par exemple dans les marchés en développement qui s'épanouissent en Europe orientale, où s'ouvrent des bourses des valeurs où les opérations devraient effectivement commencer, en Tchécoslovaquie par exemple, très prochainement. La question de la globalisation, c'est-à-dire de l'exécution d'opérations commerciales dans d'autres pays, devient très sérieuse.

Nous ne sommes peut-être pas prêts pour une règle internationale, mais il faudrait en jeter les fondements en recherchant ce que veulent les institutions financières, les entreprises, pour qu'on puisse attendre avec confiance qu'apparaisse finalement un marché mondial auquel chacun participera, par opposition aux marchés individualisés où les gens investiront par l'intermédiaire de courtiers. Un dernier point important, sur lequel M. Piltz a appelé l'attention, est que tout texte qui sera rédigé devra finalement être appuyé par une série de commentaires qui feront clairement

apparaître que, quoiqu'il puisse exister des similitudes verbales, nous allons être divisés. Comme George Bernard Shaw l'a dit un jour, "Jamais deux pays comme l'Angleterre et les Etats-Unis n'ont été aussi divisés que par la même langue". Nous utilisons la langue de différentes façons, et les commentaires dissiperont au moins une partie de la confusion que certains mots peuvent causer.

Notes

1/ Voir G. Börsi, "Article 16 - Revocability of offer" C. M. Bianca et M. J. Bonell, Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention (Milan, Giuffiè, 1987) p. 155.

2/ Voir E. A. Farnsworth, "Article 19 - Modified acceptance", op. cit., p. 178.

3/ Yearbook Commercial Arbitration (Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990), vol. XV, p. 72.

4/ Pour une analyse plus détaillée du sujet considéré, voir Hartnell, "Rousing the sleeping dog: validity of contracts for the international sale of goods", Yale Journal of International Law, vol. 18 (1992).

5/ Commentaire sur le projet de Convention sur les contrats de vente internationale de marchandises (A/CONF.97/5), Nations Unies, Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, documents officiels, (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.IV.3); J. O. Honnold, Documentary History of the Uniform Law for International Sales (Deventer, Kluwer, 1989), p. 405.

6/ A. Tunc, "Commentary of The Hague Convention of the 1st of July 1964 on international sale of goods and the formation of the contract of sale", Ministère de la justice des Pays-Bas, Conférence diplomatique sur l'unification du droit régissant la vente internationale de marchandises, La Haye, 2-25 avril 1964, vol. I, Documents (La Haye, Imprimerie nationale, 1966).

7/ Voir, par exemple, A/CONF.97/5, Nations Unies, Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises; et J. O. Honnold, op. cit., p. 405.

8/ Art. 7-2 de la Convention.

9/ B. Audit, "The Vienna Sales Convention and the lex mercatoria", T. E. Carbonneau, éd., Lex Mercatoria and Arbitration (Dobbs Ferry, N.Y., Transnational Juris Publications, 1990), p. 154.

10/ D. Yates & A. J. Hawkins, Standard business contracts: exclusions and related devices (Londres, Sweet & Maxwell, 1986), p. 4.

11/ Si l'article 19 de la Convention maintient bien la doctrine du dernier envoi aux conditions générales - comme le suggèrent de nombreux commentateurs -, les conditions types imprimées sur le formulaire du vendeur (y compris les clauses de garantie et de limitation de la responsabilité) feront partie du contrat de vente internationale de marchandises.

12/ Voir, par exemple, Hellner, "The Vienna Convention and standard form contracts", P. Sarcevic & P. Volken, éd., International sales of goods: Dubrovnik lectures (New York, Oceana, 1986), p. 360 et 361; F. Enderlein, D. Maskow et M. Stargardt, Kaufrechtskonvention der UNO (mit Verjährungskonvention) - Kommentar (Berlin Staatsverlag de la RDA, 1985), p. 45; J. Tiling, "Haftungsbefreiung, Haftungsbegrenzung und Freizeichnung im einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen", Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, vol. 32 (Tübingen, 1968), p. 281; M. Wolf, "Auslegung und Inhaltskontrolle von AGB im internationalen kaufmännischen Verkehr", Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Heidelberg, 1989), vol. 153, p. 300 à 321; J. S. Ziegel et C. Samson, "Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (juillet 1981), p. 42.

13/ Publication de la CCI N° 478 (1990).

14/ Riese, "International problems in the Law of Sale", Symposium: Some comparative aspects of the law relating to sale of goods, International and Comparative Law Quarterly, Supplement Publication Series No. 9 (1964), p. 36.

15/ UNIDROIT Study L, document 40, Rev. 9 (janvier 1992) (onzième version récapitulative préparée par le secrétariat de l'UNIDROIT sur la base des projets examinés par le Groupe de travail pour la préparation des principes applicables aux contrats de commerce international).

16/ Art. 7-1 de la Convention.

17/ Voir, par exemple, Convention des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, établie le 14 juin 1974, modifiée par le Protocole de 1980.

18/ Ministère de la justice des Pays-Bas, Conférence diplomatique sur l'unification du droit régissant la vente internationale de marchandises, La Haye, 2-25 avril 1964, vol. I, Documents (La Haye, Imprimerie nationale, 1966), p. 65.

19/ Ministère de la justice des Pays-Bas, "Documents de la troisième réunion du Comité sur le projet de loi uniforme relative à la vente internationale de marchandises", op. cit., vol. I, Documents.

20/ Rabel, Observations sur l'utilité d'unifier le droit de vente du point de vue des besoins du commerce international (1929), Société des Nations, Projet de loi internationale relatif à la vente de marchandises (1935), p. 128 (par exemple, transfert de la propriété et du risque; vices; forme et formation du contrat; domicile de la partie en défaut et ses conséquences; évaluation des dommages; prescription; et erreur).

IV. DES PAIEMENTS TRADITIONNELS AUX MESSAGES ELECTRONIQUES

A. Paiements, crédits et banques

1. Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux : le point de vue d'un juriste spécialiste du droit bancaire

BRADLEY CRAWFORD, QC
Professeur et avocat, Toronto, Ontario (Canada)

La Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux de 1988 essaie de contribuer modestement à faciliter les échanges en facilitant l'utilisation des lettres de change et des billets à ordre au niveau international. Elle a été élaborée à la suite de la prise de conscience par la CNUDCI de deux catégories d'obstacles : d'une part, les nombreuses différences qui existent entre la common law et le droit romain pour ce qui est des règles applicables aux effets de commerce; et, d'autre part, les règles généralement insuffisantes des deux systèmes pour ce qui est du règlement des litiges. Face à ces deux problèmes, la Convention, fruit des efforts déployés par la CNUDCI pendant près de vingt années, constitue un recueil de règles complet régissant les effets de commerce internationaux qui relèvent de son champ d'application. Le nouveau régime qu'elle institue est un ensemble hybride de règles issues à la fois du système de la common law et du système de droit romain en vigueur. Il est extrêmement technique et détaillé et difficile à comprendre pour le lecteur moyen; mais les personnes familiarisées avec l'un ou l'autre système en verront immédiatement les nombreuses similitudes.

La Convention a été adoptée en séance plénière par l'Assemblée générale le 9 décembre 1988 1/. Elle entrera en vigueur après le dépôt du dixième instrument d'adhésion. Jusqu'ici, quatre Etats l'ont signée ou ratifiée 2/.

Il m'a été demandé de présenter ici mon point de vue, en tant que juriste canadien spécialiste du droit bancaire et du droit des paiements, sur les qualités et les défauts de la Convention. Ma conclusion, qui ne surprendra guère, est que je m'attends à trouver à la fois des avantages et des inconvénients à l'emploi de ce nouvel instrument. Pour reprendre un bon mot qui avait cours il y a quelques années : "J'ai à la fois une bonne et une mauvaise nouvelle." La bonne nouvelle est que ce texte présente beaucoup de nouveautés intéressantes et peu de difficultés nouvelles, et je crois qu'il nous conviendra parfaitement. La mauvaise nouvelle est qu'il risque d'être totalement inopérant.

J'aimerais tout d'abord passer brièvement en revue certains des éléments nouveaux et les raisons pour lesquelles je pense qu'ils séduiront (ou embarrasseront) les juristes spécialistes du droit bancaire. Puis, pour illustrer la manière dont la Convention pourrait fonctionner dans la pratique, j'analyserai une décision de justice prise récemment en Angleterre au sujet de l'application des règles de conflit de lois à un ensemble de lettres de change et je montrerai que l'application de la Convention aurait permis de résoudre les problèmes bien plus facilement.

Les conditions de forme énoncées dans la Convention pour les lettres de change et les billets à ordre comprennent à la fois des éléments bien connus empruntés aux règles relevant des systèmes existants et des innovations :

a) L'effet doit porter une mention distinctive renvoyant à la Convention, qui se substitue à l'ancien droit interne;

b) L'effet comporte des données courantes;

c) Les éléments attestant le caractère international de l'effet doivent être indiqués, mais n'ont pas à être contrôlés;

d) La Convention ne s'applique pas aux chèques, qu'elle ne définit cependant pas;

e) Des règles utiles sont prévues pour lever les ambiguïtés quant à la monnaie utilisée et la date à laquelle les intérêts commencent à courir;

f) Les intérêts peuvent être à taux variable, sans que la négociabilité de l'effet soit remise en question; et

g) Les effets peuvent être payables en ECU ou en DTS.

De même, les règles énoncées dans la Convention à propos de la validité des opérations portant sur les effets qui en relèvent sont un mélange généralement heureux de règles usuelles et nouvelles :

a) La capacité de contracter reste régie par le droit interne, mais un effet n'est pas frappé de nullité quand bien même une personne ne possédant pas la capacité requise est signataire, voire le signataire principal;

b) Les modalités de l'endossement sont usuelles et doivent seulement sembler valables et continues pour permettre au porteur d'engager une nouvelle négociation;

c) Si l'endossement est fait par un représentant, celui-ci n'a pas besoin d'être habilité par le représenté s'il agit de bonne foi dans l'ignorance d'une contrefaçon antérieure;

d) Le statut de porteur protégé est présumé et probable pour les partenaires commerciaux qui agissent de bonne foi dans le cadre d'une opération normale, et peu de moyens de défense sont opposables au porteur protégé;

e) Ces moyens de défense (par exemple, contrefaçon de la signature du défendeur, altération du texte, inexécution des obligations du porteur à l'échéance, prescription) sont soit contrôlables, soit de justes compromis;

f) La perte du statut de porteur protégé ne signifie pas que les signataires antérieurs de l'effet puissent opposer au porteur des moyens de défense illimités;

g) La rigueur des obligations de l'avaliste renforcera considérablement le crédit de l'effet;

h) Les règles à appliquer pour différencier les deux formes de garantie peuvent parfois prêter à confusion.

Les obligations du porteur à l'échéance (présentation à l'acceptation et au paiement, avis de refus d'acceptation ou de paiement, protêt, etc.) sont reprises des systèmes existants, mais les conditions touchant les délais d'exécution sont assouplies.

Les règles qui protègent l'obligé principal sont séduisantes. Le paiement effectué au porteur de bonne foi à l'échéance de l'effet libère l'accepteur/souscripteur, même si le droit du porteur sur l'effet est "imparfait". Les paiements partiels sont prévus, par voie d'accord, pour limiter le préjudice. En revanche, les règles applicables en cas de perte de l'effet me semblent favoriser la personne qui a eu la malchance de le perdre, au détriment du principal obligé, et ne prévoient pas de disposition suffisante pour dédommager ce dernier des efforts et des risques supplémentaires qu'il a pris.

La Convention me paraît donc offrir pour les effets de commerce internationaux des règles de droit équitables, raisonnablement bien équilibrées et modernes. En avons-nous besoin ? Je crois que oui, pour les raisons suivantes :

a) Il est souvent difficile, sinon impossible, d'obtenir dans des délais raisonnables des renseignements fiables sur les législations étrangères régissant les lettres de change et les billets à ordre. D'importantes nations qui viennent de s'ouvrir au commerce n'ont pas de législation moderne claire, si tant est qu'elles en aient une, sur les lettres de change et les billets à ordre;

b) Même s'il est possible d'obtenir de tels renseignements, l'application des règles de conflit de lois aux lettres de change et aux billets à ordre internationaux est difficile d'un point de vue théorique et n'aboutit pas toujours aux résultats escomptés, ni même à des résultats acceptables, du fait de l'ancienneté et des carences des règles elles-mêmes dans de nombreux grands pays.

Ces deux problèmes sont bien illustrés par la décision qu'a prise récemment la Cour d'appel britannique dans l'affaire Montage c. Irvani [1990] 1 W.L.R. 667. Les faits étaient simples et n'avaient rien d'exceptionnel s'agissant d'effets internationaux; or, cette affaire a posé à la Cour d'appel des problèmes théoriques extrêmement complexes, et il a fallu dix ans pour la juger. L'intéressant est que le litige n'aurait probablement jamais été porté devant un tribunal si la Convention s'était appliquée, puisque celle-ci prévoit des règles claires et apparemment justes.

L'affaire Montage c. Irvani concerne 30 lettres de change d'un montant identique, payables à Londres à intervalles d'un mois, établies par des entrepreneurs allemands au titre du paiement de travaux effectués en République islamique d'Iran et expédiées par voie postale d'Allemagne en République islamique d'Iran pour acceptation par le propriétaire et garantie par endossement en blanc du principal actionnaire du propriétaire. Une fois reçues de la République islamique d'Iran, elles ont été signées par le tireur et escomptées auprès d'une banque allemande. A la demande de cette dernière, l'endossement en blanc a été plus explicitement tenu pour un aval, avec l'addition (en Allemagne, mais avec le pouvoir de l'endosseur) des mots "bon pour aval pour les tirés" au-dessus de la signature de l'endosseur. Les lettres de change ont été ensuite transmises par endossement à une banque américaine, puis à une banque britannique, présentées pour paiement et refusées au paiement. Aucun avis de refus de paiement (autre que le retour des lettres de change au tireur) n'a été donné. Les lettres de change ont été protestées, mais toutes ne l'ont pas été dans les délais fixés par la législation britannique sur les lettres de change (Bills of Exchange Act).

Le différend a duré dix ans. Le jugement de l'affaire par le juge Saville a duré vingt et un jours et, en appel, quatre jours. L'argumentaire

des trois membres de la Cour remplit 23 pages imprimées, le raisonnement est complexe et long, souvent extrêmement difficile. J'ai essayé ailleurs 3/ d'expliquer et d'analyser les points qui intéressent les avocats. Sans vouloir les résumer tous, je me contenterai ici d'indiquer les sources des principales difficultés. La Cour devait se prononcer sur la question de savoir si, pour commencer, c'était la législation allemande, iranienne ou britannique qui devait déterminer si les effets remplissaient les conditions requises pour être considérés comme des lettres de change; si l'endossement portant garantie avait été effectué en République islamique d'Iran où il avait été signé, ou en Allemagne où les mots de clarification avaient été ajoutés; si la législation britannique pouvait connaître du rapport juridique d'aval que les signataires allemands et iraniens pensaient créer et, dans l'affirmative, si le bénéficiaire pouvait s'en prévaloir. Il s'agissait aussi de déterminer si la loi britannique sur les lettres de change s'appliquait à un aval, soit parce que celui-ci constituait une forme d'endossement reconnue par la loi, soit parce qu'il ressemblait à l'une des formes reconnues au point qu'il y était assimilé par analogie. A cet égard, il fallait aussi déterminer si l'avaliste devait être libéré faute d'avis de refus de paiement (comme la législation britannique le prévoit dans les cas où l'aval est assimilé à un endossement irrégulier), ou si la Cour devait appliquer en l'occurrence la législation allemande ou iranienne, dont aucune ne libère l'avaliste faute d'avis de refus de paiement. Il fallait aussi déterminer si la loi britannique sur les fraudes (Statute of Frauds), qui exige la signature des mémorandums de garantie, s'appliquait à l'aval et si la Cour appliquerait la législation allemande pour remédier à une erreur patente dans le montant payable au titre de l'une des 30 lettres de change ou la législation britannique pour exclure les éléments de preuve de l'intention des parties.

Si c'était la Convention, et non le droit britannique, qui s'était appliquée aux faits de l'affaire Montage, les questions auraient été moins nombreuses, la procédure bien plus simple et les problèmes réglés sans difficultés. Les lettres de change auraient été régies par la Convention en tant que lettres de change internationales (à condition que les parties aient correctement invoqué la Convention).

Peu importe que les lettres de change aient été acceptées et garanties avant que le tireur les ait signées : cela est autorisé expressément, à titre de précaution utile contre l'interception et la contrefaçon.

Il n'y aurait eu aucune difficulté à qualifier l'endossement d'aval, une fois ajoutée l'expression "bon pour aval", et le fait que cette adjonction a été effectuée ultérieurement par un représentant spécialement autorisé pour cela n'en aurait sans doute pas posé non plus.

Avec la Convention, le statut de porteur protégé du bénéficiaire et son droit de faire valoir les obligations de l'avaliste n'auraient pas été en cause. L'absence d'avis de refus de paiement, seul moyen de défense présenté, qui est le point qui a soulevé, eu égard aux règles britanniques de conflit de lois, de gros problèmes théoriques, n'en aurait posé aucun avec la Convention, pas plus que le retard pris dans l'établissement du protêt, à condition qu'il n'ait pas excédé quatre jours.

Il y aurait peut-être un problème pour harmoniser les conditions assez lâches de la Convention pour ce qui est des éléments de preuve écrits attestant une garantie avec celles, plus strictes, de la loi britannique sur les fraudes (Statute of Frauds), mais la Cour anglaise a tranché en faveur des effets de commerce régis par la common law, et l'on peut penser qu'elle n'aurait pas été plus dure pour des effets régis par la Convention.

Le seul point à propos duquel on pourrait considérer que les règles de la Convention sont moins séduisantes que la décision rendue dans l'affaire Montage concerne l'effet d'une erreur patente qui a réduit le montant payable au titre de l'une des lettres de change. La Cour a appliqué le droit allemand pour donner effet à l'intention des parties, alors que la Convention exige du garant qu'il ne paie que la somme la plus faible.

Les principes et procédures de la Convention sont plus simples que la common law et, à l'évidence, mieux adaptés au règlement des litiges du genre de l'affaire Montage c. Irvani, lorsque le caractère international de la lettre de change implique la recherche et l'application sélective du droit étranger.

Je n'ai qu'une réserve sérieuse au sujet de la possibilité pour la Convention de fonctionner effectivement et plus efficacement que le droit existant : il s'agit de la volonté des tribunaux des Etats non contractants de donner effet à l'idée nouvelle introduite dans la Convention, à savoir la liberté des parties de choisir d'appliquer la Convention à leurs lettres de change ou à leurs billets à ordre.

La notion d'application de la Convention par choix des parties constitue une démarche tout à fait inédite en droit international. Elle étend les notions actuellement acceptées de limites du choix que peuvent faire les parties quant à la législation applicable, en n'exigeant pas qu'une lettre de change ou un billet à ordre ait un lien substantiel avec un Etat qui a adopté la Convention comme droit régissant les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux. De plus, elle étend les principes actuellement acceptés en droit, selon lesquels de nouvelles formules d'effets de commerce ne sauraient être créées à moins qu'elles ne soient validées par la législation applicable ou que la coutume ou le long usage ne leur ait donné à l'évidence la qualité d'effet de commerce. La Convention essaie d'aller plus loin, en demandant aux tribunaux, aussi bien des Etats non contractants que des Etats contractants, d'accepter le choix de la législation opéré par les parties et d'appliquer les règles de la Convention sur les effets de commerce au lieu de leur droit interne. C'est là une perspective inquiétante. On peut cependant limiter ce risque au minimum, voire le neutraliser, en s'efforçant de réduire ou d'éliminer le nombre des Etats non contractants, et en instaurant un climat conceptuel propice en encourageant l'acceptation de la Convention par les tribunaux et les praticiens.

J'espère que ce programme incitera les personnes ici présentes à appuyer l'adoption dans leur pays de la Convention, de manière à mener à bon terme l'initiative de la CNUDCI.

2. Projet de révision des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires : les "RUU 500"

SALVATORE MACCARONE
Professeur et avocat, Rome

Les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU) sont assurément l'un des documents de droit international qui ont le mieux réussi : elles sont observées et utilisées par des banques et des opérateurs commerciaux et financiers dans plus de 100 pays.

Bien entendu, elles ne peuvent être qualifiées de droit proprement dit puisqu'elles ne résultent pas de l'activité de législateurs, mais elles ont pourtant autant d'influence et d'effet que n'importe quelle véritable loi.

Un juriste américain - le professeur Boris Kozolchyk - a récemment qualifié les RUU de "droit vivant des crédits documentaires". C'est certainement le cas. Comme leur nom l'indique, elles reflètent les coutumes et pratiques du monde commercial et bancaire en matière de commerce international. Coutumes et pratiques qui ont changé au cours des temps, très rapidement pendant la dernière décennie, et doivent donc être mises à jour régulièrement pour rester vivantes et conformes à la pratique, comme l'exige tout "droit vivant".

De plus, le mécanisme de la lettre de crédit qui est sous-jacent à toutes les opérations de crédit documentaire est, surtout aux Etats-Unis, de plus en plus utilisé à des fins financières et commerciales sous la forme des "lettres de crédit stand-by".

La Chambre de commerce internationale (CCI) veille à la santé et à la vie des RUU par des révisions périodiques, dont la dernière est en voie d'achèvement.

En fait, le premier projet de ce qui devait devenir les RUU - comme l'a signalé dans un article de 1990 Dan Taylor, Président du Conseil des Etats-Unis sur les opérations internationales de banque - a vu le jour aux Etats-Unis il y a une soixantaine d'années, à l'initiative des banquiers de New York et sous la forme d'un "Règlement régissant les crédits commerciaux à l'exportation". Ce Règlement a été révisé plusieurs fois jusqu'à ce qu'en 1933 la CCI adopte la première version des RUU qui, à bien des égards, était analogue sinon directement apparentée au Règlement américain. Enfin, en 1938, après une décision du Comité américain pour les opérations bancaires avec l'étranger, les RUU ont détrôné leur père et ont ayant finalement remplacé le Règlement.

Depuis 1933, la CCI se charge de réviser les RUU qui, jusqu'à présent, ont été révisées cinq fois, la dernière fois en 1983; l'actuelle révision a été commencée il y a deux ans environ, et c'est sans doute l'une des plus approfondies et des plus complètes qui aient jamais été faites.

Cela tient au fait que le commerce international n'est plus ce qu'il a été pendant des décennies. Les nouvelles techniques ont eu sur lui une influence profonde en ce qui concerne en particulier les documents utilisés au cours des opérations de transport, parce que de nouveaux documents ont été conçus et mis en circulation, mais aussi parce que les documents traditionnels ont été profondément modifiés, souvent sous certains de leurs aspects les plus caractéristiques.

Cela étant, la CCI a chargé deux groupes de travail distincts d'élaborer un nouveau texte des règles. Le premier, que j'avais l'honneur de présider, avait pour mission de réviser tous les articles à l'exception des articles sur les documents de transport, dont la révision a été confiée à l'autre groupe de travail, présidé par M. Bernard Wheble, l'un des pères des RUU. Après des travaux préliminaires, les deux groupes de travail ont été fusionnés, et nous comptons pouvoir soumettre bientôt un projet définitif à la Commission bancaire de la CCI pour qu'elle l'approuve à sa session d'automne, en novembre 1992.

Le secrétariat de la CCI a, sur la base des observations et demandes de renseignements reçues au cours des années précédentes, énoncé clairement les directives à suivre pour la révision. Les règles existantes devaient être simplifiées et alignées sur la pratique bancaire actuelle afin d'obtenir ou du moins de faciliter la normalisation et l'uniformité.

Sur le fond, l'intégrité et la fiabilité de la promesse de crédit devaient être renforcées par une meilleure description des droits et obligations des parties, ainsi que par des règles destinées à promouvoir les pratiques en développement.

Cela dit, je pense qu'il serait intéressant de mentionner certaines des principales questions auxquelles le groupe de travail, désormais unique, a dû faire face. Certaines sont traditionnelles, d'autres sont nouvelles et sont apparues au cours des dernières années, à propos également d'autres projets exécutés par la CCI.

Parmi les premières questions, la plus générale et, en tout cas, la plus traditionnelle est probablement celle qui a trait à la nature des RUU et à leur champ d'application.

Sur ce point, la position des différents systèmes juridiques varie : dans certains systèmes, les RUU ont le statut d'usages proprement dits, et leurs règles sont par conséquent applicables en tant que telles aux opérations de crédit documentaire, que la lettre de crédit elle-même s'y réfère expressément ou non. Dans d'autres systèmes, en revanche, les RUU sont encore considérées comme un ensemble de règles contractuel qui, pour être applicable, exige que les parties s'y réfèrent expressément. En l'absence d'une telle référence, les RUU ne s'appliquent pas.

A l'occasion de l'actuelle révision, le groupe de travail a estimé à nouveau que cette deuxième approche devait être maintenue. J'aurais personnellement préféré un "acte de foi" dans la nature coutumière des RUU, mais je comprends que, si tel avait été le cas, la diversité des conclusions auxquelles on serait arrivé selon les différentes législations aurait pu aboutir à ce que les RUU soient inapplicables dans certaines circonstances.

L'article premier conserve par conséquent l'approche traditionnelle et prévoit que les RUU sont réputées partie intégrante de l'instrument de crédit.

Je tiens toutefois à souligner que les RUU sont, et sont réputées être, un ensemble de règles complet et unitaire. Par conséquent, si les parties désirent exclure l'application d'un ou plusieurs articles, elles doivent le dire expressément; sans cela, et sous réserve du cas particulier des lettres de crédit stand-by, les RUU s'appliquent dans leur ensemble, avec tous leurs articles.

Une autre question, également de caractère général, est celle de l'applicabilité des RUU aux lettres de crédit stand-by.

La référence aux stand-by a été introduite dans l'article premier de la révision de 1983 au motif que l'identité structurelle des stand-by et des lettres de crédit commerciales devrait l'emporter sur la diversité des fonctions accomplies.

Cependant, la question s'est posée à nouveau à propos des règles relatives aux garanties sur demande, que la CCI rédigeait à l'époque et qui ont été publiées depuis.

Peut-être faut-il signaler qu'il n'y a pas longtemps, la Commission bancaire de la CCI a souligné la différence qu'il y avait entre les stand-by et les lettres de crédit commerciales ou documentaires, les premiers étant des instruments "par défaut" tandis que les deuxièmes sont des instruments "d'exécution".

Certains membres s'inspiraient de la même idée, à savoir que les stand-by s'apparentent beaucoup plus étroitement aux garanties sur demande qu'aux lettres de crédit commerciales et que l'approche fonctionnelle devrait par conséquent l'emporter. Les stand-by devraient donc être exclus des RUU et ne figurer que dans les règles relatives aux garanties - où ils figurent en fait.

Je pense qu'en principe une telle approche serait correcte, mais je comprends les raisons de la forte opposition qui est venue de divers côtés et, en particulier, des représentants des Etats-Unis. On a notamment fait valoir qu'un nombre croissant de stand-by sont en fait émis en tant qu'instruments de paiement au même titre que les lettres de crédit commerciales ordinaires, contrairement à d'autres stand-by qui, comme nous le savons tous, sont les succédanés américains des cautions de garantie du type européen.

De plus, les règles relatives aux garanties sont loin d'avoir atteint - et n'atteindront peut-être jamais - le degré d'acceptabilité que les RUU ont acquis au cours des ans, si bien qu'il est à craindre que les stand-by ne finissent par se trouver dans un vide juridique, ce qui bien entendu n'est pas du tout à souhaiter.

Compte tenu de toutes ces considérations, le groupe de travail a estimé qu'il fallait garder la mention des stand-by à l'article premier, mais qu'il ne fallait pas essayer d'identifier les règles précises des RUU qui seraient ou non applicables aux stand-by.

De nombreux articles ne s'y appliquent manifestement pas, et on a même songé à les préciser; cependant, le groupe de travail est finalement arrivé à la conclusion que ce n'était pas souhaitable et qu'en fin de compte c'était inutile.

Je partage cette opinion. Comme il ressort de l'article premier, les articles des RUU qui ne conviennent pas aux stand-by ne s'y appliqueront pas, qu'ils aient été ou non expressément exclus par les parties dans l'instrument de crédit. D'autre part, je ne pense pas qu'il y ait, pour les tribunaux, de difficulté à établir, dans des cas précis, les règles qui s'appliquent et celles qui ne s'appliquent pas.

Nous devons reconnaître en passant que les RUU ne sont pas d'une lecture aisée, malgré les efforts que nous avons faits pour les rendre aussi claires et aussi simples que possible, en évitant notamment, chaque fois que c'était possible, les références à d'autres articles.

Les RUU deviendraient encore plus compliquées si le groupe de travail identifiait en outre les principes qui s'appliquent aux stand-by et ceux qui ne s'appliquent pas.

Une autre question de caractère général concernant tout spécialement les stand-by a trait aux conséquences de deux principes fondamentaux des crédits documentaires, à savoir l'abstraction et l'indépendance de la lettre de crédit par rapport aux transactions de base.

Ces principes sont clairement énoncés aux articles 3 et 6, mais la jurisprudence des dernières années fait apparaître que cela n'est peut-être pas assez. Aussi le groupe de travail a-t-il jugé qu'il convenait que les RUU elles-mêmes en tirent expressément les conséquences; il a donc inséré dans le nouvel article 3 le principe supplémentaire et dérivé selon lequel des moyens de défense relatifs aux transactions de base ne peuvent être invoqués pour empêcher le paiement par la banque émettrice ou la banque confirmatrice, dont les obligations découlent seulement de sa propre promesse de payer (c'est-à-dire de l'émission ou de la confirmation de la lettre de crédit) et non de l'engagement pris par le donneur d'ordre et stipulé dans le contrat de base.

De même, il a été spécifié clairement qu'en aucun cas le bénéficiaire ne peut se prévaloir des relations contractuelles existant entre le donneur d'ordre et la banque émettrice. Ces deux principes devraient en fait être suffisamment clairs, mais apparemment ce n'est pas toujours le cas, et je pense que c'est à raison que les RUU les mettent expressément en lumière.

Le problème bien connu des conditions et exigences "non documentaires" est également lié aux principes d'indépendance et d'abstraction. Bien que l'article 22 des RUU 400 dispose que toutes les instructions "doivent spécifier avec précision le ou les documents contre lesquels le paiement, l'acceptation ou la négociation seront effectués", tout banquier sait qu'un grand nombre de crédits contiennent encore des conditions qui ne spécifient pas les documents qui doivent être présentés pour qu'il y soit donné suite.

En pareil cas, le banquier qui chercherait, indépendamment des documents qui lui sont présentés, à établir si ces conditions et exigences sont observées manquerait à coup sûr aux devoirs de sa profession, puisqu'il violerait la règle fondamentale selon laquelle les banques ne traitent qu'avec des documents et n'établissent le droit du bénéficiaire que sur la base des documents.

Lorsqu'il s'est attaqué à ce problème, le groupe de travail savait qu'il y a souvent confusion d'idée entre "termes et conditions", ce qui amène à conclure que des conditions non documentaires sont inévitables s'agissant, par exemple, de la date d'expiration et de présentation de documents, qui est établie sans aucun document à l'appui.

Or cela est faux. Les termes, qui sont des événements certains (par exemple, une date), ne peuvent être confondus avec les conditions, qui sont par nature des événements incertains quant à leur occurrence dans le temps (par exemple, le départ ou l'arrivée du navire). Par conséquent, lorsque nous parlons de "conditions non documentaires", nous entendons des conditions - c'est-à-dire des événements futurs et incertains - dont l'occurrence ne peut être établie par les documents indiqués dans la lettre de crédit. Dans le cadre de la règle actuelle, ce problème n'a pas de solution.

Le groupe de travail était conscient de la pertinence de la question et s'est concentré sur deux solutions possibles, à savoir conférer aux banques un certain pouvoir discrétionnaire pour décider quels documents pourraient être acceptés conformément aux conditions non documentaires ou bien n'en tenir aucun compte et les considérer comme superfétatoires. La deuxième solution a été adoptée non seulement parce qu'elle est simple, mais aussi pour concentrer l'attention du donneur d'ordre et de la banque émettrice au moment de formuler les instructions et de rédiger la lettre de crédit.

Cependant, la question que le groupe de travail a le plus débattue avait trait à l'article 15, qui incorpore l'essence même des crédits documentaires en spécifiant le sens et les implications de l'article 4, selon lequel toutes les parties intéressées ne traitent qu'avec des documents.

Mais, en fait, ce principe ne signifie rien s'il n'est pas traduit dans la pratique opérationnelle, et c'est ce que fait l'article 15 en indiquant, dans le texte de révision 400, que les banques doivent établir, sur la seule base des documents, la conformité avec les termes et conditions du crédit. Si cette conformité est établie, et seulement alors, la banque émettrice est déchargée.

La référence aux seuls documents signifie que la banque ne doit pas, dans son intérêt ou dans celui des autres parties, chercher ailleurs pour décider si elle honorera ou non la demande de paiement du bénéficiaire et, en termes plus généraux, si elle acceptera et lèvera les documents tels qu'ils lui sont soumis. Il est donc crucial d'établir jusqu'où la banque doit aller dans son examen, autrement dit, d'établir jusqu'à quel point les documents doivent être conformes aux conditions du crédit. C'est là, en fait, un problème traditionnel des crédits documentaires qu'au cours des ans les tribunaux ont résolu de diverses manières.

Je pense que nous estimons tous que la vérification des documents n'est pas un simple processus mécanique. Des irrégularités se présentent tout le temps, mais toutes n'ont pas la même pertinence, ni les mêmes effets; comme le savent tous les banquiers, certaines irrégularités sont effectivement critiques et donc fatales, alors que d'autres sont mineures et sans pertinence et que d'autres encore peuvent être rectifiées en demandant l'approbation du mandant. La liste serait sans fin : fautes d'orthographe, transposition de lettres, absence de mentions, etc.

Le problème se pose donc de savoir sur quelle base et selon quels critères le banquier doit établir si l'irrégularité est pertinente et décider d'accepter ou de refuser les documents.

Comme l'a dit le professeur Kozolchyk, "le fait le plus fondamental du système des lettres de crédit est que la lettre de crédit est un instrument de paiement et que, normalement, les banques sont censées payer et non pas chercher des excuses hypertechniques pour ne pas payer ou méconnaître d'importantes irrégularités justifiant le non-paiement". D'autre part, "si les banques refusaient de payer des crédits sans donner la possibilité de rectifier des irrégularités mineures ou insignifiantes, leur rôle en tant que payeurs de confiance serait sérieusement compromis".

Le groupe de travail a longuement étudié la jurisprudence de divers pays et s'est trouvé en présence de diverses solutions. Cependant, le problème le plus préoccupant paraît exister aux Etats-Unis, où les tribunaux ont fait preuve d'une tendance à être de plus en plus portés au formalisme le plus strict, ce qui fait de la vérification des documents une affaire incertaine et coûteuse.

Ce problème est étroitement lié aux efforts que le donneur d'ordre fait assez souvent pour inciter la banque, en alléguant d'irrégularités réelles ou fictives, à refuser le paiement lorsque, pour des raisons tenant au marché, le contrat de vente n'est plus avantageux pour lui. Bien entendu, les banques ne peuvent appuyer une telle attitude; elles sont et doivent rester neutres et décider d'accepter ou de refuser les documents, comme le dit l'article 15, sur la base des instructions et des directives de la lettre de crédit.

Malheureusement, elles n'observent pas toujours ce principe fondamental du crédit documentaire, et nous savons tous que cela arrive plus souvent dans certaines régions que dans d'autres.

D'autre part, comme je m'y attendais, cela, dans bien des cas, tient à nous, juristes, ainsi qu'aux tribunaux, qui semblent de plus en plus enclins à adopter une approche véritablement légaliste en appliquant le principe de la conformité, comme s'il était synonyme de la stricte conformité.

On a souvent mentionné comme particulièrement significative à cet égard une affaire jugée aux Etats-Unis (Beyene c. Irving Trust Co.), dans laquelle le tribunal a estimé qu'une faute d'orthographe dans le nom de la "partie à notifier" (Mohammed Soran au lieu de Mohammed Sofan) était telle que la banque aurait dû refuser le crédit. L'enquête faite par le groupe de travail a relevé des exemples analogues dans la jurisprudence d'autres pays.

Cette attitude des tribunaux, qui n'est pas rare, a bien entendu aggravé le problème en donnant de bons arguments aux banques qui n'étaient pas disposées à honorer le crédit soit parce qu'elles craignaient de n'être pas remboursées par la banque émettrice ou par la partie titulaire du compte, selon le cas, soit parce qu'elles désiraient protéger les intérêts ou, pis, les intentions capricieuses des parties.

Tout cela a fait naître, au mieux, la pratique - qui représente maintenant la très grande majorité des cas - de la mention "paiement soumis à une réserve ou à un recours au bénéficiaire" émanant de la banque confirmatrice ou négociatrice et accompagnée d'une liste d'irrégularités aussi longue que possible.

Cela étant, le groupe de travail a estimé qu'il fallait faire quelque chose pour atténuer les problèmes rencontrés chaque jour par les vérificateurs de documents et empêcher les abus rendus paradoxalement possibles par l'attitude légaliste des tribunaux. La seule façon d'y parvenir était d'énoncer clairement à l'article 15 (devenu art. 13) les critères selon lesquels la banque doit établir la conformité des documents qui lui sont présentés.

La façon la plus naturelle d'aborder le problème semble être de se référer à ce que tout banquier bon, honnête et expérimenté ferait dans une situation donnée, c'est-à-dire à ce qu'on appelait initialement la "pratique bancaire normale", expression désignant la pratique que suit un banquier international bon, honnête et expérimenté lorsqu'il vérifie des documents.

Bien qu'appuyée par la majorité des membres du groupe de travail, cette approche n'a pas été approuvée par les comités nationaux, essentiellement pour deux raisons. Premièrement, la crainte que toute modification des Règles ne compromette l'équilibre précaire atteint en quelque sorte dans le commerce international et, deuxièmement, la préoccupation largement répandue de voir la référence à la pratique bancaire consacrer ou du moins encourager des pratiques bancaires nationales inhabituelles et extravagantes, ce qui créerait de nouveaux problèmes au lieu de résoudre les problèmes existants.

Personnellement, je ne partage pas ces préoccupations. Au contraire, je suis fermement convaincu qu'une pratique bancaire, pour être "normale", ne peut être inhabituelle ou extravagante. Dans l'ensemble, ni les banquiers, ni les opérateurs commerciaux ne peuvent, où que ce soit dans le monde, être considérés comme extravagants. On ne peut qualifier de normal que ce qu'on peut attendre d'un bon banquier ou d'un commerçant moyen, puisque c'est ce qui arrive le plus souvent sur le marché.

La proposition a néanmoins été critiquée, et le groupe de travail a finalement adopté une terminologie différente, mais pas une différente notion, en se référant à la pratique bancaire internationale normale telle qu'elle est reflétée dans les RUU. Je ne pense pas qu'une telle expression ajoute quoi que ce soit à l'autre ou qu'elle en diffère sensiblement, mais j'aurais pourtant préféré la proposition initiale pour la raison principale qu'il n'existe pas (encore) de pratique internationale, mais plutôt différentes pratiques qui peuvent varier non seulement d'un pays à l'autre, mais même d'une banque à l'autre et qui, toutes, pourraient même être acceptables dans des cas individuels.

Je comprends cependant les raisons de l'inquiétude éprouvée par plusieurs comités nationaux, y compris celui de mon propre pays, et j'espère qu'il est possible, du moins avec cette expression, de modifier l'article 15 et de parer, d'une certaine façon, l'approche dangereuse suivie par certains tribunaux.

Un autre point qui mérite d'être signalé est l'attitude prise par le groupe de travail à propos de la rédaction des règles sur les documents de transport.

Dans les RUU 400, il n'y a pas de distinction nette entre les divers documents de transport, qui sont traités souvent ensemble dans plusieurs règles, ce qui rend parfois nécessaire de consulter différents articles à propos d'un seul et unique document de transport.

Pour des raisons de simplicité et de clarté systématique, le groupe de travail a estimé que chaque document devrait être traité exhaustivement dans un seul article, même si cette approche pouvait entraîner, et entraîne en fait, des répétitions là où certaines conditions sont communes à plus d'un document de transport.

Une approche de ce genre a d'autres avantages. Nous savons tous que les titres et noms des documents de transport ne sont pas toujours utilisés comme il faudrait, ce qui fait naître des doutes quant à l'acceptabilité des documents eux-mêmes. C'est pourquoi le groupe de travail a jugé opportun d'énumérer dans tous les articles traitant d'un type spécifique de document de transport les conditions minimales qui doivent figurer dans ces documents, quel que soit le nom ou le titre utilisé en fait par l'émetteur du document en question.

Le nouveau projet couvre le connaissement maritime, le connaissement charte-partie, le document de transport multimodal, le document de transport aérien, les documents de transport routier, ferroviaire ou fluvial, le récépissé du courrier ou de la poste et les documents de transport des transitaires.

Dans un projet antérieur, un article distinct avait aussi été consacré au connaissement maritime, dit sea waybill, document de transport assez nouveau créé par la pratique, principalement dans les pays scandinaves. Sur la nature de ce document, le groupe de travail est arrivé unanimement à la conclusion que ce n'était pas un document formant titre, ni même un récépissé en bonne et due forme des marchandises et qu'il ne conférait aucun droit sur celles-ci.

Les observations reçues des comités nationaux ont fait apparaître que ce mode de transport est limité, qu'il n'est guère reconnu sur la plupart des marchés internationaux et qu'il n'est pas suffisamment défini pour être inclus dans les RUU, du moins pour le moment. L'article correspondant a donc été supprimé.

Ce ne sont là, bien entendu, que quelques-uns des nombreux problèmes que le groupe de travail a rencontrés dans son oeuvre de révision. Il ne m'appartient pas, en tant que membre du groupe de travail, de me prononcer sur la qualité de nos travaux. La seule chose que je puisse dire est que l'actuelle révision a pris beaucoup plus de temps que les précédentes. J'espère que tout ce temps est justifié par les résultats que nous avons obtenus.

3. Praticiens internationaux

ROBERT D. WEBSTER
Avocat, New York (Etats-Unis d'Amérique);
Comité de droit bancaire, Association internationale du barreau

Depuis presque toujours, la banque a été une activité transfrontière. Le financement du commerce et le rôle d'intermédiaire que jouent les banques dans le transfert de la valeur les a obligées à faire face aux régimes juridiques de diverses juridictions. Jusqu'à assez récemment, on s'en remettait, pour l'établissement de règles régissant les transactions financières multinationales, aux notions parfois contradictoires du droit commercial des divers Etats, ainsi qu'à la coutume et aux usages reconnus par les participants. La recherche de la certitude juridique touchant les transactions financières multinationales était incertaine, et le règlement des litiges dépendait plus du pragmatisme des parties que de l'existence de principes juridiques susceptibles d'être appliqués par les tribunaux.

Au cours de la deuxième moitié du XXème siècle, des efforts ont été déployés, à un rythme croissant, pour formaliser les règles régissant le transfert transfrontière de la valeur, afin d'obtenir un plus haut degré de prévisibilité quant aux conséquences juridiques des transactions transfrontières et aux droits des parties à ces transactions. Ces efforts ont été entrepris par des organes très divers. Je ne puis prétendre donner un catalogue complet de ces organes ou de la gamme de projets qui ont été entrepris, mais les organes suivants sont représentatifs des initiatives importantes prises dans ce domaine :

Organes transnationaux

La CNUDCI a entrepris toute une série de projets ayant pour objectif de réduire les obstacles juridiques à la liberté des échanges internationaux. La Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et des billets à ordre internationaux ainsi que la la Loi type sur les virements internationaux sont d'un intérêt particulier pour notre Congrès.

La Commission des Communautés européennes a fourni des indications sur les systèmes de paiement, tout récemment sous la forme d'un document de travail intitulé "Easier cross-border payments: breaking down the barriers" établi avec la collaboration de deux groupes de travail - le Groupe du développement technique des systèmes de paiement, dont les membres représentent des banques comerciales et des banques centrales, et le Groupe de liaison des usagers des systèmes de paiement, composé de représentants des banques et des consommateurs. Ce document de travail énonce une série de propositions en vue d'améliorer les systèmes de prépaiement transfrontière en prévision de l'union monétaire européenne.

Les banques centrales des pays du Groupe des Dix ont collaboré à l'examen de diverses questions intéressant les opérations bancaires commerciales et, directement ou indirectement, les systèmes de paiement et transferts de

valeur. Par exemple, elles ont constitué un comité ad hoc de haut niveau chargé d'analyser les implications des dispositifs de compensation transfrontières et multidevises. En novembre 1990, ce comité a remis son rapport, dans lequel il analysait les risques de crédit et de liquidité liés aux systèmes de compensation et décrivait les principes qu'il faudrait suivre pour que ces systèmes réduisent effectivement les risques.

Associations transnationales d'entités privées

L'International Swap Dealers Association a été créée en mai 1985 par des représentants de sociétés internationales d'investissement, de banques commerciales et de banques d'affaires afin, principalement, de promouvoir des pratiques favorables à l'établissement d'un marché de swap efficace et de mettre au point, à cet effet, des documents types. Elle a étendu ses activités à des domaines connexes et a, par exemple, rédigé une loi type autorisant les Etats et les administrations locales à effectuer des opérations de swap.

La Commission des techniques et pratiques bancaires de la Chambre de commerce internationale est un organe de la CCI composé de banques de pays industrialisés et de pays en développement du monde entier spécialisées dans le financement du commerce. Sa réalisation la plus importante a peut-être été la promulgation des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU). Les RUU ont été largement acceptées en tant que règles régissant les crédits documentaires, et on espère que leur dernière version (RUU 500), qui devrait entrer en vigueur en 1994, sera toujours utilisée au XXIème siècle.

Le Clearing-House Interbank Payment System (CHIPS) de New York, sans être à proprement parler une association transnationale, réunit 126 banques ayant leur siège dans 30 pays et qui, toutes, sont présentes à New York. Il a mis au point des règles et procédures pour l'exécution des paiements interbancaires et leur règlement sur une base nette-nette. En étroite collaboration avec les organismes chargés de la réglementation bancaire aux Etats-Unis, il a défini des techniques de contrôle des risques et a examiné avec attention la question de l'insolvabilité des contreparties dans un système dont les participants sont constitués sous des régimes différents. Un système analogue, le Clearing-House Automated Payment System, a été créé en 1984 en Angleterre, pour l'envoi de paiements inconditionnels en livres sterling pour règlement le même jour entre les banques payeuses. Il regroupe actuellement 12 banques britanniques et une banque américaine.

Groupes spéciaux d'entités privées

L'ICOM se compose principalement de juristes de banques commerciales et de banques d'affaires des Etats-Unis et du Royaume-Uni, qui se sont regroupés avec l'encouragement du Comité des changes patronné par la Banque fédérale de réserve de New York agissant en liaison avec l'Association des banquiers britanniques. Il s'efforce de mettre au point des formules types de documents pour certaines opérations de change entre opérateurs. Un accord type de compensation a été mis au point en avril 1992 et traite des procédures de formation, d'exercice et de règlement pour les options de change ainsi que des procédures en cas de défaillance. Le groupe s'occupera ensuite des documents types pour la compensation des opérations de change au comptant et à terme.

L'Organisation nord-américaine de compensation est un groupe informel de banques des Etats-Unis et du Canada, qui étudie la possibilité d'établir pour les opérations de change une chambre de compensation qui prévoirait le

règlement sur une base multilatérale. Les progrès ont été ralentis parce que certains des participants initiaux se sont retirés et par les problèmes liés aux coûts et aux engagements en jeu, mais les efforts se poursuivent. Un groupe analogue, l'Organisation européenne de compensation, a été créé et en est aussi au stade de la recherche préliminaire.

Il faut souligner que cette récapitulation des initiatives entreprises n'est pas exhaustive, mais présente un simple aperçu de la diversité des mesures prises pour mettre au point des ensembles de règles communément acceptées concernant l'échange transnational de valeur. Un objectif de chacune de ces initiatives est d'aboutir à la certitude dans les principes juridiques qui régissent ces opérations, ce qui est non seulement souhaitable du point de vue commercial, mais également important pour les organes gouvernementaux chargés de la supervision des banques et des autres institutions financières. Ces organes ont souligné que les règles régissant les opérations multinationales devaient reposer sur une base juridique solide. Le Comité sur les systèmes de compensation interbancaires des banques centrales des pays du Groupe des Dix, par exemple, a déclaré dans son rapport de novembre 1990 (par. 2.23) :

> "Tout système de compensation qui prévoit le règlement de soldes nets afférents à un nombre élevé de transactions peut diminuer les coûts d'exploitation journaliers des participants et les besoins ordinaires de liquidités. Mais les participants n'enregistreront des réductions de leurs risques effectifs de crédit et de liquidité qu'à partir du moment où les montants nets seront juridiquement contraignants en cas de règlement judiciaire d'une contrepartie."

S'ils n'aboutissent pas à la certitude juridique, ces efforts peuvent en fait aller à l'encontre du but recherché. Comme l'a dit le Comité des banques centrales des pays du Groupe des Dix (par. 2.2) :

> "Cependant, la compensation peut également concourir à accroître le risque systématique. Cela peut être le cas si, au lieu de réduire les risques effectivement encourus par les participants, elle ne fait qu'occulter le niveau réel des risques. La réduction effective des risques est fonction de la solidité juridique du système de compensation."

Pour établir des règles régissant les transactions transnationales, il faut pouvoir compter sur la participation active d'un certain nombre de parties. Etant juriste, je n'ai fait bien entendu qu'indiquer qu'il fallait des connaissances juridiques pour établir des règles susceptibles d'être appliquées dans les nombreuses juridictions en jeu. Il importe en particulier de savoir si les lois sur l'insolvabilité reconnaîtront les arrangements adoptés par le secteur privé. Mais la collaboration des usagers et de ceux qui participent aux divers systèmes de transfert de valeur est au moins aussi importante. Certaines règles auront peu d'utilité juridique si elles imposent un système qui ne fonctionnera pas à cause des coûts ou des risques qu'il entraîne, des difficultés technologiques ou opérationnelles qu'il provoque ou de la résistance des usagers ou des participants. Etablir de telles règles sera également dénué d'intérêt si elles dépendent de l'adoption d'une législation politiquement inacceptable ou si elles vont à l'encontre des objectifs ou des programmes des organes chargés de la réglementation.

Ces considérations souvent contradictoires valident en fait le processus par lequel divers organes, formels et informels, abordent les règles régissant les transactions transnationales. Chaque organe y apporte sa propre combinaison de points forts et de points faibles.

Par exemple, les efforts bilatéraux ou multilatéraux déployés par les participants et usagers privés de systèmes de transfert de valeur refléteront les besoins et aspirations du secteur privé en matière de commerce, et sont essentiels si l'on veut que les règles régissant les transactions en question tiennent compte des considérations pratiques du marché. Mais le statut réglementé des participants exige aussi que les arrangements traitent les risques individuels et systémiques d'une manière acceptable pour les autorités de supervision et tiennent compte des préoccupations des banques centrales en matière de politique monétaire. De plus, ces risques et préoccupations ne peuvent être traités que si les règles mises au point par des entités privées acquièrent une validité juridique, ce qui peut exiger l'intervention du pouvoir législatif. A cause en particulier du grand nombre de juridictions parfois en cause, le parrainage d'organes publics ou quasi publics peut être souhaitable pour apaiser les inquiétudes de ceux qui craignent que l'action législative demandée ne serve les intérêts d'un groupe particulier. Mais, inversement, les organes publics ou transnationaux ne peuvent fonctionner dans un vide. Les règles qu'ils mettent au point n'auront de valeur pratique que si elles définissent un système qui sera largement accepté par le secteur privé. Cet objectif ne sera atteint que si ces règles reflètent les soucis du secteur privé en ce qui concerne la capacité technologique, les habitudes d'utilisation, la tolérance des risques, la rentabilité et les besoins en capitaux.

Ces considérations publiques et privées, diverses et parfois contradictoires, peuvent être intégrées de plusieurs façons. Les organes chargés de s'occuper des systèmes de paiement et autres systèmes d'échange de valeur peuvent inclure des représentants des différents groupes qui formeront une structure formelle, comme dans le cas de la Commission européenne, qui a créé deux groupes de liaison (le Groupe technique et le Groupe d'usagers) pour mettre au point son document de travail sur le système de paiement transfrontière; ou informelle, comme dans le cas du CHIPS. Les efforts faits parallèlement par le Conseil du système fédéral de réserve des Etats-Unis pour limiter les risques systémiques du système de paiement et par la Chambre de compensation de New York pour donner aux paiements un caractère définitif ont été combinés dans les amendements récemment apportés aux règles du CHIPS. Des discussions actives ont eu lieu à cette fin entre le secteur privé et l'autorité de supervision, et cet effort coopératif s'est poursuivi sur le plan législatif où, avec l'appui des deux groupes, le Congrès a adopté en 1991 une législation reconnaissant le régime de compensation du CHIPS. Les divers groupes publics et privés peuvent apporter leur contribution à la mise au point de règles dans ce domaine même sans coopération structurée, simplement du fait qu'un groupe reconnaît la qualité des efforts faits par un autre. C'est ainsi que la Commission européenne a déclaré dans son document de travail :

> "Il est nécessaire d'harmoniser les règles juridiques afin d'assurer le caractère définitif des paiements et de lever l'incertitude qui peut exister dans les systèmes de compensation. La Commission entend que cette harmonisation soit compatible avec les initiatives internationales plus larges et elle se propose en conséquence de s'inspirer en particulier des travaux de la CNUDCI ... pour élaborer une législation en vue d'un cadre juridique communautaire minimal."

S'il n'est peut-être pas vrai que dans ce domaine tous les chemins mènent à Rome, un grand nombre y mènent certainement.

UMBERTO BURANI
Secrétaire général de la Fédération bancaire de la Communauté européenne, Bruxelles

Nous observons actuellement dans le monde entier un processus général de déréglementation et de libéralisation des services. Parallèlement, les opérations des banques se déroulent de plus en plus à l'échelle mondiale, ce qui est indispensable puisque l'industrie et le commerce étendent leurs activités au-delà des frontières nationales. Cette évolution se traduit par les initiatives prises pour libéraliser davantage encore les échanges de services par le biais des négociations d'Uruguay dans le cadre du GATT. Les banques sont très favorables à tout élargissement de leur champ d'action sur le plan international.

L'internationalisation des activités bancaires est telle que la création d'agences ou de filiales sur les marchés étrangers est plus nécessaire que jamais. Les banques font de gros investissements à cette fin et, ce faisant, elles comptent que les législations nationales leur permettront de s'établir dans les mêmes conditions que les entreprises nationales. Il est donc nécessaire de pouvoir prévoir les modifications d'ordre juridique qui affecteront les agences ou les filiales dans le pays hôte et de s'assurer que ces modifications n'affecteront pas les agences situées dans d'autres pays.

Il est aussi nécessaire de s'assurer que les politiques des pays où ces agences ou filiales sont établies présentent un certain degré d'uniformité. Bien qu'elle fasse intervenir au moins deux pays, une transaction bancaire transfrontière est, techniquement, une opération unique. Par conséquent, si une partie de la transaction était régie par un ensemble de règles dans le pays d'origine et si l'autre partie était régie par des règles opposées dans le pays de destination, il en résulterait des restrictions considérables aux opérations bancaires internationales et, partant, au commerce international.

Un tel conflit d'intérêts risque de naître à propos des prescriptions actuelles touchant la communication de renseignements, où l'on constate deux approches différentes, celle des Etats-Unis et celle de la Communauté européenne.

L'approche américaine a pour effet, lorsque des instructions pour un virement télégraphique ou électronique sont reçues par un agent financier ou envoyées par une institution financière à un agent financier étranger, que les renseignements suivants doivent être signalés : nom, adresse et numéro du compte qui est crédité ou débité par l'agent, date et montant de la transaction et tous autres renseignements figurant normalement sur les documents internes de l'agent concernant les virements télégraphiques ou électroniques. L'intention des autorités des Etats-Unis est clairement de suivre le mouvement des produits du crime qui font l'objet d'un blanchiment au moyen des systèmes de message ou de transfert. Dans le cadre de la législation américaine sur le secret bancaire, un ensemble de dispositions ont trait à la tenue des pièces comptables et à la divulgation des transactions en monnaie locale et en devises. En vertu de ces dispositions, le Secrétaire au Trésor des Etats-Unis peut promulguer des règlements exigeant de certaines institutions financières qu'elles communiquent des rapports sur certaines transactions avec des institutions financières étrangères désignées. Une telle réglementation pourrait donc produire des effets en dehors des Etats-Unis.

Tel est manifestement le cas des transactions internationales dans lesquelles, par exemple, un citoyen d'un pays d'Europe donne pour instruction à sa banque locale de faire un paiement à l'agence américaine de cette banque. Comme la banque américaine devra signaler la transaction aux autorités des Etats-Unis, on pourrait dire que l'agence européenne a communiqué indirectement des renseignements sur un résident européen.

Les effets d'une telle réglementation pourraient en outre s'étendre à une transaction bancaire ayant lieu en Europe. En vertu du principe selon lequel une monnaie ne peut se trouver que dans son pays d'origine, des renseignements devront être communiqués aux Etats-Unis si, en Europe, une personne désirait faire un investissement en dollars auprès de sa banque locale ou faisait verser des dollars à un compte dans une autre banque du même pays ou d'un autre pays d'Europe.

L'approche suivie par la Communauté européenne est assez différente. Un instrument destiné à lutter contre le blanchiment de l'argent a été adopté (directive 91/308 du 10 juin 1991 sur la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment d'argent).

En raison de faits survenus au cours de l'histoire de l'Europe, la Communauté est extrêmement prudente devant la perspective de donner aux autorités des pouvoirs excessifs au sujet des renseignements concernant les personnes. Comme le fait même de signaler une transaction est en soi une atteinte à la vie privée sauf s'il est nécessaire et raisonnable pour des motifs de sécurité publique, comme le confirme l'article 8.2 de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la directive n'impose pas une obligation systématique de signaler les transactions, mais une obligation de signaler seulement les transactions jugées suspectes.

De même, la Communauté européenne a accordé une attention particulière au respect de la vie privée dans son projet de directive sur la protection des données, directive qui pourrait elle-même avoir des effets en dehors de la Communauté. Elle dispose en effet que : "Les Etats membres doivent prévoir dans leur législation que le transfert, temporaire ou permanent, à un pays tiers de données personnelles et qui font l'objet d'un traitement ou ont été rassemblées en vue d'être traitées ne peut s'effectuer que si ce pays assure un degré suffisant de protection". Cela pourrait entraver gravement les échanges, puisque la plupart des transactions bancaires internationales exécutées en Europe sont effectuées avec des citoyens de pays qui n'assurent pas un degré suffisant de protection.

Les banques commencent à se rendre compte qu'il leur sera extrêmement difficile de se conformer à la fois aux exigences de divulgation des Etats-Unis et à la législation de la Communauté européenne relative à la protection des données et au secret bancaire. Par exemple, la législation des Etats-Unis donne au Secrétaire au Trésor le pouvoir discrétionnaire de divulguer les renseignements communiqués en vertu de la législation bancaire à un autre service de l'administration fédérale, nationale ou locale ou encore à un service d'un Etat étranger, à la demande du chef du service intéressé.

Etant donné le caractère systématique que l'obligation de divulgation revêt aux Etats-Unis, on peut se demander si, selon une interprétation littérale de cette règle, la Communauté européenne ne considérerait pas que les Etats-Unis n'assurent pas un degré suffisant de protection de la vie privée. De ce fait, la communication aux Etats-Unis de données personnelles

d'ordre financier (par exemple, nom, adresse, numéro de compte) pourrait être interdite, ce qui empêcherait les systèmes internationaux de paiement de fonctionner.

De plus, en vertu de la législation des Etats-Unis, le Secrétaire au Trésor peut interdire de révéler à un service financier étranger ou à une autre partie l'existence ou les dispositions d'une obligation de divulgation. En revanche, dans le projet de directive européenne sur la protection des données, le contrôleur du dossier doit informer la personne à laquelle les données se rapportent du fait que celles-ci ont été communiquées.

Ainsi, en Europe, les sociétés seraient tenues d'informer la personne à laquelle les données se rapportent du fait que les renseignements ont été communiqués aux autorités des Etats-Unis, et celle-ci aurait alors le droit, en vertu de la directive sur la protection des données, de demander à la banque d'arrêter la communication. En revanche, l'agence américaine d'une banque européenne serait tenue de ne pas divulguer le fait qu'elle a communiqué les données. La législation des Etats-Unis serait donc dans l'impossibilité d'atteindre son objectif.

Des complications risquent aussi de surgir à propos des règlements relatifs au secret bancaire. Comme le droit pénal national est généralement applicable aux infractions commises à l'étranger par des nationaux à l'encontre de nationaux du même pays, des problèmes pourraient se poser si l'agence américaine d'une banque d'un pays de la Communauté européenne doté de dispositions strictes sur le secret bancaire faisait appel à un banquier de ce pays. Si les transactions provenant du siège européen de la banque et se rapportant à un citoyen de ce pays européen étaient divulguées, le banquier, ayant la même nationalité, pourrait se trouver avoir violé ses obligations en matière de secret bancaire.

Tous ces conflits apparents entre les prescriptions des Etats-Unis et les prescriptions européennes pourraient empêcher l'intégration des systèmes informatiques entre le siège européen et les agences américaines d'une banque européenne, puisqu'il pourrait n'être pas possible de permettre aux agences américaines d'avoir librement accès aux bases de données du siège européen, ce qui poserait des problèmes pour les banques désireuses d'étendre leurs activités sur le plan international.

Bien que la prévention du blanchiment de l'argent et la nécessité de protéger la vie privée soient incontestablement d'une importance primordiale tant pour les Etats-Unis que pour les pays de la Communauté européenne, la manière d'aborder le problème est très différente des deux côtés de l'Atlantique et la perception des questions en cause varie considérablement entre les Etats-Unis et l'Europe.

L'harmonisation des législations sur des questions délicates telles que la prévention du blanchiment de l'argent et la protection de la vie privée est donc une entreprise assez harsardeuse. Il serait cependant naïf de penser qu'il serait possible à chaque Etat de suivre sa propre voie.

Bien qu'on affirme souvent dans les instances internationales que ces questions devraient être harmonisées et que la coopération devrait être plus étroite, il faut admettre que de telles professions de foi ont été rarement mises en pratique. Des mesures concrètes doivent cependant être prises pour imposer une certaine forme d'harmonisation. Ce dont il est question, ce n'est pas tant de la nécessité d'agir que de la portée et de la forme de l'action à

entreprendre. Comme il est difficile de concilier les approches des Etats-Unis et de la Communauté européenne, il faudrait établir sur le plan international certaines dispositions fondamentales essentielles à la lutte contre le blanchiment de l'argent, tout en garantissant au maximum le respect de la vie privée.

Une harmonisation minimale peut sembler être une solution assez peu satisfaisante, mais elle aurait du moins le mérite d'être plus efficace sur le plan international. Il faut se souvenir que le mieux est l'ennemi du bien.

CARLOS ZEYEN
Avocat, Luxembourg

Je voudrais, dans le laps de temps qui m'a été imparti, donner un bref aperçu général de la manière dont les milieux bancaires luxembourgeois voient l'unification et l'harmonisation progressives du droit commercial international ainsi que de la manière dont nous percevons les besoins futurs.

Pour commencer, je tiens à préciser que mon exposé a été préparé à l'aide d'informations fournies par diverses institutions financières et par leur organisation de tutelle, l'ABBL (Association des banques et des banquiers de Luxembourg), ainsi que par différentes associations bancaires (CREDIMPEX Luxembourg, ALGAFI Luxembourg, FOREX Luxembourg).

Le Luxembourg, membre de la Communauté européenne longtemps associé presque exclusivement à une industrie sidérurgique puissante et florissante, est maintenant de plus en plus considéré comme un important centre financier international au coeur de l'Europe, qui compte plus de 180 banques, dont 98 % sont des filiales ou succursales de grandes banques étrangères.

Bien que de nombreuses banques luxembourgeoises participent au financement des échanges en accordant des crédits à court terme, en escomptant des lettres de change et des billets à ordre pour des clients ou leurs acheteurs et fournisseurs, peu de banques se sont en fait spécialisées dans le traitement des opérations documentaires, des lettres de crédit, etc.

Statu quo du Luxembourg face aux règles harmonisées

On peut dire aujourd'hui que les aspects bancaires des opérations transnationales sont assez bien organisés, ce qui tient notamment au fait que les banques se font mutuellement confiance, car elles ont des dépôts les unes auprès des autres. Des groupes de correspondants bancaires collaborent, en général, en maintenant de tels dépôts et en échangeant des informations sur le marché et le crédit.

En l'absence de règlements spécifiques, les banquiers luxembourgeois ont accueilli avec satisfaction les règles élaborées sous les auspices de la Chambre de commerce internationale (CCI) et de la CNUDCI, car elles constituent d'excellents outils qui tiennent compte de leurs besoins comme de ceux des négociants et offrent des solutions très fiables dans le domaine du paiement des transactions transnationales. A titre d'illustration, les opérations de crédit documentaire au Luxembourg sont régies à 99 % par les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires de la Chambre de commerce internationale, telles que révisées en 1983 (RUU N° 400).

De même, les banquiers luxembourgeois sont tout à fait satisfaits des mises à jour fréquentes effectuées par la Commission des techniques et pratiques bancaires de la CCI, qui tiennent largement compte des changements

et des faits nouveaux survenus dans les procédures, le transport et les communications affectant le commerce international. Je devrais également ajouter que les opinions élaborées par la Commission pour l'information des parties intéressées sont lues avec intérêt et prises en compte par les banquiers et négociants luxembourgeois.

On peut même se demander dans quelle mesure les règles de la CCI (qui codifient essentiellement les pratiques déjà suivies et les solutions établies) ne représentent pas déjà en fait la lex mercatoria, du moins en ce qui concerne le Luxembourg.

Evolution future

Moyens de parvenir à l'unification

Une des principales questions qui se posent est de savoir s'il est possible et nécessaire d'assurer l'unification par des accords internationaux contraignants, obligatoires pour toutes les parties à une opération, ou grâce à l'amélioration de règles semblables à celles de la CCI. Un bon exemple de l'efficacité de règles unifiées impératives est la Convention de Genève sur les lettres de change et billets à ordre du 7 juin 1930, incorporée dans le droit interne luxembourgeois par la loi du 8 janvier 1962.

La Communauté européenne est parvenue à unifier la législation de ses Etats membres en définissant des règles impératives. Avec la réserve formulée hier par le professeur Schneider concernant les différences conceptuelles existant entre les objectifs et les règles de la CEE et ceux de la CNUDCI, une harmonisation à l'échelle mondiale pourrait se faire sur le modèle du modus operandi de la CEE ou, au minimum, s'en inspirer.

Dans ce contexte, il ne faut toutefois pas oublier que, pour harmoniser, il ne faut pas forcément réglementer de manière restrictive. Comme dans la Communauté européenne, l'harmonisation devrait avoir pour objectif la libre circulation des biens, des services et des capitaux. Par ailleurs, les règles unifiées devraient uniquement être de caractère subsidiaire.

Obstacles possibles à supprimer

Les différences existant entre l'approche des pays de common law et celle des pays de droit romain peuvent constituer un sérieux obstacle à l'harmonisation. Tout praticien sur la place financière luxembourgeoise s'est déjà heurté à ce type de difficulté. D'un autre côté, la CEE nous montre qu'il est enfin possible d'appliquer des règles unifiées à la fois au Royaume-Uni et en France.

De même, dans une certaine mesure, je pense que l'unification du droit commercial international ne constitue pas tant un problème d'ordre juridique qu'un problème lié au développement du système bancaire, en particulier, et au développement, en général. De fait, des règles unifiées sont pratiquement inutiles si la devise utilisée par le partenaire potentiel n'est pas convertible (en théorie ou en pratique).

On estime généralement qu'il est plus facile d'unifier les règles dans les domaines juridiques où les parties bénéficient de la liberté contractuelle, tandis qu'il semble parfois impossible de le faire dans des domaines où s'appliquent des règles impératives. D'après mon expérience, il me semble évident que les domaines juridiques où il est le plus difficile d'harmoniser sont justement ceux où l'unification est la plus nécessaire, par exemple, en matière de faillite.

Mon cabinet qui, depuis près d'un an maintenant, s'occupe de questions liées à la Banque de crédit et de commerce international (BCCI), s'est heurté à l'absence d'harmonisation dans le domaine des faillites et de l'insolvabilité en général. Comme vous le savez certainement, la BCCI Holdings avait son siège social au Luxembourg, d'où elle contrôlait pratiquement toutes les banques de la BCCI dans le monde. Selon moi, il est tout à fait indispensable de prendre des mesures appropriées pour supprimer les différences existantes entre les législations des différents pays.

Conclusion

En résumé, je pense, comme bon nombre de mes collègues luxembourgeois, que la mise en place d'une législation internationale, c'est-à-dire de règlements normatifs convenus par les Etats, sous forme de conventions internationales ou de lois types, constituerait la manière la plus efficace d'unifier le droit commercial international. J'estime personnellement que l'harmonisation devrait avoir pour objectif la libre circulation des biens, des services et des capitaux.

Le rôle de la CNUDCI est crucial, et je suis convaincu que les praticiens luxembourgeois seraient honorés d'apporter leur contribution à l'élaboration de règles commerciales internationales réalistes et unifiées.

GEORGE A. HISERT
Avocat, San Francisco (Etats-Unis d'Amérique);
Président du Sous-Comité des lettres de crédit du Comité du Code commercial uniforme du barreau de Californie

Je suis heureux que me soit donnée l'occasion d'apporter une modeste contribution aux efforts considérables déployés par la CNUDCI pour créer des lois et des conventions commerciales afin de faciliter le commerce international. Je parlerai ici du transfert et de la cessibilité des lettres de crédit.

Trois développements importants sont à signaler à cet égard. Premièrement, comme nous l'avons entendu ce matin, les Règles et usances uniformes 500 sont presque dans leur forme finale. Deuxièmement, la CNUDCI est en train d'élaborer une loi type ou une convention sur les garanties bancaires et les lettres de crédit stand-by. Troisièmement, aux Etats-Unis, l'article 5 du Code de commerce uniforme, qui régit les lettres de crédit dans la plus grande partie du pays, est en cours de révision. Toute cette activité témoigne de l'importance croissante des lettres de crédit aussi bien pour le commerce international que pour le commerce intérieur.

Aux Etats-Unis, les RUU 500 et la révision envisagée du Code de commerce uniforme donnent lieu à un débat, notamment sur le mécanisme de transfert des lettres de crédit et la cessibilité du produit de ces lettres. Ce débat est né du succès même de l'utilisation des lettres de crédit comme titres de paiement. D'une part, ceux qui les émettent souhaitent exercer un contrôle rigoureux sur l'identité des bénéficiaires, car ils veulent limiter au minimum le risque d'être confrontés à des demandes concurrentes en vertu d'une même lettre de crédit et, d'autre part, les prêteurs ont découvert l'intérêt qu'il y avait à accepter des cessions ou des transferts de lettres de crédit pour faciliter le financement du bénéficiaire. Les banques sont souvent parties prenantes des deux côtés, car elles sont couramment à la fois émettrices de lettres de crédit et prêteuses aux bénéficiaires.

J'ai observé, dans l'exercice de ma profession, un phénomène qui devient de plus en plus fréquent : normalement, aux Etats-Unis, les prêteurs ne prêtent que contre la garantie des effets émis aux Etats-Unis. En cas de défaillance de l'emprunteur, il faut qu'ils puissent récupérer rapidement les sommes dues en s'adressant directement aux clients de ce dernier. Ils hésitent en général à prêter contre la garantie d'effets à recevoir de clients étrangers, en raison des problèmes de recouvrement que posent les différences entre les systèmes juridiques. Or, les entreprises ont un nombre de plus en plus important d'effets internationaux à recevoir. Aussi est-il souvent suggéré que, si ces effets sont garantis par des lettres de crédit, le prêteur devrait les accepter puisque, en théorie, il peut si nécessaire tirer sur la lettre de crédit au lieu d'entreprendre une action en recouvrement contre le client international.

Dans les transactions mettant en jeu des sommes très importantes, la structure traditionnelle des lettres de crédit ne pose pas de problème majeur pour ce qui est du transfert ou de la cession du produit. Les parties négocient à l'avance et désignent souvent le prêteur comme étant le bénéficiaire direct de la lettre de crédit. Des difficultés surgissent lorsque le bénéficiaire emprunte contre la garantie d'un portefeuille d'effets à recevoir nombreux et sans cesse changeants, dont beaucoup peuvent être garantis ou appuyés par des lettres de crédit commerciales. Dans bien des cas, il n'est pas possible de faire du prêteur le bénéficiaire direct de chaque lettre de crédit, et ce pour trois raisons. D'abord, il y a des frais administratifs. Ensuite, les prêteurs peuvent changer pendant la durée de validité d'une lettre de crédit. Enfin, les bénéficiaires répugnent souvent à divulguer leurs arrangements financiers à leurs clients. Même si un bénéficiaire est prêt à céder une lettre de crédit, l'article 46 du projet de RUU 500 y met un certain nombre d'obstacles. De fait, au titre de cet article, le mot "transférable" signifie en réalité, du point de vue du prêteur, "non transférable sans difficulté majeure".

Les prêteurs peuvent naturellement accepter une cession du produit de la lettre de crédit. Mais il peut être difficile de convertir la cession de ce produit en un droit du prêteur à être payé directement au titre de la lettre de crédit. Aux Etats-Unis, les émetteurs de lettres de crédit sont en général peu disposés à effectuer un paiement à toute autre personne que le bénéficiaire désigné, sauf si les formulaires de la banque elle-même concernant la cession de ces produits ont été remplis. En outre, le cessionnaire est actuellement peu protégé, car l'émetteur n'est pas tenu de l'aviser de la modification, ni même de l'annulation d'une lettre de crédit. Du point de vue du prêteur, le processus d'acceptation de la cession du produit doit être structuré de façon que les avantages de la cession ne puissent être annulés par l'action du bénéficiaire.

Les émetteurs de lettres de crédit ont le souci légitime de ne pas être pris dans une controverse entre le bénéficiaire et un cessionnaire présumé ou entre de multiples cessionnaires présumés. Cette préoccupation, aussi justifiée soit-elle, ne devrait pas être insurmontable. Le Comité du Code du commerce uniforme du barreau de l'Etat de Californie proposera prochainement dans cet Etat une loi abordant des questions similaires en ce qui concerne les sûretés ou les privilèges sur les comptes de dépôts bancaires. Dans le cas de ces derniers, les banques s'étaient initialement inquiétées du risque de se trouver prises dans un différend entre les déposants et un ou plusieurs cessionnaires du dépôt, mais je pense que nous avons apaisé leurs craintes. Il reste à voir si une structure similaire peut être adoptée dans le contexte de la lettre de crédit.

Il y a de plus en plus d'emprunteurs détenteurs d'effets à recevoir internationaux, qui essaient d'emprunter en se prévalant de ces derniers et des lettres de crédit qui s'y rapportent comme sûretés; de ce fait, les prêteurs essaieront de plus en plus de trouver un moyen d'obtenir des cessions appropriées et sûres des lettres de crédit, et cette question commence tout juste à être étudiée. Il faudra trouver une solution qui répondra aux préoccupations légitimes des uns et des autres.

4. Débat

HOSNY HASSAN AL-MASRY
Professeur de droit commercial, Université de Koweït (Koweït)

C'est pour moi un grand honneur que de prendre la parole à l'occasion de cet important Congrès, et je suis heureux de vous faire part de mon optimisme en ce qui concerne l'unification du droit commercial international à l'aube du XXIème siècle. Cet optimisme s'explique par la présence ici, dans ce but, de spécialistes du droit commercial international venant de différentes régions du monde.

Je ne pense pas que l'élaboration par la CNUDCI de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux constitue un obstacle à l'élaboration d'une nouvelle convention internationale relative aux virements électroniques. La première concerne en effet des instruments négociables internationaux (écrits) à l'exception des chèques, alors que la seconde traiterait d'opérations n'ayant pas de support papier, telles que les opérations bancaires automatisées, les télécopies ou toute autre opération de même nature. Il n'y aura pas contradiction entre les deux conventions, puisque les garanties prévues par la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux ne seront pas étendues aux instruments de virements électroniques. La raison en est que les instruments couverts par la Convention des Nations Unies nécessitent un endos, ce qui est réputé supposer la signature de l'endosseur. La solidarité collective des divers signataires constitue une garantie importante pour les détenteurs de l'instrument et leur permet d'en recevoir la valeur en temps opportun. De plus, les instruments considérés sont soumis aux règles régissant les garanties "en réserve", à chaque fois que la signature d'un "garant en réserve" est nécessaire, alors que les virements électroniques ne peuvent être assortis de toutes les garanties compte tenu de la situation actuelle en matière de transactions commerciales internationales.

La Convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux appelle cependant deux remarques.

Tout d'abord, je ne pense pas qu'il était nécessaire de préciser à l'article premier, paragraphe 1, que les mots "lettres de change internationales (Convention de la CNUDCI)" doivent figurer en en-tête ainsi que dans le corps du texte proprement dit. La simple mention en en-tête aurait, à mon sens, suffi. Quant aux négociants concernés, il faudrait leur rappeler de respecter les règles établies par la Convention.

Cette opinion s'appuie sur les règles de la Convention de Genève de 1930, qui prévoit simplement qu'il convient de préciser si l'instrument est une "lettre" ou un "billet". Cette solution présente l'avantage de la souplesse et de la simplicité pour ce qui est de la rédaction du texte. De plus, elle permet d'éviter de prononcer la nullité au cas où la mention nécessaire ne figurerait pas également dans le texte. Or, il est bien connu que, dans ce

cas, une telle décision est préjudiciable au détenteur de bonne foi. Le même raisonnement s'applique à l'article 2, paragraphe 1, pour ce qui concerne les billets à ordre.

Deuxièmement, comme l'objectif est d'unifier le droit commercial international, il faut espérer que la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux aura un vaste champ d'application. Pour cela, je propose d'amender la Convention afin qu'elle soit applicable en cas d'accord exprès des parties à une lettre de change ou à un billet à ordre. Je fais ainsi référence aux cas qui ne satisfont pas aux conditions d'application de la Convention, comme par exemple si l'une des parties réside dans un pays qui n'est pas partie à la Convention.

En conclusion, je voudrais rendre hommage à la CNUDCI pour les efforts déployés et la féliciter de son travail d'unification du droit commercial international.

PROFESSEUR CARL FELSENFELD
Université de Fordham, New York (Etats-Unis d'Amérique)

C'est pour moi un grand plaisir que de prendre la parole à l'occasion de ce Congrès.

J'appuie la proposition présentée par M. Carlos Zeyen, du Luxembourg, tendant à ce que la CNUDCI aborde à l'avenir la question des faillites internationales. Je ne pensais pas que M. Zeyen prendrait la parole, mais le fait que nous intervenions tous les deux sur le même sujet n'est toutefois pas une coïncidence. Le nombre de faillites internationales est, en effet, en augmentation et devient un problème de plus en plus préoccupant partout dans le monde. Le problème apparaît quand une société qui s'est déclarée en faillite dans un Etat dispose encore d'actifs dans d'autres Etats, et qu'il y a alors conflit entre les deux. L'Etat dans lequel la faillite a été prononcée revendiquera probablement, ou essaiera de revendiquer, sa juridiction sur les actifs qu'il considérera comme faisant partie intégrante des actifs de la société en faillite, de même que pour ce qui est de sa compétence et de sa capacité à les répartir entre les divers créanciers. Or, l'Etat où se trouvent ces actifs invoquera également sa juridiction pour la simple raison qu'ils sont situés sur son territoire, ainsi que sa compétence à décider de leur attribution.

C'est la nature même de ces revendications contradictoires qui me conduit à proposer que la CNUDCI examine cette question. Comme l'a également déclaré M. Zeyen, il est illusoire de penser que l'on puisse harmoniser les législations sur les faillites des différentes juridictions : l'évolution du droit international fait qu'un délai beaucoup trop important s'écoulera avant que les pays adoptent des législations similaires pour encourager le commerce international. Nous pouvons cependant ramener le problème à une question à laquelle il serait beaucoup plus facile de répondre, et c'est ce que je suggère. La CNUDCI pourrait, par exemple, s'intéresser à l'Etat où se trouvent les actifs par opposition à celui où la faillite a été prononcée et essayer de déterminer comment ces actifs devraient être traités. En d'autres termes, devraient-ils être traités en vertu de la législation de la juridiction où la faillite a été prononcée, qui serait ainsi centralisatrice, ou de la législation de l'Etat où ils se trouvent ? Dans cette seconde hypothèse, devrait-on leur appliquer la législation sur les faillites ou bien les dispositions générales régissant les rapports entre créanciers et débiteurs ?

Il existe bien entendu aux Etats-Unis toute une série complexe de lois régissant les rapports entre créanciers et débiteurs, malheureusement fondées sur la règle "permier arrivé, premier servi", ce qui se traduit par une course effrénée des créanciers. Cette façon de procéder est-elle appropriée, ou faudrait-il trouver une solution intermédiaire pour l'Etat où la faillite a été prononcée et celui où se trouvent les actifs, comme cela a parfois été tenté ? Je n'ignore pas qu'en raison de son importance croissante ce problème a été abordé par d'autres, que d'autres organisations ont essayé de l'étudier, qu'il existe un certain nombre d'écrits à ce sujet, mais je propose que la CNUDCI l'examine attentivement à l'avenir, dans la définition étroite que j'ai proposée.

Communication lue par le Secrétaire de la CNUDCI au nom du professeur Alejandro Garro, Université de Columbia, New York (Etats-Unis d'Amérique)

Il est indéniable que les sûretés sur les biens meubles jouent un rôle important dans un système de crédit. Des règles de droit modernes et fiables en matière de sûretés réelles permettent de réduire le coût du crédit, et il est dans l'intérêt à la fois des débiteurs et des créanciers de réduire les risques encourus par ces derniers. Certains pays se sont beaucoup intéressés à la modernisation et à l'assouplissement du droit relatif aux opérations assorties d'une sûreté, et certaines organisations internationales se penchent sur la question depuis quelques années.

L'effort le plus ambitieux jusqu'à présent a été réalisé par la CNUDCI qui, en 1968, a autorisé le Secrétaire général à entreprendre une étude comparative du droit des sûretés. En 1980, la Commission a conclu que, dans ce domaine, la complexité des lois et les divergences entre les différents systèmes juridiques étaient telles qu'il n'était pas, du moins pour l'instant, possible d'harmoniser la législation au niveau international. Certes, l'harmonisation des différents systèmes juridiques relatifs au financement assorti d'une sûreté exigerait beaucoup d'efforts et de ressources et il est inutile de se lancer dans une telle entreprise, à moins qu'elle ne soit importante pour les milieux d'affaires souffrant des lacunes des différentes législations nationales et de leurs divergences en la matière. Toutefois, il n'est pas toujours facile de démontrer que les lois doivent être modifiées, et les avantages de l'harmonisation n'apparaissent pas toujours clairement aux milieux d'affaires. Il appartient à la CNUDCI de montrer à ceux pour lesquels les crédits sont rares ou d'un coût trop élevé comment une réforme juridique dans le cadre d'un effort d'unification pourrait faciliter les opérations dans le domaine du crédit et développer le commerce international.

Selon moi, le fait que des pays appartenant à des traditions juridiques différentes aient une approche conceptuelle différente des sûretés réelles n'est pas une raison suffisante pour que la CNUDCI abandonne sa tentative d'unification des législations dans ce domaine. Après tout, c'est justement l'existence de larges divergences entre systèmes juridiques, souvent dues à une simple inertie intellectuelle, qui fait l'intérêt de la tâche de la CNUDCI. La Commission aurait pu hésiter à poursuivre ses efforts pour une raison plus importante et peut-être plus pertinente, à savoir qu'à ce moment-là il n'était pas nécessaire d'unifier les législations au niveau mondial. On peut raisonnablement supposer que les efforts d'harmonisation auront plus de chances d'aboutir entre des pays qui ont des frontières communes, une situation socio-économique similaire et une culture juridique semblable. Toutefois, dans le domaine du droit commercial, l'harmonisation sera probablement d'autant plus bénéfique qu'elle s'effectuera au niveau mondial, du moins tant que de nombreux pays, tant en développement

qu'industrialisés, de common law ou de droit romain, continueront d'avoir d'importantes relations commerciales entre eux. D'après ma propre expérience dans le domaine du droit des sûretés réelles en Amérique latine, il me semble que le crédit assorti d'une sûreté, dans la mesure où il est disponible, est surtout lié aux biens immobiliers urbains et aux grandes propriétés rurales. Les opérations assorties d'une garantie portant sur des biens meubles ne présentent guère d'intérêt. Cela peut être dû à diverses raisons, notamment l'absence de systèmes d'enregistrement permettant de suivre les sûretés sur les biens meubles, l'absence de règles de priorité claires en fonction des impératifs économiques, une procédure d'application lente et compliquée et des lacunes structurelles dans la loi applicable. Tout cela limite le volume du crédit disponible pour des opérations économiquement productives et, dans une large mesure, réduit le potentiel de croissance économique dans le contexte du commerce international, de l'intégration régionale et du développement.

Nous sommes réunis ici pour voir s'il est possible de parvenir à un droit commercial uniforme au XXIème siècle. Selon moi, la CNUDCI devrait reprendre ses efforts d'harmonisation et d'unification du droit des sûretés réelles, si possible avant la fin du XXème siècle. La CNUDCI, qui a donné la première impulsion en faveur d'une harmonisation, a été suivie par UNIDROIT, dont les efforts dans le domaine du crédit-bail international et de l'affacturage ont été couronnés de succès et qui entreprend actuellement un projet concernant la réglementation internationale des sûretés sur le matériel mobile. Il ne faudrait pas laisser cet élan se perdre. Il me semble d'ailleurs qu'il prouve suffisamment que les efforts de la CNUDCI en faveur de l'unification des sûretés réelles sont nécessaires et peuvent être menés à bien.

B. Echange de données informatisées

1. Le commerce électronique et la loi

AMELIA H. BOSS
Professeur de droit, Temple University School of Law, Philadelphie, Pennsylvanie (Etats-Unis d'Amérique)

Bien que le thème du présent Congrès de la CNUDCI soit le droit commercial international au XXIème siècle, nous ne pouvons omettre de poser la question fondamentale suivante : à quoi ressemblera le commerce international au XXIème siècle ? Selon moi, la structure du commerce international s'est radicalement modifiée dans la courte période qui s'est écoulée depuis la naissance de la CNUDCI et elle continuera de changer d'une manière qui constituera peut-être un défi fondamental tant pour les systèmes actuels de droit interne que pour le "code commercial international" en développement qui est le thème de notre Congrès.

L'un des changements les plus fondamentaux qui se sont produits au cours de ce siècle est l'introduction et l'emploi de l'ordinateur - et des techniques électroniques en général - sur le marché commercial. De plus en plus, les sociétés qui se livrent au commerce international se tournent vers les ordinateurs et les techniques électroniques pour remplir diverses fonctions dans le milieu des affaires - pour préserver des informations essentielles aux opérations de l'entreprise, suivre la production, les stocks, les finances. Les attributs de la technologie électronique - la rapidité, l'aptitude à stocker un très grand volume d'information, l'aptitude à transmettre et à reproduire l'information avec exactitude et l'aptitude à acquérir, intégrer et manipuler des données volumineuses rapidement et facilement - se combinent pour offrir des avantages substantiels aux usagers

de cette technologie. Les usagers découvrent que l'élimination de la nécessité de recoder l'information conduit à une exactitude accrue, que la vitesse accrue conduit à l'élimination des coûts grâce à la réduction des stocks, que l'élimination de la nécessité de rentrer et de manipuler manuellement les données conduit à réduire le coût de la main-d'oeuvre et que l'augmentation de la capacité d'entreposage, jointe à la possibilité d'acquérir, d'intégrer et de manipuler facilement d'énormes quantités de données, permet de consolider les opérations de différents départements au sein d'une même société, ce qui conduit à des opérations plus rationnelles et à une intégration plus poussée des fonctions commerciales.

L'emploi de la technologie électronique ne se limite pas aux fonctions internes de l'entreprise. Les ordinateurs sont utilisés pour communiquer en dehors de l'entreprise - avec des fournisseurs, clients, transporteurs, financiers, banquiers, assureurs - par des communications interentreprises. Les échanges de données informatisées - ou "EDI" -, c'est-à-dire les échanges d'information d'ordinateur à ordinateur selon des modes prédéterminés, sont utilisés dans les transactions commerciales ordinaires, les sociétés constatant que le recours aux communications électroniques, joint à l'élimination du papier, aboutit à une réduction du coût des communications et de l'entreposage, ainsi qu'à une rapidité accrue dans l'établissement et l'exécution de la transaction. Comme les sociétés bénéficient des avantages du commerce électronique à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise, les usagers reconnaissent qu'ils jouissent d'un atout compétitif sur le marché et que, de plus en plus, l'emploi de techniques telles que les échanges de données informatisées devient une nécessité compétitive. Dans l'industrie automobile des Etats-Unis, par exemple, aucun constructeur important ne traitera avec vous si vous n'employez pas l'EDI.

Bien qu'il soit impossible de prévoir toutes les conséquences que les techniques électroniques auront pour le monde politique et culturel de l'avenir, il devient évident que l'emploi de ces techniques dans le domaine commercial a produit trois effets très importants sur les relations commerciales - effets qui continueront incontestablement à se faire sentir au cours du XXIème siècle. Je voudrais aujourd'hui décrire ces trois effets, puis discuter la manière dont notre droit commercial international naissant peut y répondre afin de réaliser l'harmonie et l'uniformité essentielles à la facilitation du commerce international et à l'élimination des entraves artificielles au commerce.

Premièrement, l'emploi de techniques électroniques pour organiser, communiquer, entreposer et traiter les données change fondamentalement la manière dont les sociétés mènent leurs opérations. Les liens d'ordinateur à ordinateur ne remplacent pas simplement les communications sur papier; ils conduisent maintenant à une réorganisation interne des opérations de la société et à une restructuration de ses relations avec ses partenaires commerciaux.

Dans le scénario "juste à temps", l'ordinateur d'un fabricant peut être programmé pour suivre les besoins de stocks pendant le processus de fabrication et pour émettre électroniquement des commandes lorsque le volume des stocks atteint un certain niveau. Cette commande électronique est transmise au fournisseur, dont l'ordinateur peut immédiatement produire un ordre d'expédition électronique qui est immédiatement exécuté par l'entrepôt du fournisseur. Personne n'aura suivi ou approuvé cette transaction. Dans un scénario légèrement différent, celui de la "réponse rapide", l'ordinateur d'un fournisseur peut être programmé pour suivre les stocks de son client et,

lorsque ces stocks baissent en deçà d'un certain niveau préétabli, produire un ordre d'expédition électronique pour une expédition rapide. Aucun contrat spécifique pour l'achat de ces marchandises n'aura été négocié. A bien des égards, la limite entre le système informatique du fournisseur et celui du client est devenue sans objet. Ainsi, l'introduction des techniques de communication électroniques dans le domaine commercial peut changer fondamentalement la manière dont les sociétés mènent leurs opérations et mettre en question le cadre juridique que nous utilisons pour analyser la création et la nature des transactions commerciales exécutoires.

Deuxièmement, en même temps que les sociétés recourent davantage aux techniques de communication électroniques, une nouvelle industrie de services voit le jour. Les anciens modes de communication faisaient intervenir des transporteurs chargés de transmettre les messages d'une partie à une autre - courrier, télécommunications, PTT, par exemple. Cependant, dans la plupart de ces situations, la responsabilité du transporteur se limitait à la communication du message. Le développement des techniques de communication électroniques a fait apparaître une nouvelle industrie de services - sociétés spécialisées ou réseaux à valeur ajoutée. Ces sociétés ou réseaux font plus que transmettre simplement les données. Ils "ajoutent de la valeur" - en accomplissant des fonctions telles que conversion de protocole, stockage, services de transmission et d'extraction, changements de présentation, exécution des messages, notification de livraison et rapports d'intégration, services de rétention des enregistrements, formation à la mise en application et consultation, renforcement de la sécurité, création de bases de données. Ces sociétés, à leur tour, se communiquent l'information entre elles au profit de leurs clients, créant une infrastructure intégrée dans un système efficace de communications électroniques internationales.

Ces fournisseurs de services jouent un rôle critique - mais qui n'a pas encore été examiné - dans la circulation électronique des données commerciales et la facilitation du commerce international. Bien que le GATT et d'autres entités internationales examinent les facteurs régulateurs et autres aspects généraux des échanges de services (y compris les télécommunications et services apparentés), peu ont recommencé à examiner les conditions juridiques et pratiques qui affectent cette industrie naissante des services.

La troisième conséquence importante du recours croissant aux médias électroniques est l'apparition d'un nouveau type de bien ayant une valeur commerciale. Autrefois, les principaux types de transactions commerciales internationales concernaient la vente, le financement, le transport et le paiement de marchandises et de services. Au cours des dernières décennies, nous avons vu décliner l'importance du contrat de marchandises dans le commerce international et croître l'importance du contrat de services. De plus, nous commençons à constater un autre changement - l'apparition de transactions dans lesquelles l'objet de la transaction est l'information et non plus les marchandises ou les services. Bien plus, dans l'esprit de beaucoup, nous sommes à l'"âge de l'information". Et une bonne partie de cette information est traitée, stockée et transmise électroniquement.

Le fait qu'en cet "âge de l'information" l'information est devenue un produit commercial d'un grand prix nous forcera dorénavant à réexaminer la nature des droits patrimoniaux et leur application à cette nouvelle espèce de bien. Sur le plan international, l'importance de l'information en tant que produit apparaît déjà dans des conventions internationales telles que la Convention de Berne sur les droits d'auteur. Mais la Convention de Berne ne traite essentiellement que d'un aspect de ce que l'on peut appeler les droits patrimoniaux à l'information - la possibilité pour les "non-propriétaires" de reproduire cette information.

La possibilité d'exercer un contrôle sur la reproduction de l'information n'est pas le seul droit qui puisse être revendiqué en matière d'information. Il y a, par exemple, le droit de contrôler l'accès à l'information, droit qui revêt une importance toute spéciale dans une société informatisée. Alors que d'importantes données commerciales, qui peuvent avoir une valeur indépendante parce qu'elles révèlent des informations concernant les achats, les ventes ou d'autres activités commerciales d'une entreprise, passent entre de multiples mains et risquent de parvenir aux mains d'un tiers, le droit de contrôler l'accès à ces informations, joint au droit de contrôler leur utilisation et leur divulgation, devient capital.

Ce qui manque dans notre droit d'aujourd'hui, c'est une analyse cohérente de ces droits à l'information en tant que bien. Il est vrai qu'outre les droits d'auteur mentionnés plus haut, il y a certains domaines où l'"information" est protégée. Or, le fait de reconnaître que l'information mérite d'être protégée peut aboutir à imposer des contrôles administratifs ou juridiques qui, en fin de compte, gênent l'utilisation des techniques de communication électroniques en tant que moyen d'opérer des transactions commerciales sur le plan international.

On peut citer à titre d'exemple l'imposition de contrôles destinés à protéger le caractère confidentiel des données personnelles par des moyens tels que le projet de directive des Communautés européennes réglementant le mouvement transfrontière des informations contenant des données personnelles. Conçues dans le but louable de protéger la vie privée de personnes qui, individuellement, n'auraient pas la possibilité de négocier pour protéger ces informations contre toute divulgation, de telles initiatives risquent en dernière analyse d'avoir pour effet d'interdire les transferts commerciaux légitimes d'informations d'un pays à un autre. Une banque désirant envoyer des informations concernant un compte à un centre informatique dans un autre pays à des fins commerciales légitimes de traitement électronique, par exemple, risque d'enfreindre de telles règles. Toute structure juridique naissante destinée à régir les droits réels sur des données, ou les attributs commerciaux de données, devrait donc être analysée afin d'en évaluer l'impact sur la libre facilitation des échanges commerciaux internationaux.

Ce que nous constatons - et que nous continuerons de constater au XXIème siècle -, c'est la croissance et la venue à maturation d'un commerce électronique où les informations sont stockées et transmises électroniquement; où une infrastructure globale de transporteurs de données et de fournisseurs de services se développe à l'appui de ce commerce; où l'information électronique elle-même fait de plus en plus l'objet d'un commerce. La tâche à laquelle notre siècle nous appelle - pour nous préparer au siècle suivant - est d'essayer d'intégrer ce commerce électronique dans notre cadre juridique international toujours plus large.

La tâche consistant à mettre au point des mesures juridiques internationales appropriées en réponse aux problèmes que pose le développement du commerce électronique est très différente de celle à laquelle nous avons dû faire face à propos d'autres domaines du commerce international - tels que la vente, le transport et le financement de marchandises. Dans ces domaines, la plupart des pays avaient mis en place un régime juridique qui régissait ces transactions sur le plan national (par opposition au plan international). A cause de nos cultures juridiques divergentes, ces régimes juridiques étaient parfois contradictoires. Il s'agissait donc de concilier ces systèmes juridiques divergents, qui traitaient de manière disparate les questions à régler, et de mettre au point un cadre international harmonisant et rendant conformes les législations nationales.

Dans le domaine du commerce international, la tâche à accomplir est radicalement différente. Dans ce domaine, pays en développement et pays développés, pays de common law et pays de droit civil, pays de traditions culturelles et juridiques différentes ont un élément important en commun : aucun d'eux n'a encore mis au point une structure juridique complète régissant le commerce électronique. Il s'agit donc de faire appel à des pays dont les capacités économiques sont divergentes, à des pays de traditions culturelles et juridiques différentes, et de les réunir pour mettre au point des analyses et des approches communes en face de problèmes qui n'ont jamais encore été traités.

Il importe que les pays étudient et approchent ces problèmes de concert - dès le début - afin de parvenir à des vues communes sur la base desquelles un système universel puisse être édifié. Il se peut autrement que chaque système national réagisse ou réponde aux questions et problèmes à sa propre manière, ce qui rendrait plus difficiles les efforts d'unification futurs. Les pays ont une occasion unique de définir entre eux une position commune avant que les lois et attitudes des pays individuels ne soient trop développées et ne se cristallisent. De plus, parce que le domaine du commerce électronique se développe lui-même rapidement, nous avons l'occasion de faire en sorte que le droit se développe comme les pratiques et que le partenariat qui est au coeur du commerce s'épanouisse.

Bien qu'il n'y ait actuellement aucun cadre juridique développé - national ou international - pour orienter le commerce électronique, celui-ci se pratique toujours - et sur une grande échelle. Les avantages du commerce électronique apparaissent comme si grands que les sociétés ont été de l'avant et mis en application des techniques de communication électroniques, alors pourtant qu'il était difficile de déterminer l'efficacité et les effets juridiques des transactions électroniques. Aux Etats-Unis, avant l'adoption de l'article 4A du Code commercial uniforme, plus de trois mille milliards de dollars ont été envoyés électroniquement chaque jour, alors même qu'aucune structure juridique ne régissait ces transferts de fonds. De même, des sociétés mettent en application les échanges de données informatisées dans d'autres branches du commerce, malgré l'absence de directives juridiques précises. Il est clair que le monde du commerce électronique est allé de l'avant. Le défi d'aujourd'hui consiste à activer le processus de réforme du droit international pour reconnaître ces pratiques commerciales importantes et faciliter les échanges internationaux en offrant aux parties un cadre juridique en fonction duquel elles puissent structurer leurs transactions.

Comment les partenaires commerciaux structurent-ils leurs transactions sur le plan national et international en l'absence de tout système juridique qui les régisse ? Beaucoup d'entre eux le font en créant leur propre loi. C'est ainsi, par exemple, que de nombreux partenaires commerciaux qui échangent des informations électroniquement ou se livrent au commerce électronique concluent des accords d'échange (ou des accords de partenariat commercial) par lesquels ils se mettent d'accord sur les règles de conduite qui régiront leurs transactions. La dernière décennie a vu la prolifération de ces accords d'échange.

D'autres partenaires commerciaux se livrant au commerce électronique le font par le biais d'un intermédiaire - ou d'un système - qui impose des règles de conduite à tous les participants. Le système SWIFT, par exemple, a un ensemble complet de règles régissant les banques qui en sont membres et l'utilisent. De même, le système de réservation des compagnies aériennes SABER fonctionne selon un ensemble complexe de règles énoncées dans un manuel utilisé par tous les participants.

D'autres parties encore établissent leurs propres règles en recherchant un traitement juridique ou réglementaire spécial à l'intérieur d'un pays donné. La Banque mondiale, par exemple, qui émet chaque année des obligations d'une valeur approximative de 11 à 12 milliards de dollars pour financer des prêts à des pays en développement, émet environ la moitié de ces obligations sous une forme électronique. Afin de s'assurer des règles juridiques qui régissent ces émissions, la Banque mondiale approche les organes régulateurs des pays intéressés pour qu'ils adoptent ou modifient leur structure juridique de manière à accommoder ces émissions électroniques de la Banque.

Bien que les parties qui se livrent actuellement au commerce électronique paraissent s'en tirer fort bien sans l'imposition d'un régime juridique quelconque, cette apparence est trompeuse. De nombreuses entités commerciales ne sont pas en état, pour une raison ou pour une autre, de profiter des méthodes susmentionnées d'autorégulation. Ou, si elles utilisent ces méthodes, l'incertitude juridique et la nécessité qui en résulte de négocier ou de recréer une structure juridique pour chaque transaction font monter le coût de l'exploitation ou celui de la transaction. Dans un exemple frappant, celui de la Banque mondiale, les coûts liés à la nécessité de rechercher un traitement juridique spécial dans chaque pays font monter le coût du financement destiné aux pays en développement.

Il y a plusieurs façons de répondre, du point de vue juridique, aux défis du commerce électronique.

La première est de laisser le commerce se réglementer lui-même. Mais, comme nous l'avons dit plus haut, l'aptitude du commerce à se réglementer a des limites. Les accords d'échange, par exemple, sont d'une utilité limitée, parce qu'ils dépendent de l'accord des parties et qu'ils ne lient pas ceux qui ne sont pas parties au contrat. De plus, ils ne sont pas pratiques dans un milieu électronique ouvert où les gens commencent à commercer électroniquement sans qu'il y ait de relations d'affaires préexistantes. L'autorégulation ne suffit pas pour écarter les exigences juridiques et administratives, telles que les exigences d'écriture et de signature, qui font obstacle au commerce électronique.

La deuxième façon possible de répondre aux défis du commerce électronique est d'attendre pour voir quelle réaction se produira sur le plan national avant de tenter quoi que ce soit sur le plan international. L'inconvénient d'une telle approche est d'ouvrir la voie à la prolifération de différentes structures juridiques régissant le commerce électronique, ce qui rendra plus difficiles les tentatives d'unification futures.

La troisième réponse possible au commerce électronique est d'adopter une approche sectorielle, c'est-à-dire d'examiner l'utilisation du commerce électronique dans chaque industrie ou dans chaque branche du commerce international et de mettre au point un régime juridique pour chacune. Une telle approche est déjà utilisée jusqu'à un certain point. La CNUDCI, par exemple, vient d'adopter la Loi type sur les virements internationaux, qui traitera des transferts électroniques de fonds. Bien qu'elle offre certains avantages, cette approche présente aussi des inconvénients. En traitant la question industrie par industrie, nous nous privons d'une solution cohérente et rationnelle de problèmes qui transcendent les divers secteurs et les diverses industries. Les sociétés dont les activités couvrent plusieurs secteurs risquent de voir différents aspects de leurs opérations régis par des règles qui peuvent être contradictoires.

Une dernière approche - que la CNUDCI explore actuellement - consiste à examiner la nature fondamentale du commerce électronique et à s'efforcer d'identifier des thèmes communs et de mettre au point des solutions appropriées susceptibles d'être ensuite appliquées sur un plan global ou sur un plan sectoriel.

Que la manière d'aborder le commerce électronique soit sectorielle ou plus large, la question irritante est de savoir ce que devrait être cette approche. Tout projet de révision législative dans le domaine du commerce électronique devrait, au minimum, s'efforcer d'éliminer l'actuel parti pris des médias en faveur des transactions basées sur papier. Comme exemple de ce genre d'approche, certaines conventions internationales ont commencé à redéfinir des termes traditionnels de la documentation sur papier tels que l'écrit, la signature ou le document, de manière à y inclure les techniques de communication électroniques comme le télex, le télégramme ou les échanges de données informatisées. C'est ainsi que la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, adoptée le 19 avril 1991, redéfinit les documents comme pouvant être émis "sous toute forme constatant les informations qui y figurent", y compris expressément les messages d'échange de données informatiques (lorsque les parties sont convenues de communiquer électroniquement).

L'élimination de la "prévention des médias" peut cependant n'être pas suffisante. Une différente approche consiste à retourner aux fins et politiques sous-jacentes à l'actuel cadre commercial pour déterminer comment ces buts peuvent être atteints dans un environnement électronique. Un raffinement de cette approche consiste à se demander si les politiques et buts du passé ont une pertinence quelconque dans l'environnement électronique d'aujourd'hui et, dans la négative, à éliminer les exigences fondées sur l'acceptation de ces politiques. Sur le plan technique, l'examen des transactions commerciales de base peut faire apparaître que, dans un environnement électronique, il n'est pas nécessaire ni efficace de conserver tous les documents normalement utilisés dans une transaction sur papier en les convertissant en documents électroniques. C'est ainsi qu'aux Etats-Unis, avec le règlement électronique (evaluated receipt settlement), la facture n'est plus essentielle. De même, certaines exigences juridiques peuvent n'être plus nécessaires, alors qu'en revanche d'autres conditions peuvent être requises.

Sur un autre plan, il peut être nécessaire d'analyser le commerce électronique pour déterminer si, indépendamment du droit préexistant, de nouvelles lois doivent être adoptées pour résoudre de façon appropriée les problèmes découlant de l'environnement électronique. L'apparition de valeurs électroniques aux Etats-Unis et ailleurs, par exemple, oblige à réexaminer tout le système d'enregistrement des titres et intérêts sur les valeurs. De même, les tentatives faites pour introduire les connaissements électroniques obligent à réexaminer le droit des effets de commerce et à rechercher de nouvelles méthodes pour documenter le droit à la marchandise couverte par un connaissement électronique. A bien des égards, les questions qui se posent à nouveau sont celles qui se posaient déjà dans le système basé sur papier. Cependant, avec l'apparition des communications électroniques, ces risques ont augmenté quantitativement ou suffisamment changé en substance pour que les questions en cause méritent un examen particulier dans un environnement électronique.

L'importance croissante du commerce électronique international et la nécessité d'établir des règles pour le régir commencent à retenir l'attention des milieux juridiques internationaux. Les efforts faits sur le plan national pour examiner les questions en jeu ont conduit à l'élaboration d'un grand

nombre d'accords d'échange types destinés aux entités commerciales désirant établir des relations commerciales électroniques, et des tentatives sont actuellement faites pour élaborer des accords d'échange types vraiment internationaux. La première initiative prise par les utilisateurs de l'EDI en vue d'harmoniser et d'unifier les pratiques en la matière a abouti, en 1987, à l'adoption, par la Chambre de commerce internationale (CCI), des Règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission (UNCID). Enoncées sous la forme de règles non impératives que les utilisateurs des techniques de communication électroniques et les prestataires de services de communication puissent incorporer par référence dans leurs accords de communication, les Règles UNCID traitent de questions telles que le soin à prendre pour la transmission et la réception des messages, l'identification des parties tout au long du processus de transmission, l'accusé de réception des messages sur demande, la vérification des messages reçus pour s'assurer qu'ils sont complets, la protection des données commerciales échangées, la tenue d'un journal des transmissions et le stockage des données.

L'activité de la CCI a orienté les efforts d'un certain nombre d'autres groupes. Dans son programme TEDIS, créé en 1987, la Commission des Communautés européennes a étudié les obstacles juridiques qui s'opposaient au développement de l'EDI dans la Communauté; elle a indiqué que les trois principaux obstacles étaient l'exigence de documents sur papier, les problèmes liés à la preuve et les problèmes qui se posent s'agissant de déterminer quand une transaction est effectuée par EDI. Dans sa deuxième phase, le programme TEDIS se concentre sur la solution à donner à ces problèmes juridiques.

Le Groupe de travail de la facilitation des procédures du commerce international (WP.4) de l'Organisation des Nations Unies, qui fonctionne à Genève sous les auspices de la Commission économique pour l'Europe, est l'organe chargé de mettre au point des normes internationales pour les échanges de données informatisées. Au milieu des années 70, il a reconnu que la véritable facilitation du commerce électronique international exigerait l'élimination des obstacles juridiques qui existent actuellement, tant sur le plan national que sur le plan international, du fait d'exigences législatives ou réglementaires ou du fait de pratiques commerciales établies. Le Groupe de travail a mis au point un programme militant qui comporte notamment la rédaction d'un accord international type d'échange, l'étude des exigences d'écriture et de signature et le réexamen des notions de négociabilité.

Enfin, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, qui depuis 1984 a eu à son ordre du jour le traitement automatique de l'information ou les échanges de données informatisées, a approuvé, la semaine dernière, la recommandation de son Groupe de travail et autorisé la rédaction de règles ou lois types dans le domaine du commerce électronique. Cette initiative est un important pas en avant dans les efforts faits sur le plan international pour relever les défis juridiques que pose la croissance du commerce électronique.

En fin de compte, les tâches qui s'imposent à nous sont absorbantes. Ce qui est nécessaire, c'est un partenariat entre toutes les organisations juridiques internationales, entre l'industrie et les législateurs, entre les secteurs public et privé, pour qu'en tant que communauté mondiale nous puissions y faire face adéquatement lorsque nous entrerons dans le XXIème siècle.

2. Les règles juridiques uniformes requises pour l'EDI

JOSE MARIA ABASCAL ZAMORA
Professeur et avocat, Mexico

J'ai été invité à vous parler des diverses normes juridiques qui seront sans doute nécessaires ou qui pourront être élaborées pour permettre l'utilisation de l'EDI. Il me faut avant tout remercier le professeur Amelia Boss, qui a brillamment débroussaillé le terrain pour moi, ce qui me permet maintenant de traiter des normes juridiques possibles, compte tenu des travaux effectués à sa treizième session par le Groupe de travail de la CNUDCI sur les paiements internationaux, ainsi que de l'ensemble du débat qui a eu lieu sur la question au sein de la Commission.

Je tiens aussi à souligner quelque chose que Mme Amelia Boss a déjà traité avec beaucoup de finesse : l'occasion nous est maintenant offerte d'élaborer des normes dans un domaine ignoré par les normes juridiques des divers pays, dont les traditions et la jurisprudence différentes constituent un obstacle à l'harmonisation. Au fil de mon exposé, nous constaterons que presque toutes les questions relatives à l'EDI dans la pratique du commerce électronique sont des questions anciennes liées à la loi régissant les obligations et les contrats commerciaux. Toutefois, ces questions se présentent d'une nouvelle manière, faisant intervenir une nouvelle forme de transmission des idées et d'expression de la volonté, une nouvelle forme de stockage et de compilation des informations, d'une telle rapidité et pouvant porter sur un tel volume que d'importants changements sont requis, comme l'a déclaré le professeur Boss. Il s'agit là en effet d'une pratique révolutionnaire.

Ce congrès n'est pas seulement une assemblée extraordinaire de personnes pratiquant le droit commercial international, c'est aussi un remarquable rassemblement de "cuisiniers". On a déjà fait à maintes reprises référence aux multiples compétences culinaires des groupes de la CNUDCI. On a aussi mentionné les travaux d'autres organes s'attachant à élaborer des normes dans le domaine de l'EDI. Nous avons là toute une équipe de cuisiniers et nous ne savons pas s'ils nous préparent une soupe ou un autre type de plat. Certains légumes semblent encore bien verts, d'autres sont déjà plus mûrs; certains cuisiniers s'occupent de la viande; nous ne savons pas s'ils vont la cuire à la casserole ou à la poêle; certains pessimistes pensent que nous ferions peut-être mieux d'aller au restaurant et d'en finir avec tout ça.

Toutefois, nous sommes optimistes à la CNUDCI; nous ne sommes peut-être pas des réalistes, mais nous sommes très optimistes. Et nous comptons bien nous préparer un bon plat, quoi qu'il arrive.

Premièrement, quoi que nous préparions, nous devons partir d'un principe qui, pour un législateur, ne sera peut-être pas facilement acceptable. Nous faisons face à un ensemble de traditions qui, semble-t-il, donnent un rôle quasi religieux à la signature, au papier et à tous les instruments traditionnels. Ainsi, notre première fonction doit être une fonction d'éducation : nous devrons démontrer comment, par le biais de l'EDI, il est possible d'arriver à quelque chose de similaire, voire supérieur, au papier.

Deuxièmement, comme c'est le cas pour tous les instruments internationaux, il faut être très souple. Cette souplesse, notamment dans le domaine commercial, signifie qu'il faut faire d'importantes concessions à l'autonomie de la volonté. Au fil des siècles, ce sont les commerçants qui, par leurs opérations et leurs contrats, ont créé le droit commercial. Cela

doit se poursuivre : nous ne devons imposer qu'un minimum de réglementations et, très souvent, nous contenter de compléter et nous incliner devant l'autonomie de la volonté.

Dans l'EDI, les parties qui communiquent électroniquement font des affaires. Elles font des affaires par des moyens électroniques et ce, sur la base d'accords préalables; aussi ne pouvons-nous négliger le fait que ces accords préalables peuvent évoluer, au fur et à mesure que les techniques elles-mêmes évoluent. Parfois, il n'y a même pas de tels accords préalables, il nous faut donc des règles supplémentaires applicables à ce type de situation.

Mais il est extrêmement difficile d'arriver à une unification mondiale dans un domaine aussi diffus.

Il nous faut aborder cette tâche avec modestie et avec réalisme. Nous devons définir le champ d'application de nos travaux. Et nous nous trouvons ici face à un grand nombre de possibilités : devons-nous examiner tous les phénomènes liés au commerce électronique, par exemple, l'utilisation du fax ou des services de courrier électronique - et, de fait, des contrats sont conclus depuis de nombreuses années par téléphone et par reconnaissance vocale ? Ou devons-nous nous en tenir à une notion très étroite et très stricte de l'EDI, notamment en définissant l'EDI, et aussi à l'échange et à la transmission de données commerciales entre terminaux d'ordinateurs sous une forme normalisée ? On pourrait même parler, plus strictement, d'un réseau de transmission fermé, mais il est possible aussi d'adopter une approche plus large, tout en tenant compte des réseaux de transmission ouverts communiquant entre eux. Ainsi, l'éventail va d'une conception étroite de l'EDI, considéré uniquement comme la télétransmission de messages, à une conception large englobant non seulement la transmission, mais aussi le traitement, le stockage et tous les autres services que peuvent fournir de tels réseaux.

La première option qu'a retenue le Groupe de travail consistait à adopter une approche large pour mieux comprendre toutes les questions liées au commerce électronique. Par la suite, si nous optons pour une direction ou une autre, nous devrons quelque peu circonscrire cette notion, notamment si nous souhaitons promouvoir l'uniformité et adopter une définition de l'internationalité qui permette aux Etats qui participeront à d'éventuelles négociations de réduire encore le champ d'application des normes aux opérations commerciales faisant intervenir des étrangers. En effet, comme l'a dit si justement le professeur Roy Goode hier, on peut faire pratiquement n'importe quoi aux étrangers - notamment des choses que l'on ne pourrait faire à ses propres nationaux.

Puis, probablement, et même presque certainement, il faudra restreindre encore le champ d'application, en excluant les règlements visant à protéger le consommateur.

Voilà très brièvement quel pourrait être le champ d'application éventuel.

Quels sont les problèmes en jeu ? Le problème le plus important est sans doute l'exigence d'un écrit. Il s'agit là d'un véritable obstacle au développement du commerce électronique, obstacle qui perdure dans la plupart des législations nationales, mais qui existe aussi à l'échelon international. Par exemple, la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (Varsovie, 1929) exige une reconnaissance par écrit. Cela est également vrai des Règles de La Haye et de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958). Tous ces instruments exigent un écrit.

Ainsi, le document écrit est une réalité qui fait obstacle au développement du commerce électronique. Que peut-on faire ? Pouvons-nous éliminer cette notion d'écrit ou pouvons-nous l'élargir aux techniques EDI ? Il est possible de recourir à ce que l'on appelle les "équivalents fonctionnels" d'un document écrit. Quels sont ces équivalents fonctionnels ? Premièrement, le document doit rester intact pendant une longue durée. Deuxièmement, il doit pouvoir être reproduit de manière que chaque partie ait une copie comportant les mêmes données. Troisièmement, il faut pouvoir authentifier les données par voie de signature et, quatrièmement, les documents doivent pouvoir être présentés sous une forme acceptable aux pouvoirs publics et aux tribunaux.

L'état actuel de la technique permet de répondre à toutes ces exigences de manière aussi sûre que dans le cas des documents sur papier, à condition que certaines conditions techniques et juridiques soient remplies.

On notera également ici qu'il existe certaines définitions dans ce domaine donnant aux données échangées électroniquement la même valeur et la même validité qu'au document écrit. L'article 4 de la récente Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, qui traite de l'émission d'un document, dispose que le document visé peut être émis sous toute forme constatant les informations qui y figurent. Si je ne me trompe pas, cette définition est tirée d'un libellé antérieur des règles d'UNIDROIT relatives au financement et à l'affacturage internationaux, qui utilisaient déjà cette notion. L'important, c'est que ces conditions doivent être remplies et que le document doit être lisible. Naturellement, les disquettes ou bandes magnétiques doivent être incluses et il faut veiller à ce que la définition ne soit pas restrictive au point d'empêcher de tenir compte de progrès techniques futurs.

Cela me rappelle une critique formulée à propos de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux. Quelqu'un m'a dit : "Nous pensions que vous travailliez sur les transferts de fonds électroniques". L'une des raisons pour laquelle on n'a pas donné la préférence aux virements électroniques est que cette notion risquait de devenir restrictive dans un avenir proche; en effet, il est difficile de définir précisément cette notion. Il faut tenir compte des progrès techniques. Déjà, dans la pratique, les parties élaborent des contrats-cadres, comme l'a noté le professeur Amelia Boss, en vue d'opérations commerciales électroniques et, dans ces contrats, les parties définissent en général les documents écrits ou traitent de cette question. Et puisque nous nous efforçons de respecter pleinement l'autonomie de la volonté, il est très difficile d'établir la validité juridique des transferts électroniques dans certaines législations qui n'accordent pas la considération voulue à ces opérations. Mais nous savons déjà que de nombreux échanges de données électroniques sont considérés comme aussi valides que des échanges sur papier. Les Incoterms de 1990 reconnaissent ce fait, de même que la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international.

Il se pose aussi le problème de la preuve. Ce problème comporte trois grands aspects. Premièrement, l'admissibilité et la présentation devant les tribunaux d'archives ou registres électroniques. Deuxièmement, la question de savoir si de tels enregistrements peuvent être considérés comme ayant valeur probante. Et, troisièmement, le problème de la répartition de la charge de la preuve lorsque les parties communiquent électroniquement.

Pour ce qui est de l'admissibilité et de la présentation de faits devant les tribunaux, il est clair que les disparités dans ce domaine entre les systèmes juridiques sont très grandes. Par exemple, dans mon pays, la preuve est libre - tous les types de preuve sont acceptés. Dans d'autres systèmes, dans la common law par exemple, un élément de preuve ne peut être présenté que par un témoin, et les éléments de preuve fondés sur l'EDI seront sans doute considérés comme des témoignages indirects qui ne seraient pas acceptables en vertu de la common law. Dans ces pays, on admet la notion d'opportunité commerciale, c'est-à-dire que quelqu'un qui présente la preuve déclare qu'elle fait partie des informations enregistrées dans le cadre normal des opérations commerciales. Dans certains systèmes encore, on a la possibilité de présenter la meilleure preuve disponible, à condition que cette preuve soit lisible ou interprétable par un être humain et non pas seulement par une machine.

Naturellement, tout cela est fonction de la nature des faits à prouver. Prouver qu'un message a été reçu est très difficile, c'est autre chose que prouver la teneur du message reçu.

Vient ensuite la question de la valeur de cet élément de preuve : a-t-il ou non une valeur probante ? Tout cela est laissé à l'appréciation du tribunal et à la discrétion du juge. C'est là que nous revenons à l'aspect éducatif dont j'ai déjà parlé. Peu à peu, nous devons habituer les juges à l'idée qu'il s'agit là d'un phénomène durable, sur la base duquel ils pourront prononcer leur jugement.

Vient ensuite la question de la charge de la preuve. En général, la règle est que la personne qui intente l'action doit produire les preuves. Mais, dans de nombreux systèmes juridiques, il y a toujours eu des exceptions à cette règle. Il y a des inégalités entre les parties et c'est souvent le cas dans l'EDI. Là aussi, il est important de donner le plus de latitude possible à l'autonomie de la volonté. Ce sont les stipulations des parties elles-mêmes qui déterminent la répartition de la charge de la preuve. Le problème de la charge de la preuve est difficile à résoudre de manière générale dans tous ses détails, car il est étroitement lié à la procédure, qui varie selon les législations nationales, mais il ne faut pas écarter l'idée de recommander au moins des solutions qui pourraient être mises en oeuvre à l'échelon national. C'est ce qui a récemment été fait à certains égards dans la Loi type sur les virements internationaux.

Il existe un autre obstacle, dans les systèmes nationaux, au recours à l'EDI : l'exigence d'un original. Dans certains cas, la présentation d'un original est requise, par exemple pour établir un titre de propriété en cas d'octroi d'une sûreté, lorsqu'un titre de propriété est déposé, lorsque des sûretés sont transférées et lorsque certaines règles légales et administratives l'exigent. Mais, dans ce contexte, la notion de signature est très importante, de même que la question de l'authentification. La signature indique traditionnellement la source du document et indique que la personne signant le document en approuve la teneur. Dans un contexte électronique, on peut atteindre cet objectif par une authentification et une signature numériques. Ces questions sont déjà connues dans le domaine législatif, notamment à l'échelon international.

L'authentification et la signature numériques ont déjà été traitées dans des documents de la CNUDCI; on trouve par exemple une définition de la signature dans la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, selon laquelle la signature désigne non seulement la signature manuscrite ou un fac-similé de celle-ci, mais aussi une authentification équivalente effectuée par tout autre

moyen. Cette définition a été reprise dans la Convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international. Plus récemment, dans la Loi type de la CNUDCI sur les virements, l'authentification a été définie comme une procédure établie conventionnellement pour déterminer si un ordre de paiement, une modification ou la révocation d'un ordre de paiement émane bien de la personne indiquée comme étant l'expéditeur. La signature est un mode traditionnel, généralement accepté, de protection contre les ordres de paiement non autorisés.

Il se pose à ce propos un autre problème, que je ne pourrai pas traiter ici en détail, celui de l'expression de la volonté dans un contexte électronique. Il est tout à fait possible actuellement d'imaginer qu'une machine communique avec une autre et élabore un contrat sans que la volonté humaine n'intervienne. Cela se produit chaque jour; toutefois, cette pratique se fonde en général sur un accord préalable entre les parties. Il est très facile de voir qu'avec les progrès techniques, ces accords préalables pourront devenir superflus et que les moyens électroniques de communication pourront continuer de se développer au-delà de ce qui était prévu dans lesdits accords. Nous pouvons acheter, par exemple, des cigarettes ou des tickets de métro : nous le faisons sans doute mécaniquement, sans vraiment exprimer une volonté. Et, à un certain point, nous pouvons avoir à prouver à quel moment, dans quel contexte et dans quel lieu le contrat a été conclu. Il s'agit là, hélas, d'un domaine que je ne pourrai traiter de manière approfondie, mais tout cela fait partie des ingrédients que nos cuisiniers devront utiliser pour préparer leurs plats. Et il ne faut pas oublier la question de la responsabilité. Certains réseaux transmettent des messages, et le problème de la responsabilité des parties se pose lorsqu'il faut préserver la confidentialité des informations et conserver des enregistrements des opérations.

Vient enfin la question de la négociabilité des contrats. Lorsque l'on parle d'effets négociables - et le professeur Jan Ramberg a mentionné ce fait - on vise les connaissements dans le commerce maritime, les actions en bourse, les certificats de dépôt et d'autres instruments similaires. Là aussi se posent tous les problèmes liés au fait que ces instruments et mécanismes peuvent découler d'accords entre les parties, accords fondés sur l'autonomie de la volonté; se posent aussi tous les problèmes liés à la méconnaissance des systèmes juridiques et à la possibilité d'émettre des effets de commerce qui sont une expression de l'autonomie de la volonté, mais ne sont pas fondés sur une bonne connaissance de la législation.

Comme vous le voyez, il s'agit là d'un domaine très vaste, et il se pose de multiples problèmes qui pourront faire l'objet d'une législation uniforme, alors que nombre d'autres ne pourront être réglés de cette manière.

3. Praticiens internationaux

JEFFREY B. RITTER
Avocat, Columbus, Ohio (Etats-Unis d'Amérique);
Groupe de travail de la Commission économique pour l'Europe sur la facilitation des procédures du commerce international

En tant que société mondiale, nous ne pouvons sous-estimer l'impact que les échanges de données informatisées auront sur notre aptitude à créer un marché économique mondial. Alors que les dépendances sectionnelles s'effondrent et que la coopération interrégionale se révèle être la stratégie clef pour le commerce international, l'outil essentiel dont aura besoin toute

entreprise, quel que soit son emplacement géographique ou son degré de développement économique, sera la possibilité de communiquer des informations commerciales.

Les entraves historiques au commerce fondées sur les langues, les distances physiques, les variations culturelles et les différences politiques ont un élément commun, qui est leur impact sur l'efficacité des communications. Ainsi, stimulés par le besoin qu'ont les entreprises et les gouvernements d'échanger des informations d'une manière pratique, les échanges de données informatisées ouvrent la voie au commerce international. Normaliser les informations sous des formes que nous puissions lire et traiter quelle que soit notre langue maternelle nous permet de communiquer et nous donne par là de nouvelles occasions de faire des affaires. L'EDI est plus qu'une technique mise au point dans les laboratoires, c'est une conséquence du besoin qu'a le marché international de s'acquitter de la tâche de plus en plus difficile consistant à communiquer des informations dans une culture industrielle et commerciale qui exige l'efficacité et la rapidité des opérations.

Nous ne pouvons, par conséquent, sous-estimer l'impact fondamental que peut avoir l'EDI sur l'évolution future du droit uniforme. Les échanges de données informatisées sont potentiellement à même de nous offrir une langue mondiale des affaires. Mais l'EDI exige plus que la seule capacité à communiquer des informations; il exige la mise au point, la mise en oeuvre, la modification et le développement de pratiques commerciales capables de l'appuyer. Il ne suffit pas de communiquer les informations; si nous voulons les utiliser efficacement, nous devons coopérer - en dépit de toutes divergences d'ordre commercial ou géographique - pour comprendre tant les applications que les informations.

L'EDI nous pousse donc à comprendre et à accepter les pratiques commerciales uniformes. Avec l'EDI, nous ne recevons pas seulement les informations, nous devons aussi les comprendre et leur donner un sens pour ce qui est d'assumer nos obligations contractuelles et d'exécuter nos engagements. L'EDI nous pousse donc non seulement à uniformiser les pratiques commerciales, mais aussi à établir les fondements de l'évolution du droit uniforme. En effet, l'uniformité du droit ne fait que traduire la mesure dans laquelle nous sommes capables, en tant que communauté internationale, d'uniformiser et d'harmoniser nos pratiques commerciales. En conséquence, parler de l'EDI - de commerce électronique - revient à parler, selon moi, de l'un des outils les plus importants pour l'évolution du droit commercial uniforme, qui est au coeur des préoccupations du présent Congrès.

Permettez-moi de présenter quelques observations en me plaçant dans cette perspective. En premier lieu, la réglementation qui s'élabore dans cette instance est, et sera toujours, un reflet de la réglementation qui s'élabore à un niveau différent, dans l'intimité des échanges commerciaux bilatéraux et multilatéraux. Les travaux du Groupe de travail de la Commission économique pour l'Europe sur la facilitation des procédures du commerce international (Groupe de travail 4) ne sont pas axés sur la réglementation au niveau normatif; la mission du Groupe de travail 4 est plutôt de mettre au point, pour la facilitation du commerce, des solutions qui, en fait, imposent et encouragent l'adoption de pratiques commerciales uniformes.

En 1991, le Groupe de travail 4 a adopté un programme de projets qui présente une réponse intégrée aux problèmes de l'EDI appliqué au commerce. Le Groupe de travail 4 n'est pas à prédominance européenne. De plus en plus, chaque continent, pour ainsi dire, est associé à ses affaires. Il n'est axé

ni sur les besoins d'information des gouvernements, ni sur les besoins analogues du monde des affaires, mais représente un dialogue dynamique et tonifiant de ceux qui participent à tous les secteurs du commerce international : banquiers, assureurs, transporteurs, ceux-là même qui déplacent les données, les représentants des gouvernements, tous sont présents. En travaillant ensemble, nous avons entrepris, au Groupe de travail 4, de réglementer au niveau intime, en exécutant un programme de projets qui inclut, par exemple, un accord type international uniforme sur les échanges.

A l'heure actuelle, près de 15 accords ont été mis au point sur le plan national dans le monde entier. Ils offrent des solutions différentes à des problèmes différents et, par leur existence, risquent de créer pour le commerce multinational une entrave à l'efficacité et à l'intégration des opérations que le commerce exige.

Un deuxième projet inscrit à notre programme consiste à identifier les types d'obstacles que le professeur Zamora a signalés, c'est-à-dire les exigences juridiques et celles de la pratique commerciale qui empêchent les opérations commerciales de passer efficacement de la documentation sur papier à l'activité électronique. Il ne suffit pas de se borner à reconnaître l'existence d'exigences formelles de signature et d'écriture. De nombreuses exigences de ce type existent sur les docks et aux frontières par où passe le commerce international. Notre enquête, qui devrait progresser sérieusement cette année, vise à identifier d'une manière exhaustive tous les obstacles existants. Sur la base de ces informations, nous pourrons alors rechercher les moyens d'écarter les entraves, dont certains pourront relever de la législation.

Un dernier projet du Groupe de travail 4 qu'il convient de mentionner est le projet sur la négociabilité. Nous cherchons à établir les bases d'une réglementation - en tirant la leçon de réseaux et projets existants tels que les initiatives de la Conférence maritime baltique et internationale et du CMI - permettant à des secteurs commerciaux d'adopter une méthodologie pour le transfert de droits juridiques grâce à l'échange de messages électroniques. Ce faisant, nous croyons pouvoir mettre au point un modèle, qu'il s'applique à la banque, au transport de marchandises ou au transport de données, pour l'établissement de pratiques commerciales qui soient uniformes d'un secteur à l'autre.

L'évolution de l'EDI nous enseigne que le commerce électronique se distingue par trois ou quatre caractéristiques fondamentales qui n'ont pas encore été signalées dans les observations d'aujourd'hui. Premièrement, nous avons l'évolution de l'information en tant qu'élément de l'actif. Comme l'a noté le professeur Boss, les données électroniques peuvent être achetées, vendues, entreposées et transportées. Et l'EDI développe l'aptitude des entreprises à en agir ainsi. Deuxièmement, la réglementation du commerce électronique ne peut se faire sur une base sectorielle. Les travaux remarquables de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds et de la CCI sur les Incoterms, pour donner deux exemples, ne sont que les premiers pas vers une approche intégrée plus complète que nous devons suivre à titre de modèle pour l'expansion future du commerce électronique.

Troisièmement, en élaborant le droit commercial, la communauté juridique doit avoir à l'esprit qu'il sera de plus en plus difficile de maintenir la distinction entre le droit commercial et le droit administratif. Les efforts faits actuellement sur le plan administratif, par exemple, la directive des Communautés européennes sur le caractère confidentiel des données et les

initiatives prises dans les domaines douanier et fiscal pour accommoder et exiger les fichiers électroniques, risquent, s'ils se poursuivent dans des directions divergentes, d'être une source d'inefficacité pour le monde des affaires, en offrant des solutions juridiques administratives qui pourraient aller à l'encontre de l'approche intégrée que les entreprises souhaitent pour favoriser la circulation des informations dans le commerce international. Nos règles doivent donc être harmonisées, tant au niveau des contrats bilatéraux qu'à celui des mesures normatives.

Je tiens enfin à signaler, à propos de l'EDI, une autre tendance qui, je crois, offre d'énormes possibilités pour l'avenir. Lorsque aujourd'hui nous parlons de l'EDI, nous concevons habituellement les messages électroniques comme l'équivalent fonctionnel du document. Mais nous constatons maintenant que le document ne constitue plus une analogie réaliste pour la circulation de l'information électronique. Les entreprises communiquent l'information en programmes plus restreints; elles prennent encore leurs décisions sur la base du même corps de données, mais pas en échangeant des commandes, factures et autres pièces informatisées. Et c'est sans ces documents sous forme électronique que nos gouvernements auront à s'acquitter de leurs responsabilités dans l'administration du commerce international. Imaginez des agents des douanes cherchant à examiner des connaissements, des récépissés d'entrepôt et des commandes qui pratiquement n'existeront plus. Il est donc nécessaire de réformer la législation administrative et commerciale en prenant pour base la circulation de l'information, non la livraison de documents.

Avec ces perspectives à l'esprit, je voudrais, en tant que praticien du droit, encourager la CNUDCI à poursuivre l'harmonisation du droit commercial international sur la base des pratiques commerciales uniformes, à reconnaître que l'EDI est un outil potentiel et non un défi, et à admettre qu'en dernière analyse la meilleure façon d'harmoniser le droit sera de refléter et d'encourager l'emploi d'outils harmonisant les pratiques commerciales dont le besoin est prioritaire.

SYLVIA KHATCHERIAN
Avocate, New York (Etats-Unis d'Amérique);
Committee on International Computer and Technology Law, Association internationale du barreau

Je suis très honorée d'avoir aujourd'hui l'occasion de présenter quelques observations touchant les différentes questions qui pourraient faire l'objet des futurs travaux à mener dans le domaine de l'échange de données informatisées (EDI). Je tiens à préciser que mon point de vue est celui d'un praticien privé du droit de l'informatique et de la technologie.

Mes observations s'articuleront autour de deux grands thèmes : premièrement, l'élaboration de normes juridiques concernant la responsabilité, en particulier celle des intermédiaires fournisseurs de services en réseau et les conséquences possibles de ces normes et, deuxièmement, l'état des lois nationales existantes et proposées dans le domaine de la circulation transfrontière des données et leur effet potentiel sur la diffusion de l'EDI.

Je voudrais tout d'abord préciser que l'élaboration des divers accords types sur les échanges s'est révélée très utile en fournissant aux praticiens un cadre leur permettant de résoudre contractuellement les incertitudes juridiques liées à la formation des contrats et au commerce par des moyens électroniques. Certains de ces accords types abordent aussi les questions des responsabilités et obligations des partenaires commerciaux lorsque la

communication échoue ou qu'elle est entachée d'erreurs. Ainsi, l'accord type pour les partenaires commerciaux mis au point par l'American Bar Association dispose qu'aucune des parties ne sera tenue responsable des dommages spéciaux, accessoires, exemplaires ou indirects découlant ou résultant d'un retard, d'une omission ou d'une erreur dans la transmission électronique. L'accord type mis au point par l'EDI Association du Royaume-Uni impose à chaque partie la responsabilité de s'assurer que tous les messages sont complets, corrects et sûrs et dispose que chaque partie doit répondre des conséquences directes résultant d'un manquement à ces obligations.

Comme ces accords types sont supposés être conclus entre les partenaires commerciaux eux-mêmes, ils ne comportent évidemment pas de dispositions concernant les responsabilités et obligations des intermédiaires fournisseurs de services en réseau. Ces intermédiaires sont le plus souvent des fournisseurs privés de services à valeur ajoutée, qui offrent des services très divers. Outre la simple transmission des données, ils peuvent assurer la sauvegarde et l'archivage des données, ainsi que leur sécurité à différents niveaux, et offrir des possibilités de communication à plusieurs vitesses et de conversion de protocoles entre les partenaires.

J'examinerai maintenant brièvement la question de la manière dont ces fournisseurs traitent en général les questions de responsabilité et des raisons commerciales qui justifient ce traitement.

Dans la pratique, la responsabilité que les fournisseurs privés acceptent d'encourir est contractuellement limitée. Le champ de leur responsabilité est une question clef qui a des répercussions directes sur le coût des services et peut en affecter l'offre. Les dispositions contractuelles en la matière correspondent aux normes les plus courantes dans l'industrie de l'informatique et des services connexes, normes qui sont en général considérées par les utilisateurs et les fournisseurs comme assurant une répartition commercialement acceptable du risque. L'usage est de ne pas tenir le fournisseur du service responsable des dommages indirects ou accessoires, ce qui ne signifie pas que ces dispositions excluent toute responsabilité.

Les fournisseurs de services acceptent en général que leur responsabilité soit engagée s'ils ne s'acquittent pas de leurs obligations conformément aux normes convenues dans le contrat, notamment en ce qui concerne le stockage, la sécurité et la confidentialité des données. Dans certains cas et à certaines conditions, ils peuvent convenir de recours spécifiques tels que la reconstitution des données perdues et détruites par leur faute.

Les fournisseurs de services limitent toutefois invariablement leur responsabilité globale pour les dommages directs à un montant en rapport avec le bénéfice qu'ils tirent de l'opération. Il y a à cela une raison commerciale simple. Les honoraires perçus au titre des services n'ont qu'une valeur nominale au regard des dommages indirects possibles lorsque l'opération sous-jacente porte sur des millions de dollars. Si le fournisseur de services doit assumer une responsabilité illimitée, il se protégera, dans la plupart des cas, en souscrivant une assurance complémentaire. Le coût de cette assurance - à supposer qu'elle soit possible - est inévitablement répercuté sur le coût des services.

En conséquence, dans l'industrie de l'informatique et des services connexes, les utilisateurs et fournisseurs s'accordent maintenant à considérer la plupart des logiciels et services de traitement connexes comme des auxiliaires facilitant les opérations de l'utilisateur ou du client. Du fait que le fournisseur de services lui-même ne partage pas le bénéfice tiré de

l'opération commerciale du client, il ne veut pas, en général, assumer la responsabilité de cette opération. Toujours à propos de la responsabilité du fournisseur, il ne faut pas oublier que ce dernier est souvent, à son tour, en liaison avec diverses entreprises de télécommunications, qui sont elles-mêmes soumises à des réglementations et qui n'acceptent d'assumer, au mieux, que des responsabilités très limitées.

Tant que la responsabilité du fournisseur privé n'est pas totalement exclue et que l'utilisateur a le choix entre plusieurs options - et il s'agit là de conditions importantes - les parties à un accord de services en réseau peuvent en fait être les mieux placées pour régler contractuellement les questions de responsabilité et répartir les risques liés à l'opération. Il peut s'agir, notamment, de définir différents niveaux de responsabilité et différents types de recours en cas de non-exécution des différentes obligations. Souvent, les recours dont les parties conviennent ou les responsabilités sur lesquelles elles insistent se fondent sur l'estimation suivante : qui est le mieux placé pour réduire les risques et qui est le mieux à même de choisir et d'appliquer les vérifications et contrôles appropriés pour minimiser les dommages ?

Compte tenu du lien direct qui existe entre le risque et le coût du service, une étude des pratiques en vigueur dans l'industrie serait particulièrement utile pour l'élaboration de normes sur la responsabilité, afin que l'élaboration de ces normes n'ait pas pour effet regrettable de limiter le choix des utilisateurs et/ou de rendre prohibitif le coût des services en réseau.

Il convient de souligner que l'industrie de l'informatique a évolué très rapidement. A mesure que l'EDI se développe, le rôle que jouent les fournisseurs et la nature des services qu'ils assurent évoluent, ce qui peut, à son tour, entraîner une réévaluation de ce que les utilisateurs et fournisseurs considèrent être une répartition commercialement raisonnable des risques. En outre, du fait peut-être du degré de confiance dans la technologie et des mécanismes de contrôle technologique en général, ainsi que des avantages évidents qu'offre l'EDI pour les opérations commerciales, les problèmes de responsabilité découragent rarement les hommes d'affaires de recourir à l'EDI. Cela ne signifie évidemment pas que l'introduction de normes serait inutile.

Je souhaiterais utiliser le temps qu'il me reste pour aborder la question des lois, en vigueur ou proposées, concernant la circulation transfrontière des données. L'absence de cohérence et le manque de clarté des diverses dispositions et prescriptions des lois en vigueur peuvent créer des problèmes pour les sociétés menant des opérations dans de nombreux pays et participant à des activités transfrontières avec des partenaires ou sociétés affiliées dans divers pays.

Les lois sur la protection des données, qui régissent la collecte, la divulgation et le transfert des données, s'inspirent en général des principes de la protection de la vie privée et des dispositions concernant les garanties de sécurité dans le traitement des données (telles que celles qui figurent dans les Directives de l'OCDE sur la protection de la vie privée et la transmission transfrontalière des données à caractère privé et dans la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel). S'il y a concordance de vues sur les principes à respecter, des divergences existent quant à la manière d'appliquer ces principes et, notamment, quant au type de données à couvrir. Il y a, par exemple, des divergences sur la question de

savoir si la couverture doit se limiter aux données concernant des particuliers ou s'étendre aux personnes morales - dans ce dernier cas, souvent sur la base de considérations qui relèvent de la protection des données techniques et commerciales, et pas seulement de la protection de la vie privée. En outre, certaines lois disposent que les transferts de données doivent être enregistrés ou notifiés; d'autres exigent une licence. Certaines demandent le consentement du sujet des données pour les transferts, alors que d'autres n'imposent cette condition que pour certains transferts.

Par ailleurs, bien que les lois sur la protection des données n'interdisent pas les transferts de données protégées d'un pays à l'autre, elles exigent en général qu'il y ait des garanties de protection et de sécurité équivalentes dans cet autre pays si de telles données doivent y être transférées. Certains pays, dont les Etats-Unis, n'ont pas de système national uniformisé concernant la protection des données, ce qui donne lieu à des incertitudes lorsqu'il y a transfert vers ces pays de données protégées provenant de pays ayant adopté des lois sur la protection.

Cette situation rend l'observation des normes très difficile et peut créer des problèmes pour les sociétés qui souhaitent recourir au transfert électronique de données et qui devront en dernière analyse répondre de la non-observation des normes. Les fournisseurs privés de services en réseau peuvent être, quant à eux, soumis à leurs propres obligations de sécurité en ce qui concerne la divulgation des données stockées, en vertu de certaines lois nationales ou de règles proposées selon lesquelles les utilisateurs comme les fournisseurs d'un réseau peuvent avoir des responsabilités. En dernière analyse, toutefois, c'est à l'utilisateur qu'il incombe d'utiliser ces services conformément aux lois applicables, y compris sur la confidentialité des données, de même que c'est à lui qu'il appartient de choisir parmi les systèmes de sécurité que lui propose le fournisseur de services.

Alors qu'à ce jour l'EDI a surtout porté sur l'échange de données commerciales, il n'est pas impossible qu'à mesure qu'il se diffusera plus largement et que des lois sur la protection des lois seront élaborées, il englobe le transfert des données concernant des particuliers et des personnes morales, dans le cadre des lois régissant la circulation transfrontière des données.

En conséquence, il serait temps d'envisager de simplifier et d'uniformiser les normes nationales sur la protection des données, initiative qui serait en outre bien accueillie tant par les sociétés qui doivent respecter ces normes que par les avocats qui peuvent être appelés à les conseiller.

PAPA MOUSSA NDIAYE
Conseiller juridique, Centre international du commerce extérieur du Sénégal, Dakar

La communication que nous allons faire sur le thème "Les perspectives ouvertes pour les pays d'Afrique par le développement de l'échange de données informatisées (EDI) et les ajustements juridiques nécessaires à ce développement" est une contribution du Centre international du commerce extérieur du Sénégal (CICES) que nous avons l'honneur de représenter à ce Congrès de la CNUDCI.

Le CICES est une structure décentralisée de l'Etat du Sénégal qui a en charge la promotion du commerce extérieur. Il assure également le secrétariat

du Comité sénégalais de facilitation des procédures du commerce international, dénommé comité SENPRO.

Notre communication sera axée principalement sur l'EDI et son apport dans nos pays, le Sénégal en particulier, ainsi que les obstacles juridiques qu'il peut rencontrer pour son développement. Auparavant, nous présenterons la situation actuelle dans le domaine de la circulation de l'information dans nos pays.

La situation actuelle

Dans la plupart des pays d'Afrique, la réalisation d'une opération de commerce extérieur nécessite la création d'un grand nombre de documents différents qui sont destinés aux divers services de l'entreprise comme à ses nombreux correspondants : clients, banquiers, assureurs, transporteurs, douaniers, etc.

Parmi ces documents, certains sont d'ordre privé, d'autres d'ordre administratif et trouvent leur justification dans l'application des réglementations nationales, communautaires ou internationales. De nombreux exemplaires du même document sont souvent nécessaires. Il en découle une charge très lourde pour l'entreprise. Or, les documents établis ont toujours la particularité de contenir un grand nombre d'informations communes.

Il est admis que le respect des délais de livraison implique une gestion rapide de l'information. Toutefois, il a été maintes fois constaté que les marchandises voyagent plus rapidement que les documents. L'absence de ceux-ci ou l'indisponibilité de l'information qu'ils véhiculent devient ainsi fortement pénalisante pour le bon déroulement de l'opération de commerce extérieur. Ces phénomènes ont des conséquences dommageables pour l'entreprise, comme pour l'administration chargée du suivi et du contrôle des mouvements de marchandises. Il était donc urgent de rationaliser ces procédures lourdes et coûteuses, de mettre au point des documents normalisés pour faciliter la présentation de l'information et sa transmission à toutes les parties intéressées.

Notre pays qui s'est préoccupé, comme beaucoup d'autres, de ce problème a mis en place, entre autres, un Comité national de facilitation des procédures du commerce extérieur qui s'occupe de ces procédures manuelles qui sont souvent à l'origine des délais de livraison incompatibles avec les critères de qualité et de compétitivité que se fixent aujourd'hui les entreprises.

Le système d'échange de données informatisées

Définition

Comme son nom l'indique, l'EDI signifie plus précisément échange de données informatisées traduit par la transmission "télématique" d'ordinateur à ordinateur de données structurées en messages normalisés. L'EDI est une technologie de l'information qui permet aux utilisateurs de disposer de moyens nouveaux. Il donne des avantages certains quant à l'économie des charges et à l'accélération du flux des informations.

Cependant, comme toute nouvelle technologie, l'EDI suscite des questions sur lesquelles nous avons besoin de réponses.

Ces questions portent, entre autres, sur :

- L'identité de l'émetteur du message;

- La réception de toutes les parties du message et dans le bon ordre;

- La sécurité et la confidentialité de la transmission des informations entre l'émetteur et le récepteur, etc.

A toutes ces questions, l'EDI a essayé de dégager des solutions préconisées par les procédures des réseaux à valeur ajoutée, la technologie liée à la communication et à l'utilisation de la syntaxe des messages.

Par exemple, à la question : "Quelle crédibilité peut-on attacher à ce message comme forme de contrat avec l'émetteur pour la fourniture de biens et de services ?"

A-t-on encore besoin que des documents sur papier soient fournis par l'émetteur comme compléments au message pour lui procurer une certaine légalité ou pour se conformer aux pratiques commerciales et administratives courantes dans nos pays ? Ou bien existe-t-il une façon de certifier que les messages reçus sont crédibles comme forme de contrat ?

Les réponses à ces questions sont les suivantes :

L'émetteur et le récepteur sont liés par la convention d'interchange qu'ils ont acceptée l'un vis-à-vis de l'autre et avec le fournisseur du réseau X 25. Ils peuvent, en utilisant avec précaution la technologie disponible, être assurés de l'intégrité du réseau et du message EDI.

La convention substitue aussi un code pour leurs transactions commerciales. Lorsque cette convention sera reconnue comme un standard de pratique commerciale par l'EDI, il sera facile pour chacun des partenaires de trouver un terrain légal pour renforcer leurs relations commerciales.

Apport de l'EDI pour les pays africains

L'application de l'EDI peut constituer un outil de développement pour les pays africains qui se doivent de s'adapter à cette nouvelle technologie pour une meilleure intégration des moyens de communication.

Ayant compris l'enjeu de ce problème, l'Etat du Sénégal, très tôt, a d'abord créé une délégation à l'informatique, puis un ministère chargé de la technologie et de la modernisation de l'Etat. Ce ministère a tracé les grands axes qui, en principe, doivent amener le Sénégal à l'ère du troisième millénaire.

S'il est vrai que nous sommes à l'introduction modeste de cette nouvelle technologie, il faut toutefois reconnaître que, par rapport à l'ensemble de l'Afrique subsaharienne, le Sénégal a fait des progrès notables.

L'EDI n'est pas encore appliqué dans nos pays, qui utilisent encore les méthodes traditionnelles telles que le téléphone, le télex, le fax et le courrier.

Avec les nouvelles méthodes, certains pays africains utilisent des moyens plus modernes de transmission de données en utilisant la norme X 25 définie par le CCIT. C'est le cas notamment du Sénégal, du Cameroun, du Gabon, de la Côte d'Ivoire, du Maroc et de la Tunisie.

Le SENPAC, qui correspond à la norme X 25, est appelé CITRAPAC en Côte d'Ivoire, FASOPAC au Burkina Faso. SENPAC est le réseau sénégalais de transmission de données par paquets. Les utilisateurs connectés à SENPAC pourront échanger des informations en utilisant des procédures de communication simples, par opposition à l'EDI. L'administration sénégalaise et la plupart des entreprises publiques ont commencé à automatiser leurs moyens de communication.

Perspectives offertes par l'EDI

L'utilisation de l'EDI suppose la mise en place d'un réseau de transmission de données par paquets. Pour que les données puissent être envoyées d'un point A à un point B, il est donc nécessaire d'utiliser un réseau bâti sur la norme X 25. X 25 est la couche physique qui pourra permettre l'envoi des données de l'EDI. Sans cette couche, la communication serait très difficile parce que l'EDI utilise les protocoles X 25.

L'utilisation de l'EDI devra permettre une meilleure intégration entre pays africains en matière d'échange d'informations et de données; outre cet aspect d'intégration, il ne faut pas oublier que cela permettra un développement des moyens de communication, une rationalisation et une meilleure maîtrise de la transmission des informations et des données.

Les perspectives que l'EDI offre à certaines administrations sénégalaires, comme par exemple le commerce extérieur, sont les suivantes :

Au plan de la législation du commerce et des paiements extérieurs, les services des Ministères du commerce et des finances pourraient, par exemple, autoriser, avec le développement de l'EDI, les opérateurs économiques qui en feraient la demande à utiliser des supports d'information exploitables par une machine ou la télétransmission des données pour établir des déclarations d'importation ou d'exportation.

Au niveau des statistiques du commerce extérieur, la collecte des données se fait à deux niveaux : d'abord, avec des listings envoyés par la douane, ensuite, sous forme de questionnaire. Les déclarants qui le remplissent doivent authentifier les données fournies par une signature manuelle. L'EDI permettra de simplifier les procédures utilisées à ce niveau.

Avec l'EDI, la Direction des statistiques du Sénégal pourrait admettre, pour des raisons de simplification, que les statistiques du commerce extérieur soient fournies sous forme de tableaux produits par ordinateur.

Les difficultés juridiques susceptibles de s'opposer au développement de l'EDI en Afrique

Les instruments juridiques faisant l'objet de transmission par l'EDI peuvent poser des problèmes quant à leur validité, leur opposabilité, leur authenticité, etc. Les actes en question étant générateurs de droits et d'obligations opposables aux différents sujets une fois constitués, il se pose donc forcément le problème de leur preuve.

Qu'est-ce qui prouve que le document traduit par l'EDI dans une transaction commerciale est authentique et opposable en droit ? Nous allons essayer d'examiner cette question à la lumière de certaines dispositions contenues dans le droit positif sénégalais.

Le droit positif sénégalais

L'article 4 du Code des obligations civiles et commerciales requiert quatre conditions pour la validité du contrat :

- Le consentement des parties;
- La capacité de contracter;
- Un objet déterminé et licite, formant la matière du contrat;
- Les obligations qui en résultent.

Par consentement, on entend à la fois la volonté de chaque contractant et l'accord de ces deux volontés :

- La volonté de contracter doit exister chez l'une et l'autre des parties (art. 58) et elle doit être consciente (art. 59), déclarée (art. 60) et non viciée (art. 61 à 64);
- Le législateur sénégalais exige en outre que la volonté soit lucide. L'article 59 déclare en effet que le consentement doit émaner d'une personne jouissant de ses facultés intellectuelles;
- La volonté interne des contractants, même si elle est consciente, ne saurait toutefois suffire. Il faut en outre qu'elle soit déclarée, et cette manifestation extérieure peut revêtir des formes diverses (art. 60). Elle peut donc être expresse ou tacite (art. 81, par. 2);
- Enfin, la volonté ne peut donner naissance à un contrat valable que si elle n'est pas viciée par l'erreur, le dol ou la violence (art. 61).

Aux conditions relatives à la volonté de chacun des contractants s'ajoute la nécessité d'un accord entre les deux volontés, qualifié d'échange de consentement.

D'une manière schématique, "un contrat se forme par une offre ou sollicitation suivie d'une acceptation". Bien entendu, la conformité des volontés est exigée et elle doit être, en principe, sur toutes les clauses (art. 79, par. 1). Toutefois, le législateur sénégalais décide que "le contrat est réputé conclu lorsque les parties se sont mises d'accord sur les points essentiels" (art. 79, par. 2).

Lorsque l'offre et l'acceptation ne sont pas simultanées, une autre question se pose : celle du moment et du lieu de la formation du contrat. Le Code sénégalais résout ce problème en appliquant le système de l'émission (art. 82).

S'agissant de la capacité de contracter, le Code décide que toute personne peut contracter si elle n'est pas déclarée incapable par la loi (art. 57). Autrement dit, la capacité de contracter constitue la règle, l'incapacité étant l'exception.

L'objet du contrat désigne la prestation promise ou même la chose sur laquelle porte cette prestation.

L'objet doit répondre à une double exigence : en premier lieu, il faut que ce que les parties ont voulu soit bien précisé et matériellement réalisable. De même, le contrat n'est pas valable s'il y a impossibilité

matérielle (art. 74, par. 2) de fournir la prestation promise ou la chose objet de la prestation.

En second lieu, il faut que la volonté ait un contenu licite, et cette exigence concerne aussi bien l'objet du contrat que celui des obligations (art. 47). En effet, les parties doivent d'abord fixer l'objet du contrat "dans les limites apportées à la liberté contractuelle" (art. 73), c'est-à-dire dans le respect de l'ordre public et des bonnes moeurs. La chose sur laquelle porte la prestation doit également être licite.

Le Code sénégalais énumère la "cause" parmi les conditions de formation du contrat (art. 47). La cause est la raison pour laquelle une personne s'est engagée.

La violation d'une des conditions de formation du contrat entraîne la nullité de celui-ci (art. 84). Mais ces conditions sont tantôt "édictées dans l'intérêt général" et la nullité est alors absolue (art. 85), tantôt "destinées à assurer la protection d'un intérêt privé" et, dans ce cas, il s'agit de nullité relative (art. 86).

S'agissant de la preuve des obligations, les différents modes de preuve retenus par le Code sénégalais, c'est-à-dire l'écrit, le témoignage, la présomption du fait de l'homme, l'aveu judiciaire et le serment décisoire (art. 12), n'ont pas tous la même valeur.

Tout d'abord, la force probante de l'écrit varie selon qu'il s'agit ou non d'un acte authentique, c'est-à-dire "qui a été reçu par un officier public compétent instrumentant dans les formes requises par la loi" (art. 17), ou d'un acte sous seing privé. L'acte authentique fait foi à l'égard de tous et jusqu'à inscription de faux en ce qui concerne les constatations personnelles faites par l'officier public (art. 18, par. 1) et jusqu'à la preuve du contraire pour les autres mentions (art. 18, par. 2). L'acte sous seing privé a une force probante moindre.

L'écriture et la signature doivent être reconnues par leur auteur ou déclarées sincères par le juge (art. 25 et 26). Le contenu ne fait foi que jusqu'à preuve contraire (art. 23), et l'acte n'acquiert qu'exceptionnellement date certaine à l'égard des tiers.

Le Code précise la force probante des autres écrits. La lettre missive "fait foi des engagements qu'elle contient contre celui qui l'a signée" (art. 27), mais sa force probante dépend du contenu de l'engagement. Ainsi, selon les cas, la lettre missive a valeur d'écrit ou de commencement de preuve par écrit. Quant à la copie, photocopie ou toute autre reproduction d'un acte authentique sous seing privé, elle a la même force probante que l'acte lui-même, à condition d'être certifiée conforme par un officier public (art. 28).

Les autres moyens de preuve n'ont pas tous la même force probante

Les témoignages sont laissés à la libre appréciation du juge (art. 30). Il en est de même pour les présomptions du fait de l'homme (art. 30) auxquelles la loi assimile les modes de reproduction de la parole (art. 31) et de l'aveu extrajudiciaire (art. 32). Par contre, le Code attache une force probante très grande à l'aveu judiciaire qui "fait pleine foi contre celui dont il émane" (art. 33), de même qu'à la prestation ou au refus de serment décisoire (art. 35).

Selon qu'il s'agit d'établir un fait juridique ou un acte juridique, l'admissibilité des moyens de preuve obéit à des principes opposés.

Dans le premier cas (fait juridique), tous les moyens de preuve indiqués par la loi peuvent être utilisés (art. 13, par. 1), alors que, dans le second cas, sauf en matière commerciale où la preuve est libre (art. 13, par. 2), c'est le système de la preuve préconstituée qui l'emporte.

Un écrit est en effet exigé "pour toute convention dont l'objet excède 20 000 francs CFA" (soit 400 francs français) (art. 14), et ce principe a pour corollaire l'admissibilité des témoignages et des présomptions de fait pour les litiges dont la valeur ne dépasse pas cette somme (art. 29, par. 1). Le Code déroge toutefois à la nécessité d'un écrit au-dessus de 20 000 francs CFA. D'une part, il admet, en toutes matières, l'aveu judiciaire et le serment décisoire (art. 33 et 34). D'autre part, il déclare recevables les témoignages et les présomptions de fait "lorsqu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer ou de produire une preuve écrite" (art. 15) ou lorsqu'il existe un "commencement de preuve écrite" (art. 16). Le législateur sénégalais qualifie ainsi "tout écrit qui rend vraisemblable le fait allégué et qui émane de celui auquel on l'oppose, de son auteur ou de son représentant" (art. 16, par. 2). Le Code des obligations élargit la notion de commencement de preuve en y intégrant les déclarations faites au cours d'une comparution personnelle ordonnée par le juge (art. 16, par. 3).

En outre, le Code de procédure civile, en son article 192, précise que le fait par l'une des parties de ne pas comparaître ou de refuser de répondre peut être également considéré comme un commencement de preuve par écrit.

Lorsqu'un acte juridique est établi au moyen d'un écrit, l'autorité de ce document cède devant l'aveu judiciaire ou le serment décisoire (art. 33 et 35). Par contre, l'écrit l'emporte en principe d'une manière absolue sur les témoignages et les présomptions de fait, puisque ces modes de preuve ne sont pas recevables "contre et outre le contenu d'un acte écrit" (art. 29, par. 2).

En définitive, le droit concernant la nécessité et l'autorité de la preuve écrite risquent d'entraver l'application et le développement de l'EDI dans nos pays d'Afrique francophone dont le système juridique est pratiquement le même.

En matière d'ordinateur, c'est le demandeur qui exhibe sa propre preuve émanant de sa propre machine. Que peut valoir un listing d'une banque de données ?

Rien n'est codifié à ce niveau dans nos pays. Généralement, les tribunaux acceptent, par exemple, dans le cas du Sénégal, ce moyen comme un commencement de preuve par écrit. La jurisprudence ne refuse pas un relevé informatique, mais ce n'est pas non plus une preuve parfaite.

Les juges sénégalais se sont déjà prononcés sur des cas d'espèce qui leur ont été soumis. Citons, par exemple, le litige qui a opposé la société nationale d'électricité à un de ses abonnés. Il s'agissait d'un problème de recouvrement de créances. La société avait présenté au tribunal une restitution informatique du relevé de compte de l'abonné ainsi que des conditions particulières du contrat d'abonnement. Le juge a estimé que la restitution informatique du relevé de compte devait obligatoirement être accompagnée de la police d'abonnement signée des deux parties.

Sur un autre plan, nous avons vu l'administration fiscale sénégalaise refuser tout support informatique utilisé par les sociétés sénégalaises comme moyen de déclaration. Par exemple, les déclarations de salaire ne sont pas acceptées sur des listings émanant des logiciels de paie, le contribuable devant utiliser les imprimés types fournis par l'administration fiscale.

Les ajustements juridiques nécessaires

La méthode traditionnelle d'échange de documents sur support papier constitue une donnée majeure sur laquelle il faut compter dans nos pays. Il faut donc légiférer dans ce domaine, car le droit ne vient, le plus souvent, que pour codifier une situation nouvelle.

Il faut s'assurer de la fiabilité de toutes les données, d'où la nécessité de contrôler tout le système de l'EDI.

Certains ajustements juridiques sont peut-être nécessaires dans le cadre des méthodes de preuve que nous connaissons jusqu'à présent.

L'EDI ne pourra se développer que s'il est mondialement accepté. Nous pensons qu'une législation internationale est plus que nécessaire pour aider au développement de l'EDI.

Conclusion

Le système EDI offre des possibilités énormes pour les pays africains en matière de données dans le domaine de l'administration, du commerce et des transports. Cependant, il faut quand même préparer les gens et mettre en place une réglementation pour l'utilisation efficace et efficiente de cet outil que nos pays sont condamnés à utiliser s'ils veulent profiter de cette technologie nouvelle. Avec la mise en place d'un système de réseaux fédérés entre pays africains, les utilisateurs pourront profiter de l'expérience des uns et des autres.

CIRO ANGARITA BARÓN
Juge de la Cour suprême constitutionnelle, Bogotá

Permettez-moi, en tant que juge de la Cour constitutionnelle et en tant que personne immobilisée dans un fauteuil roulant, d'exprimer avant tout mes sincères remerciements aux organisateurs de ce Congrès, qui m'ont garanti le droit d'accès à cette éminente instance universelle. Comme vous pouvez le constater, il n'ont ménagé aucun effort pour transformer mon fauteuil roulant, ne fut-ce que provisoirement, en un véritable microphone mobile. Dans les limites modestes de mon existence, j'estime que ce geste représente un jalon important sur la voie du respect des droits de l'homme dans la vie quotidienne.

Ayant à l'esprit la tradition qui a incité mon pays à devenir un membre fondateur d'UNIDROIT, je considère que c'est pour moi un immense privilège de pouvoir, en tant que Colombien, participer à ce vingt-cinquième anniversaire de la CNUDCI.

Compte tenu des contraintes de temps qu'impose un événement de cette nature, j'ai l'intention de présenter aux éminents experts du Congrès un résumé partiel d'une étude que j'ai entreprise en 1991, dans le cadre du programme du Programme des Nations Unies pour le développement et de l'Organisation des Nations Unies pour le développement industriel concernant la coopération dans les domaines de l'informatique et de la

micro-électronique, sur les faits nouveaux les plus importants intervenus en matière d'EDI dans la législation latino-américaine. J'évoquerai, en particulier, certaines questions telles que la valeur probante des enregistrements EDI, l'utilisation de l'EDI dans les domaines de la comptabilité et de la fiscalité, l'émission et la négociation de titres et l'impact de l'EDI sur les actes administratifs.

Valeur probante des enregistrements EDI

On constate maintenant un abandon progressif de la notion traditionnelle de preuve littérale dans plusieurs pays de la région. En Colombie, par exemple, la notion de "document" ne se limite plus exclusivement à un document sur papier dans un langage donné, mais couvre n'importe quel objet qui peut fournir des informations factuelles sur les questions en cause. Cette acception plus large est aujourd'hui celle du Code de procédure civile qui définit un document comme étant "un objet mobilier de caractère représentatif ou déclaratif" 4/, ainsi que du Code de procédure pénale qui définit un document comme "toute déclaration émanant d'une personne connue ou identifiable, faite par écrit ou imprimée par tout moyen mécanique" 5/.

Cette définition plus large a aussi été adoptée dans la doctrine argentine 6/. En outre, le nouveau texte de l'article 289 du Code de procédure civile mexicain dispose que "toute information qui peut emporter la conviction d'un juge sur des faits litigieux ou incertains est recevable". Cela autorise clairement la présentation de preuves qui pourraient être produites par des moyens électroniques.

En Uruguay, les juristes sont divisés entre ceux qui préconisent une définition étroite du terme "document" et ceux qui le comprennent dans un sens plus large. Pour les premiers, le terme document ne se rapporte qu'aux écrits sur papier portant la signature manuscrite de l'auteur; les seconds estiment que l'on entend par "document" tout objet qui contient des informations, quels que soient le moyen d'enregistrement, la méthode de création ou la signature 7/.

L'acceptabilité des preuves produites par l'EDI dépend de différents facteurs liés aux caractéristiques spécifiques des systèmes juridiques nationaux, notamment le système probatoire, la valeur du document, sa nature (publique ou privée) et son authenticité.

La méthode en vigueur en Colombie est celle de la libre appréciation, le juge étant appelé à évaluer la preuve en appliquant les principes d'une analyse critique raisonnée, de la logique et de la psychologie juridique 8/. Ainsi, contrairement au système fondé sur des critères juridiques strictement définis, la méthode de la libre appréciation donne aux juges plus de latitude pour évaluer la preuve, sans leur permettre pour autant de tomber dans l'arbitraire.

Comme il n'y a pas de règles précises régissant les formes non traditionnelles de preuve et comme l'information contenue dans un moyen électronique est en fait un type de document, sa valeur probante est en général considérée comme égale à celle d'un document, avec des caractéristiques propres quant à sa nature et sa forme (télex, télécopie, SWIFT, mémoire d'ordinateur, disquette, enregistrement vocal).

En Argentine, la nécessité de surmonter les contraintes qu'impose le Code civil en ce qui concerne l'écrit et la signature - et qui font évidemment obstacle à l'utilisation de documents électroniques - a incité le Ministère de la justice à rédiger un projet de loi visant à réformer la législation

existante, ce qui permettrait à ces documents d'être admissibles dans certaines conditions 9/.

Au Brésil, un projet de code civil rédigé dès 1972 contient des dispositions reconnaissant pleinement la valeur probante des informations stockées sur bandes magnétiques et disques, éliminant ainsi les contraintes liées à la notion traditionnelle de document écrit.

Aux termes d'un récent projet de loi au Chili, les "sorties d'imprimante produites par l'administration" conformément aux réglementations applicables seraient réputées être des "documents officiels" et les "éléments de preuve informatisés tels que disques, bandes ou n'importe quel type de mémoire magnétique ou de fichier informatique, ainsi que la reproduction de leur teneur par n'importe quel moyen" seraient admissibles 10/.

En Uruguay, la valeur probante des documents électroniques a donné lieu à des opinions divergentes, selon que la preuve est évaluée sur la base des codes traditionnels ou des nouvelles réglementations. Les commentateurs de ces codes considèrent ces messages soit comme "d'autres preuves" soumises aux règles d'une analyse critique raisonnée 11/, soit comme un type de document dont la valeur dépend de son caractère public ou privé 12/. Par contre, d'après les nouvelles réglementations, telles que le Code de procédure civile, les documents produits par ordinateur sont présumés authentiques, à moins qu'ils ne soient désavoués ou ne fassent l'objet d'une inscription de faux 13/.

Utilisation de l'EDI pour la comptabilité

Comme dans d'autres parties du monde, certains pays d'Amérique latine encouragent l'utilisation de l'EDI dans la comptabilité. En Colombie, il faut mentionner non seulement que l'EDI est largement accepté à des fins de comptabilité, mais aussi que la valeur probante des messages EDI est la même que celle des documents sur papier 14/. En outre, dans le cadre du nouveau système dénommé "plan comptable unique", les institutions financières doivent maintenant envoyer leurs états à l'autorité de tutelle bancaire par modem 15/.

En Argentine, l'article 61 de la loi N° 19550 (modifiée par la loi N° 22903) autorise expressément l'utilisation des ordinateurs à des fins de comptabilité, sous réserve de certaines conditions et exceptions (registres de tenue de stocks et bilans).

Au Brésil, la comptabilité mécanique ou électronique est autorisée en vertu de l'article 1181 du projet préliminaire de code civil sous sa forme révisée de 1984.

En Uruguay, la loi sur les sociétés commerciales (loi N° 16060) autorise l'utilisation de la comptabilité électronique.

Emission et négociation de titres

Certains systèmes juridiques d'Amérique latine autorisent la communication par voie électronique de renseignements fiscaux.

En Colombie, par exemple, en vertu de l'article 622 du décret N° 624 de 1989 (connu sous le nom de loi fiscale), les organismes qui sont tenus de fournir des informations sur des personnes ou entités qu'ils supervisent, administrent ou auxquelles ils offrent des services (autorités de tutelle bancaires, chambres de commerce, bourses, notaires, etc.) peuvent le faire par des moyens magnétiques. Dans des cas exceptionnels, l'utilisation de ces

moyens n'est pas seulement une possibilité, mais une obligation (par exemple, dans le cas d'entités ayant des actifs bruts dépassant 200 millions de pesos) 16/.

En Argentine, il est possible de transmettre des renseignements fiscaux à la Direction des impôts par voie électronique.

Certains systèmes juridiques d'Amérique latine permettent d'enregistrer les titres sur un support électronique de manière à ce qu'ils puissent être traités par ordinateur.

En Colombie, l'article 7 du décret N° 1798 de 1990 autorise expressément les sociétés anonymes à tenir des registres des actionnaires et à réaliser des cessions d'actions par voie électronique.

Les juristes en Uruguay sont divisés sur le point de savoir si l'émission et le transfert de titres au moyen des nouvelles technologies sont autorisés par la loi 17/.

En Argentine, le décret N° 83 de 1986 autorise l'enregistrement informatique d'actions nominatives non cessibles, auquel cas l'autorisation de l'Inspección General de Justicia dépend de la description des caractéristiques du système informatique, des procédures de sécurité et de la possibilité d'imprimer, à n'importe quel moment, les données pertinentes sur papier 18/.

Impact de l'EDI sur les actes des administrations

Un arrêt récent du Conseil d'Etat colombien, confirmant la validité d'un décret présidentiel envoyé par télécopie de Séoul (République de Corée), a ouvert la voie à la production d'actes administratifs par des moyens électroniques car, comme l'a clairement reconnu le Conseil d'Etat, "le droit ne peut ignorer les innovations et progrès que la technologie moderne - surtout dans le domaine de l'électronique - impose en matière d'enregistrement et de transmission matérielles des pensées" 19/.

En Argentine, les juristes estiment que l'application de l'informatique dans l'administration est une nécessité qui peut beaucoup contribuer à rationaliser le fonctionnement de cette dernière. Les effets positifs cités sont notamment : la création de bases de données publiques accessibles par ordinateur; la justification, la diffusion et la preuve de l'existence des actes administratifs; la participation directe du grand public à la gestion administrative; le contrôle *a posteriori* des actes de l'administration et la détermination des responsabilités en cas d'erreur ou de perte 20/.

Au Chili, le projet de loi évoqué précédemment exclut les fichiers qui ont été ou seront créés par des organes administratifs en vertu de lois ou réglementations particulières, mais couvre les fichiers administrés par des organismes publics.

Conclusions

Le droit latino-américain commence à répondre de manière efficace et positive aux exigences d'une utilisation accrue de l'EDI dans des domaines tels que le régime de la preuve, la comptabilité, l'information fiscale, les titres et les actes administratifs.

Par contre, le transfert électronique des fonds n'a pas encore été expressément réglementé en Amérique latine. En conséquence, il est nécessaire

de recourir à l'application par analogie de dispositions générales ou spéciales régissant d'autres questions et à une analyse critique raisonnée.

On ne constate pas non plus dans la région de signes indicateurs d'une tendance favorable à la formation des contrats par EDI.

Recommandations

Une étude approfondie doit être réalisée pour déterminer s'il est nécessaire, possible et souhaitable que toutes les opérations fondées sur l'EDI entreprises dans la région de l'Amérique latine s'inscrivent dans le cadre strict d'un système juridique unifié.

Des programmes de coopération régionale devraient être entrepris pour lever les restrictions qui entravent actuellement l'utilisation des documents électroniques dans certains pays de la région, par exemple, l'obligation de produire ou conserver des documents sur papier, l'obligation de les signer personnellement ou de les présenter afin de faire valoir les droits qui en découlent, ainsi que les exigences en matière de preuve.

Les progrès importants réalisés sur la voie de l'acceptation des documents électroniques doivent être poursuivis et intensifiés par une réglementation spécifique des domaines présentant encore des lacunes auxquelles il convient de remédier aussi vite que possible, tels que le transfert électronique de fonds ou la formation des contrats. Cette réglementation devrait tenir compte des tendances internationales en la matière.

PROFESSEUR OLAV TORVUND
Centre de recherche norvégien sur l'informatique et le droit, Oslo

Je souhaiterais aborder quatre points : les perspectives et démarches en matière de réglementation, l'utilisation des informations commerciales, les fournisseurs de réseaux et la négociabilité.

Utilisation des messages de données commerciales (information commerciale)

J'établirai une distinction entre l'utilisation des informations par des parties contractantes et l'utilisation de ces mêmes informations par des tiers. Les messages échangés entre les parties servent à conclure un contrat, expédier une facture, envoyer un ordre de paiement, etc. Je qualifierai cette utilisation de l'information d'utilisation primaire. Dans certains cas, cette information doit être écrite, mais en général les parties sont libres de choisir et sa forme et son support.

L'information est utilisée aussi par des tiers dans les domaines suivants : douanes, taxe sur la valeur ajoutée, vérification des comptes, assurances, finances, etc. Et l'on pourrait ajouter le règlement des litiges. Je qualifierai cette utilisation d'utilisation secondaire. Une facture est envoyée pour indiquer le montant d'une somme à acquitter : elle ne l'est pas pour les besoins des autorités douanières, fiscales ou autres. Mais puisque cette facture existe, elle sert aussi à d'autres fins. Pour déduire de la somme perçue la TVA payée, il faut fournir une pièce. Et alors, le document établi à l'origine pour une fin donnée peut servir essentiellement à une autre fin. Point n'est besoin de recourir à la facture traditionnelle pour indiquer à l'acheteur ce qu'il doit payer, mais il se peut que les autorités fiscales déclarent qu'elles n'accepteront aucune autre pièce.

Essayer de faciliter l'utilisation de l'EDI entre les utilisateurs primaires de l'information qui est transmise, c'est aussi souvent se heurter au problème de l'utilisation secondaire de l'EDI. Et, alors qu'il est possible de légiférer au niveau international sur l'utilisation primaire de l'information, c'est le droit interne, qui peut varier sensiblement d'un pays à l'autre, qui régira souvent l'utilisation secondaire de l'information. Il est depuis longtemps évident que les questions touchant la conclusion d'un contrat international doivent être réglées au niveau international. En revanche, par exemple, les questions d'imposition concernent la société et les autorités du pays où elle est installée.

Il faut notamment conclure de ce qui précède que les questions qui étaient auparavant réglées au niveau national doivent l'être désormais au niveau international.

Réglementation : perspectives et démarches

Il conviendrait, me semble-t-il, d'appréhender la réglementation de l'EDI ou l'utilisation de l'EDI sous deux perspectives différentes. Parler de l'échange de données informatisées en général, c'est viser plusieurs types d'opérations différentes : c'est ce que j'appellerai la perspective horizontale.

L'autre démarche consiste à réglementer l'EDI pour un type donné d'opération. La réglementation pourrait concerner l'EDI exclusivement, comme c'est le cas des règles du CMI relatives aux connaissements électroniques, ou encore être incorporée dans une réglementation plus générale, comme dans le cas de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux.

Dans la perspective horizontale, il convient de traiter des questions de transmission, indépendamment du type de l'opération : procédures de transmission, authentification, réception, etc. Il serait possible aussi d'y ajouter la formation des contrats et l'administration de la preuve en cas de litige. Les problèmes ont été clairement cernés, mais ils n'ont pas été résolus. Ils pourraient l'être dans le cadre d'une convention internatioanle.

Toutes les questions liées à la teneur de l'opération, y compris les obligations des parties, doivent être traitées dans le cadre de la réglementation applicable à l'opération en question : il pourrait s'agir de vente de marchandises, de transport, d'assurances, d'opérations bancaires, etc. Et je tiens à souligner que les obligations doivent être définies à ce niveau, et non à celui de l'échange de données informatisées en général. On est comptable d'une livraison tardive, d'un paiement tardif, etc., mais non d'un message différé en tant que tel.

Fournisseurs de réseaux

Les services de réseaux à valeur ajoutée gagneront en importance avec l'utilisation de l'EDI. Le temps me manque pour m'étendre sur ce point. Mais je puis dire que bien peu de choses ont été faites jusqu'ici. Il est nécessaire d'analyser la manière dont ces services ont un rapport avec la conduite des affaires ou l'influencent. On constatera très souvent que nous passons d'une opération bilatérale à une opération trilatérale et nous savons bien peu de choses sur le rôle de la tierce partie, en l'occurrence. Nous ne savons pas non plus quelles sont ses obligations.

Négociabilité

La notion de négociabilité est un des problèmes épineux que pose l'EDI. Je crois qu'il faut revoir cette notion et faire abstraction de la notion traditionnelle attachée à l'effet de commerce. Il faut analyser les fonctions et essayer de trouver un moyen de les maintenir dans le cadre de l'EDI. Il faut traiter de ces problèmes pour chaque secteur commercial séparément. Dans la pratique, il semble que la notion de négociabilité pose des problèmes essentiellement dans les transports maritimes, et il conviendrait donc de s'efforcer de résoudre les problèmes dans ce domaine sans transposer la notion générale de négociabilité dans le cadre de l'EDI.

Quelques conclusions

Il importe de régler les problèmes juridiques liés à l'EDI. Mais je ne crois pas qu'une réglementation de l'EDI sera un élément majeur du futur droit commercial. Elle jouera un rôle semblable à celui que la réglementation dans le domaine de la poste et des communications joue dans le droit commercial traditionnel. Une fois établie, la réglementation perd de son importance. Je crois que, dans de nombreux domaines du droit où l'EDI pose des problèmes, nous vivrons la même expérience que celle de la CNUDCI avec les transferts électroniques de fonds : la technologie s'est avérée être peu importante au regard des questions juridiques. Mais comme l'EDI modifie la manière dont les opérations commerciales sont effectuées, il faudra changer en conséquence la réglementation applicable au commerce.

Références :

Le Centre de recherche norvégien sur l'informatique et le droit a publié deux rapports en anglais sur l'EDI :

Andreas Galtung: Paperless systems and EDI, Complex 4/91; et
Rolf Risnaes: Implementing EDI - a proposal for regulatory reform.

Ces deux rapports sont disponibles au Centre de recherche norvégien sur l'informatique et le droit, Université d'Oslo, Niels Juels gt, 16, N-0272 Oslo (Norvège).

4. Débat

SAM MADUEGBUNA
Nigéria

J'aurai un certain nombre d'observations à faire sur la relation entre l'EDI et les pays en développement, mais je voudrais d'abord remercier le secrétariat de la CNUDCI de m'avoir permis de participer à cette éminente assemblée d'universitaires et praticiens érudits. Je voudrais souligner que l'EDI est une application de la technologie de l'information qui est, pour parler simplement, le point de rencontre des techniques informatiques et des techniques de télécommunication, de sorte que, dans les sociétés qui ne disposent pas de moyens de télécommunication élémentaires, l'EDI n'est pas un outil, mais un problème, puisqu'ils n'ont pas les bases nécessaires au commerce électronique.

Au cours de ces derniers mois, je me suis intéressé aux effets des techniques électroniques appliquées par les banques à des instruments tels que lettres de change, lettres de crédit et crédits documentaires et j'ai eu la

nette impression qu'on assiste peut-être à la mise en place de deux systèmes de procédures commerciales, l'un fondé sur l'électronique et l'autre essentiellement sur des documents sur papier. En conséquence, il semble que le monde des affaires soit divisé selon une frontière technologique. Mon intervention de ce soir n'a pour but que de souligner ce phénomène, qui signifie que tout effort d'uniformisation des lois doit tenir compte du fait que certaines parties du monde n'ont pas la technologie nécessaire pour utiliser efficacement l'EDI.

La CNUDCI a le mérite d'avoir reconnu ce problème, comme en témoigne la Loi type sur les virements internationaux que certains Etats ont tenté de rendre plus complexe qu'elle ne l'est actuellement. Le secrétariat de la CNUDCI n'a pas cédé, et la Loi type peut être adoptée par des Etats ne disposant pas des technologies nécessaires. J'estime donc, en conclusion, que cette question devrait être abordée et que la CNUDCI devrait, si possible, envisager la possibilité de collaborer avec d'autres organes des Nations Unies et organisations internationales s'occupant de technologie pour étudier comment les pays en développement qui n'ont pas cette technologie pourraient se la procurer.

MICHAEL BAUM
Avocat, Cambridge, Massachusetts (Etats-Unis d'Amérique)

Je voudrais tout d'abord remercier la Commission d'entreprendre un examen sérieux de l'EDI. Cet examen vient à point nommé et revêt une grande importance. Le but de mes observations est de préciser un certain nombre de points abordés lors des débats sur les paiements électroniques, par exemple la Loi type sur les virements internationaux, et lors des discussions sur l'EDI. Par exemple, quelle est la relation entre les deux : comment fonctionnent-ils ensemble ? L'analyse juridique des questions d'EDI, aux plans tant national qu'international, a jusqu'à présent essentiellement porté sur la formation des contrats et sur des questions connexes et importantes liées à la preuve. Mais les nombreux accords EDI de haute qualité, ou les accords entre partenaires commerciaux, là encore aux plans tant national qu'international, s'abstiennent de plus en plus de traiter de l'autre aspect de l'EDI, à savoir les paiements.

En fait, les utilisateurs de l'EDI ont traité de cette question de manière relativement spécifique. Au cours des deux ou trois dernières années, plus précisément, ce domaine a vraiment commencé à se développer. Il a pris le nom d'EDI financier. Il englobe l'établissement d'ordres de paiement par EDI, en partant de l'initiateur d'une opération commerciale, ainsi que la communication d'informations potentiellement importantes, voire volumineuses, qui figureraient sinon sur les talons des chèques. Ces informations seraient transmises par l'intermédiaire d'un système de virements, de réseaux à valeur ajoutée, voire des deux. Les combinaisons possibles pour transmettre cette information peuvent être déroutantes de complexité.

Mes observations portent sur les effets de l'EDI financier sur les obligations contractuelles sous-jacentes des partenaires commerciaux, plutôt que sur les relations entre un client et une banque ou entre plusieurs banques. La Loi type sur les virements internationaux traite de ces questions. J'aborderai très rapidement quelques points qui mériteraient peut-être un examen ultérieur plus approfondi.

Par exemple, qu'en est-il de la question des fonds en transit ? Lorsqu'on passe d'un chèque sur papier à un environnement électronique, le payeur perd dans de nombreux cas la valeur temps de ces fonds, car le paiement

devient instantané. Que faire pour s'assurer qu'aucune des partie n'est désavantagée dans un tel cas ? Qu'en est-il par ailleurs des responsabilités ou de l'effet général des retards dans les virements sur l'obligation commerciale sous-jacente ? Qu'en est-il de l'effet des paiements partiels et de la capacité de libérer électroniquement d'une obligation ? Quelle est la méthode à suivre pour apposer la mention "paiement intégral" ou "paiement protesté" au dos d'une commmunication électronique ?

Par ailleurs, comment traiter électroniquement les remboursements, ajustements, crédits ou remises, lorsque le paiement a été effectué par EDI ? Y a-t-il obligation de renvoi sous forme électronique ? Enfin, comment communiquer les informations relatives aux paiements de manière adéquate, fiable et adaptée au mécanisme de paiement ?

On peut donc considérer en conclusion que l'EDI financier se trouve à l'intersection des opérations électroniques de crédit ou de débit et de l'EDI en général. Cependant, l'EDI financier n'a pas été rigoureusement évalué par la communauté juridique internationale et constitue un bon terrain d'observation, du point de vue aussi bien des paiements que de l'EDI. A cet égard, un accord type sur les paiements par EDI - ou accord sur les paiements électroniques - a été mis au point par l'un des groupes EDI de l'American Bar Association. Je serais heureux de vous fournir tous les renseignements disponibles à ce sujet. Enfin, en ce qui concerne la question des signatures numériques qui a déjà été évoquée, j'ai avec moi un document qui aborde cette question du point de vue de ses incidences pour le commerce électronique. Ce document est à la disposition de tous ceux que cela intéresserait.

ROBERT FEINSCHREIBER
Avocat, Key Biscayne, Floride (Etats-Unis d'Amérique)

Mon avis sur l'échange électronique de données est que le Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds devrait être révisé. Ce guide, sous sa forme actuelle, est mal adapté pour répondre aux problèmes de la fuite des capitaux et de la fraude fiscale. Malheureusement, c'est souvent par le biais des virements électroniques que ces activités ont lieu. Ces abus se multiplient dans les pays qui appliquent un contrôle des changes ou un contrôle fiscal. Les banques internationales encouragent, dans certains cas, la fraude fiscale et la fuite des capitaux pour certains clients, car elles en tirent profit. Ces pratiques affaiblissent l'économie des pays où ces banques opèrent. Ces banques internationales ont donc une lourde responsabilité à cet égard. A cause du secret bancaire dans les paradis fiscaux, les banques siphonnent par des moyens électroniques des fonds provenant de pays où se trouvent leurs clients. Certaines banques vont même jusqu'à prêter de l'argent aux banques dont elles ont siphonné les fonds : un cercle vicieux.

Les gouvernements ont de bonnes raisons de remettre en question la validité de ces prêts. Les banques internationales camouflent les relations avec leurs filiales et le client, privant les organismes de contrôle des changes et de contrôle fiscal des informations voulues. A cet égard, je souscris tout à fait aux observations faites par M. Olav Torvund. Le client, dans ce cas, est libre de fixer le prix de cession interne et de faire ce qu'il veut, sans tenir compte du fisc, grâce à l'échange de données informatisées. Cette situation profite tout particulièrement aux Bahamas et aux Iles Caïmanes, et les incidences sont lourdes pour l'Argentine, le Brésil et le Venezuela, ainsi que les anciens pays communistes. Je pense donc que le Guide devrait être révisé pour tenir compte du problème des fuites de capitaux et de la fraude fiscale. Il s'agit là d'un important aspect de l'EDI.

Notes

1/ Résolution 43/165 de l'Assemblée générale. La résolution et la Convention sont reproduites dans l'annexe du document A/43/820 du 21 novembre 1988.

2/ Etats-Unis d'Amérique, Union des Républiques socialistes soviétiques, Guinée et Canada. Les conséquences du fait que l'URSS soit signataire de la Convention n'ont pas encore été déterminées.

3/ Voir Crawford, "Montage v. Irvani: conflicts or harmonization of laws" Banking and Finance Law Review, vol. 7 (1991), p. 85 à 109.

4/ Voir art. 251.

5/ Voir art. 279.

6/ Voir J. O. Allende, "Documento electrónico. Necesidad de reforma del Código Civil", Congreso Internacional de Informática y Derecho: en los umbrales del tercer milenio (Actas del Congreso, Buenos Aires, octobre 1990), p. 563.

7/ Voir M. Wonsiak, "Valor probatorio de los documentos emitidos por sistemas informáticos en la legislación uruguaya", Congreso Internacional de Informática y Derecho: en los umbrales del tercer milenio. (Actas del Congreso, Buenos Aires, octobre 1990), p. 579.

8/ Voir Colombie, Código de Procedimiento Civil, art. 187.

9/ Voir C. M. Correa, "El derecho informático en América Latina", Derecho y tecnología Informática N° 4 (Bogotá, mai 1990), p. 58.

10/ Ibid.

11/ Voir G. Bello et L. A. Vieira, cité dans M. Wonsiak, op. cit., p. 595.

12/ Voir M. Wonsiak, op. cit., p. 594.

13/ Ibid., p.598.

14/ Voir Colombie, Código de Comercio, art. 68 ff.

15/ Voir Superintendencia Bancaria, "Carta Circular N° 004", 13 janvier 1989.

16/ Voir Colombie, Decreto 1624 de 1989, art. 631, par. 2; Resolución N° 1964 du 10 décembre 1990, Dirección de Impuestos Nacionales, art. 2.

17/ Voir M. Wonsiak, op. cit., p. 36 et 37.

18/ Voir C. M. Correa et al., Derecho Informático (Buenos Aires, éd. Depalma, 1987), p. 299.

19/ Voir Colombie, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Primera. Sentencia du 23 octobre 1990. Consejera ponente: Doctora Myriam Guerrero de Escobar.

20/ Voir C. M. Correa et al., p. 303 et 305.

V. TRANSPORT ET REGLEMENT DES DIFFERENDS

A. Transport

1. De La Haye à Hambourg : vers l'adoption de règles uniformes modernes pour le transport maritime

PROFESSEUR H. M. JOKO SMART
Directeur de la faculté de droit du collège de Fourah Bay, Université de Sierra Leone; avocat à Freetown

Avant le XXème siècle

Traditionnellement, l'armateur (le transporteur) était responsable des pertes ou dommages causés aux marchandises, qu'il se soit ou non rendu coupable de négligence. Il n'était exonéré de sa responsabilité que dans les cas suivants : calamités naturelles; piraterie; vice propre des marchandises; faute personnelle du propriétaire des marchandises; et sacrifice d'avarie commune. De plus, l'armateur était tenu de fournir un navire en état de navigabilité, qui entreprendrait et effectuerait le voyage convenu avec une diligence raisonnable et sans déroutement injustifié.

Les cargos étaient des navires à voile et transportaient des denrées non périssables. Avec les navires à vapeur, le volume du commerce maritime a augmenté, de même que les risques du transport. Des différends ont surgi entre les chargeurs et les transporteurs, sur le point de savoir qui devrait assumer quels risques. En conséquence, les propriétaires de marchandises ont contracté des assurances et les armateurs se sont constitués en clubs de protection et d'indemnisation et ont introduit des clauses d'exonération dans les connaissements.

Période 1893-1920

Des règles de droit disparates appelées à régir la répartition des risques entre le transporteur et le chargeur ont commencé à faire leur apparition. Certains pays ont maintenu des clauses d'exonération, contrairement à d'autres : par exemple, les Etats-Unis dans le Harter Act de 1893; l'Australie dans le Carriage of Goods by Sea Act de 1904; la Nouvelle-Zélande dans le Carriage of Goods by Sea Act de 1908; et le Canada dans le Water Carriage Act de 1910.

Période 1921-1968 : les Règles de La Haye

Vers 1920, le Comité de droit maritime de l'Association de droit international a tenu plusieurs conférences en vue de parvenir à un accord sur un connaissement international type qui se contenterait de refléter des normes minimales de responsabilité applicables aux armateurs. Ces conférences ont abouti à la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement (Règles de La Haye), établie en 1921 et adoptée à Bruxelles en 1924. Les Règles de La Haye sont entrées en vigueur en 1931. Des modifications y ont été apportées à Visby en 1964 et ont été consacrées par le Protocole I de Bruxelles en 1968. Ces modifications sont entrées en vigueur en 1977 en tant que Règles de Visby portant modification des Règles de La Haye. En 1979, le Protocole II de Bruxelles a apporté une nouvelle modification à ces Règles. Cette modification est entrée en vigueur en 1984. Les deux modifications avaient essentiellement pour objet de relever les

limites de la responsabilité des transporteurs à raison des pertes ou dommages causés aux marchandises.

Période 1968-1978 : nécessité d'une réforme

Devant le mécontentement suscité par les Règles de La Haye, il est apparu nécessaire de disposer d'un régime plus équitable. Les argumentations en faveur du remplacement de ces Règles peuvent être résumées comme suit :

a) Les Règles prévoient en faveur du transporteur des exceptions complexes qui l'exonèrent pratiquement de toute faute qu'il pourrait éventuellement commettre (art. 4-2). Il est uniquement responsable des pertes ou dommages causés aux marchandises s'il a omis de fournir un navire en état de navigabilité au début du voyage. Les progrès techniques, qui se sont notamment traduits par une navigation par satellite extrêmement perfectionnée, ont rendu inappropriées ces exceptions, notamment celle de faute nautique;

b) Plusieurs dispositions des Règles sont source d'ambiguïtés et d'incertitudes qui entraînent une augmentation des frais de transport pour le chargeur : non seulement celui-ci paie le fret prescrit, mais il assure aussi, ex abundanti cautela, la cargaison contre des risques dont il ne sait pas très bien s'ils sont ou non couverts par sa police d'assurance (par exemple, art. 4-2);

c) Le transporteur n'est responsable que de la faute qu'il a pu personnellement commettre. Il peut invoquer le moyen de défense de la faute ou de la négligence commise par le capitaine du navire, les préposés et les mandataires. Mais l'émergence des communications modernes par satellite, du téléscripteur, du télécopieur et du téléphone, grâce auxquels l'équipage peut, en appuyant sur un bouton, prendre contact en quelques secondes avec le propriétaire du navire, rend désormais inopposable un tel moyen de défense;

d) Le champ d'application géographique des Règles est limité (art. 10). Les Règles ne prennent en considération que le port de chargement, à l'exclusion du port de déchargement;

e) Le champ d'application documentaire est également limité. Les Règles traitent uniquement de contrats dont l'existence est constatée par un connaissement. Elles ne prennent aucunement en considération d'autres documents de transport utilisés dans le transport maritime moderne, tels que les documents de transport maritime, les reçus de bord, les certificats de réception du commissionnaire de transport, les récépissés de quai et les bordereaux d'expédition, qui constituent également des documents attestant l'existence du contrat de transport;

f) La durée de la responsabilité du transporteur en ce qui concerne les marchandises est limitée par la règle "de sous-palan à sous-palan", en d'autres termes, elle ne couvre que la période allant du moment du chargement au moment du déchargement. Cette période ne couvre pas la période supplémentaire qui précède le chargement et suit le déchargement, et durant laquelle les marchandises sont placées sous la garde du transporteur;

g) Il n'existe aucune responsabilité en cas de retard, non plus que pour le transport d'animaux vivants et de marchandises en pontée, qui sont transportés aux risques du propriétaire;

h) L'unité de compte était précédemment la livre sterling valeur or. Mais, dès 1925, la livre n'était plus convertible en or. La tendance à la baisse se poursuivait. Des réglementations contradictoires ont vu le jour à

mesure que chaque Etat contractant convertissait à sa façon la limite de responsabilité de 100 livres sterling. Le Protocole I de Bruxelles a adopté le franc Poincaré, en or également;

i) L'unité financière de responsabilité en cas de perte ou d'endommagement des marchandises - soit 100 livres sterling par colis ou unité - est devenue très faible par référence aux normes actuelles. Le Protocole I de Bruxelles l'a fixée à 10 000 francs Poincaré par colis ou unité, soit 30 francs par kilogramme de poids brut des marchandises. Le Protocole II de Bruxelles l'a fixée à 667,67 et 2 droits de tirage spéciaux (DTS) respectivement. Les Règles ne contiennent aucune disposition régissant la révision des limites financières;

j) En ce qui concerne l'unité de cargaison, il existait, en vertu des Règles de La Haye, un critère unique de colis ou d'unité. Le Protocole I de Bruxelles a adopté un critère double de poids et de colis ou unité. Aucun des deux ensembles de règles ne précise toutefois si l'unité est une unité de chargement. D'où des difficultés, dès lors que les marchandises se trouvent dans des conteneurs. Chaque cargaison distincte constitue-t-elle une unité de chargement ou est-ce le conteneur qui constitue cette unité ? Aucun des deux ensembles de règles n'apporte une réponse satisfaisante à cette question;

k) En vertu des Règles de La Haye, c'est le transporteur contractant, et non le transporteur effectif, qui est responsable du contrat de transport. D'où des difficultés pour le chargeur en cas de perte ou d'endommagement des marchandises durant un transbordement ou durant un transport par "transporteurs successifs";

l) Droits et actions en vertu des Règles de La Haye :

i) Avant de retirer les marchandises ou au moment du retrait, le destinataire est tenu de notifier toute perte ou endommagement des marchandises, s'ils sont apparents;

ii) Procédure judiciaire et procédure arbitrale : les Règles de La Haye ne contiennent aucune disposition prévoyant l'arbitrage. Le Protocole I de Bruxelles se contente de formuler une ébauche de règle (art. 8). Les Règles ne contiennent pas non plus de disposition relative à la compétence. Aussi les parties ont-elles adopté pour pratique de stipuler, sur les connaissements, un lieu où une action judiciaire pourra être engagée et qui est généralement choisi par le transporteur à sa convenance;

iii) Prescription des actions : les actions sont prescrites si aucune procédure n'a été engagée dans un délai d'un an.

Emergence des Règles de Hambourg

Les travaux de la CNUDCI

Première session (1968). La délégation chilienne a appelé l'attention sur les inadéquations et les insuffisances des Règles de La Haye et a préconisé un régime plus équitable. La même année, la CNUCED a recommandé au Conseil du commerce et du développement de charger la Commission des transports maritimes d'instituer un Groupe de travail de la réglementation internationale des transports maritimes. Ce Groupe de travail a été institué en 1969 et s'est vu confier le mandat d'apporter des modifications aux Règles de La Haye.

Deuxième session (1969). Le sujet "réglementation internationale des transports maritimes" a été inscrit à l'ordre du jour de la CNUDCI, à titre prioritaire. Un Groupe de travail a été créé en vue d'étudier ce sujet. Dans sa résolution 2635 (XXV) du 12 novembre 1970, l'Assemblée générale a donné une nouvelle impulsion à la Commission. Le Groupe de travail avait pour mandat d'examiner les Règles de La Haye et le Protocole I de Bruxelles de 1968 en vue de réviser et de développer ces Règles, et d'élaborer une convention internationale, s'il y avait lieu.

A sa huitième session (1975), le Groupe de travail a élaboré un projet de convention sur le transport de marchandises par mer. La CNUDCI a approuvé ce projet à sa neuvième session, en 1976. Le projet a été distribué aux gouvernements et institutions internationales intéressées pour qu'ils présentent leurs observations. Dans sa résolution 31/100 du 15 décembre 1976, l'Assemblée générale a décidé de convoquer une conférence diplomatique chargée d'adopter la Convention. Cette conférence a été tenue à Hambourg du 6 au 31 mars 1978.

Les Règles de Hambourg

Les Règles s'efforcent de supprimer les ambiguïtés et injustices et des Règles de La Haye et des Protocoles de Bruxelles, de remédier à leurs inadéquations et d'instaurer un régime plus équitable.

Les exceptions complexes prévues dans les Règles de La Haye sont supprimées. Sauf en cas d'incendie, la faute du transporteur est présumée, à moins qu'il ne soit à même de réfuter cette présomption en apportant la preuve qu'il a pris toutes les mesures raisonnables pour éviter que la faute ne soit commise. En cas d'incendie, la charge de la preuve incombe au chargeur. Cette disposition s'inscrivait dans le cadre d'un compromis global réalisé à la conférence diplomatique (art. 5).

La faute étant présumée, il existe désormais un certain degré de certitude quant aux risques qui sont couverts par le contrat de transport.

En cas d'incendie, le transporteur est responsable des pertes ou dommages aux marchandises ou du retard à la livraison causés soit par sa propre faute, soit par celle de ses préposés ou mandataires, mais la charge de la preuve continue d'incomber à l'ayant droit (art. 5, par. 4 a)).

Le champ d'application géographique des Règles de Hambourg n'est pas limité au port de chargement, mais s'étend au port de déchargement des marchandises prévu dans le contrat de transport, ainsi qu'à un port à option de déchargement désigné dans le contrat par les parties dès lors que les marchandises y sont effectivement déchargées (art. 2).

Le champ d'application documentaire est désormais vaste. Outre les connaissements, les Règles mentionnent d'"autres documents faisant preuve du contrat de transport par mer" comme étant des documents auxquels la Convention s'applique (art. 2-1 d), 2-1 e) et 18). Les documents de transport maritime, etc., sont par conséquent pris en considération.

La durée de la responsabilité en ce qui concerne les marchandises n'est maintenant plus limitée par la règle "de sous-palan à sous-palan". Le transporteur est désormais responsable des marchandises à partir du moment où il les prend en charge au port de chargement, durant le transport et au port de déchargement (art. 4-1).

Il existe désormais une responsabilité en cas de retard (art. 5-2). Sauf en ce qui concerne les limitations financières de la responsabilité, le retard est assimilé aux pertes ou dommages causés aux marchandises (art. 5, 6-1 b) et 8-1).

Responsabilité en ce qui concerne le transport d'animaux vivants : en règle générale, un transporteur est responsable de la perte d'animaux vivants, du dommage corporel qui leur est causé et du retard à leur livraison. Une exception veut que le transporteur n'est pas responsable des risques particuliers inhérents au transport des animaux (art. 1er-5) et 5-5).

Responsabilité en ce qui concerne les marchandises en pontée : les marchandises transportées en pontée ne le sont plus aux risques du propriétaire. Elles sont couvertes par les Règles à condition : i) qu'elles soient transportées en vertu d'un accord entre le transporteur et le chargeur; ii) que les usages du commerce considéré le permettent; et iii) que la loi l'exige (art. 9-1).

L'unité de compte est désormais constituée par le droit de tirage spécial (DTS) (art. 26). S'agissant d'un Etat contractant non membre du FMI, la valeur, en droits de tirage spéciaux, de la monnaie nationale est calculée de la façon déterminée par cet Etat. Des dispositions spéciales sont prises en faveur des Etats non membres du FMI dont la législation n'autorise pas l'application des DTS en vue du maintien de l'or comme unité de compte (art. 26-3). L'unité de compte peut être modifiée à une conférence convoquée à la demande d'un quart des Etats contractants.

Les limites financières de la responsabilité sont les suivantes :

a) En cas de pertes ou de dommages : 835 unités de compte ou 2,5 unités de compte par kilogramme de poids brut des marchandises, la limite la plus élevée étant applicable. Des limites plus élevées que celles-ci peuvent être fixées d'un commun accord par le transporteur et le chargeur (art. 6-4). Pour les pays qui ne peuvent utiliser les DTS et qui sont autorisés à utiliser l'or, la limite est fixée à 12 500 unités monétaires par colis ou autre unité de chargement, ou à 37,5 unités monétaires par kilogramme de poids brut des marchandises (art. 26-2). Ces limites financières sont de 25 % plus élevées que celles prévues dans les Règles de La Haye/Visby;

b) En cas de retard : une somme correspondant à deux fois et demie le fret payable pour les marchandises, mais ne dépassant pas le montant total du fret payable en vertu du contrat de transport (art. 6-2 b)). Une disposition prévoit la révision de ces limites (art. 33).

La double unité de cargaison introduite par les Règles de La Haye/Visby est maintenue, mais les Règles de Hambourg précisent que l'unité en cause est une unité de chargement. Non seulement les marchandises se trouvant dans un conteneur, mais le conteneur lui-même, constituent désormais une unité de chargement distincte, à condition de ne pas appartenir au transporteur ou de ne pas être fournis par lui (art. 6-2 b)).

Le régime de la responsabilité couvre désormais et le transporteur contractant et le transporteur effectif (transporteur substitué) (art. 10). Le premier demeure responsable de la totalité du transport, alors que le dernier n'est responsable qu'à raison de la partie du transport qu'il effectue lui-même.

En ce qui concerne les droits et les actions, les dispositions suivantes s'appliquent :

a) Avis de perte ou d'endommagement des marchandises. Cette notification peut désormais être faite même après la livraison des marchandises, mais doit l'être au plus tard le premier jour ouvrable qui suit la date de livraison au destinataire (art. 19-1). Lorsque la perte ou le dommage n'est pas apparent, le délai dans lequel notification doit en être donnée est maintenant de quinze jours consécutifs au lieu de trois, à compter de la date de livraison des marchandises (art. 19-2). Inversement, si c'est le chargeur qui a occasionné la perte ou le dommage subi par le transporteur ou le transporteur effectif, le transporteur ou le transporteur effectif est tenu de lui en donner notification dans un délai de quatre-vingt-dix jours suivant la date à laquelle la perte ou le dommage s'est produit ou celle à laquelle la livraison des marchandises a été effectuée (art. 19-7). En cas de retard à la livraison des marchandises, leur destinataire doit en donner notification dans un délai de soixante jours consécutifs à compter de la date à laquelle la livraison a été effectuée (art. 19-5);

b) Procédure judiciaire et procédure arbitrale. Les différends peuvent désormais être réglés par voie d'arbitrage si les parties en sont convenues préalablement par écrit ou après qu'un litige est né (art. 22);

c) Juridiction. Les Règles prévoient un large éventail de juridictions dans lesquelles une procédure peut être engagée. Ces juridictions sont notamment celle de l'établissement principal du défendeur; celle du lieu où le contrat a été conclu; celle du port de chargement ou du port de déchargement; et celle de tout lieu désigné dans le contrat (art. 21-1) et 22-3);

d) Prescription des actions. Le délai de prescription est porté à deux ans;

f) Commentaire :

Voilà quatorze ans que les Règles de Hambourg ont été adoptées. Soixante-dix-huit Etats ont participé à la Conférence diplomatique, parmi lesquels de grands pays d'armateurs et de nombreux pays en développement. A ce jour, on compte 20 ratifications. Les Règles entreront en vigueur le 1er novembre 1992. A l'exception de la Hongrie, du Liban et de la Roumanie, les pays qui ont ratifié les Règles sont des pays en développement de l'Afrique et du continent américain.

Parmi les critiques élevées contre la Convention, on relèvera les suivantes : i) elle renonce à la liberté contractuelle; ii) son interprétation sera incertaine; iii) elle n'entraînera pas une application vraiment uniforme; iv) elle fait supporter trop de risques à l'armateur; et v) elle n'est pas dans l'intérêt des pays en développement, sinon bon nombre d'entre eux l'auraient ratifiée.

Les critiques i), ii) et iii) ne sont pas nouvelles; elles ont déjà été élevées contre les Règles de La Haye, avant leur adoption et leur ratification. En ce qui concerne la critique iv), le transfert du risque a été opéré dans l'esprit du nouvel ordre économique international. Quant à la critique v), des facteurs ont milité dans les pays en développement contre la Convention, par exemple : sa méconnaissance; d'autres questions d'Etat pressantes; le front uni opposé à la Convention et la campagne efficace menée contre elle par les transporteurs maritimes et les assureurs maritimes de marchandises.

A l'heure actuelle, deux régimes sont en vigueur - les Règles de La Haye et les Règles de La Haye/Visby. Bientôt, avec l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg, ils seront trois. Ce n'est pas l'idéal si l'on veut promouvoir l'uniformité.

2. La Convention des Nations Unies du 19 avril 1991 sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international et les autres conventions sur les transport

JEAN-PAUL BERAUDO
Président de la première Commission de la Conférence des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international;
Président de la Cour d'appel de Grenoble (France)

Historique de la Convention

La Convention des Nations Unies du 19 avril 1991 sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international a son origine dans un projet élaboré au sein de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT). La décision remonte à 1960, quand le conseil de direction de cette organisation internationale a décidé d'inscrire à son programme de travail le contrat d'entrepôt (ware-housing contract). Les travaux devaient être guidés par un rapport du professeur Le Gall de la faculté de droit de Paris, déposé en 1966, dont la conclusion précise déjà clairement les buts de la future convention : le texte devrait régir les obligations et responsabilités qu'assument des personnes et des institutions autres que le transporteur agissant en cette qualité, relativement à la sécurité des marchandises, entre le moment où ces marchandises sont remises matériellement par l'expéditeur et celui où elles sont reçues matériellement par le destinataire. Ce projet est ensuite tombé dans un certain sommeil, jusqu'à ce qu'il soit réveillé par différents travaux en cours au sein de la CNUCED et de la CNUDCI qui mirent en évidence les lacunes des conventions internationales en matière de transport, spécialement maritime, pour tout ce qui concerne les périodes précédant et suivant le transport proprement dit.

Précisément, c'est lors des travaux préparatoires du texte qui devait devenir la Convention de Hambourg, que la CNUDCI, sur la proposition du représentant de l'Allemagne, a demandé à UNIDROIT de préparer un projet de convention en la matière.

A la suite d'une mise à jour du rapport initial, de la consultation des gouvernements des Etats membres de l'organisation et des délibérations d'un groupe d'experts indépendants réuni en 1978, 1979 puis, finalement, en 1981, pour examiner de nouvelles observations des Etats et des organisations internationales, un projet de texte, déjà articulé comme une convention internationale, a pu être transmis à la CNUDCI. C'était un texte solide, juridiquement clair et ferme, mais limité aux activités de garde de l'opérateur de terminal de transport.

Au sein de la CNUDCI, les travaux commencèrent en 1984, dans le cadre du Groupe de travail sur les pratiques en matière de contrats internationaux, sous la présidence du professeur Joachim Bonell, de l'Université La Sapienza à Rome.

Le résultat atteint par les experts de la CNUDCI peut se résumer, d'une part, dans un élargissement du champ d'application matériel de la Convention et, d'autre part, dans une harmonisation des règles juridiques avec les conventions internationales récentes, en matière de transport, le plus souvent.

Conformément à la procédure en vigueur au sein de la CNUDCI, la Commission elle-même a débattu du texte en 1989, puis a recommandé son examen par une conférence diplomatique. Celle-ci a été convoquée à l'initiative de l'Assemblée générale des Nations Unies et s'est tenue à Vienne du 2 au 19 avril 1991 avec la participation de près de 70 Etats et organisations internationales. La conférence a élu comme président le professeur José Maria

Abascal du Mexique et a confié les travaux à deux commissions, présidées respectivement par Mme Vilus, de la Yougoslavie, s'agissant des clauses finales, et par l'auteur de ces lignes pour les dispositions substantielles (art. 1er à 16).

Chacun peut le voir, la Convention a connu une gestation soigneusement élaborée, faisant intervenir dans différents cadres les meilleurs spécialistes du droit des transports et du droit du commerce international. L'oeuvre commune est une synthèse prenant en compte les différentes traditions juridiques de la planète tout en maintenant à l'ensemble sa nécessaire cohérence juridique.

La Convention connaît déjà un franc succès, puisque le texte a été signé par le Mexique, les Philippines, l'Espagne, la France et les Etats-Unis. Il suffit donc que ces cinq signatures se transforment en ratifications pour que le droit applicable au contrat de terminal de transport soit modifié en Asie, en Amérique et en Europe.

Pour présenter la Convention, nous demeurerons dans l'ensemble fidèles au plan qu'elle s'est elle-même donné en traitant successivement de son champ d'application et des règles relatives à la responsabilité. Nous donnerons également quelques indications à propos de règles particulières sans équivalent véritable dans d'autres conventions internationales en vigueur.

1. Champ d'application

Les buts de la négociation

Conformément à son but originel, la Convention a été négociée pour faciliter la circulation des marchandises en établissant des règles uniformes concernant la responsabilité pour les pertes, les dommages et les retards affectant ces marchandises lorsqu'elles sont sous la garde des exploitants de terminaux de transport et ne sont pas réglés par le droit des transports découlant des conventions applicables aux divers modes de transport (préambule).

Sans ambiguïté, les négociateurs ont comblé une lacune laissée ouverte par les conventions internationales de transport.

Pour s'en tenir au seul transport maritime, qui concerne de loin le plus fort tonnage et la plus forte valeur des marchandises objets du commerce international, on sait que la Convention de Bruxelles de 1924, actuellement en vigueur, ne prévoit la responsabilité du transporteur, avec en plus bien des insuffisances, que lorsque les marchandises ont franchi le bord du navire. Certains Etats parties ont fait entrer dans le champ d'application de la Convention les opérations de chargement et de déchargement lorsqu'elles sont réalisées au moyen des équipements propres du navire.

La Convention de Hambourg de 1978, qui entrera en vigueur le 1er novembre 1992, étend la responsabilité du transporteur maritime aux périodes où les marchandises sont sous sa garde, durant le transport, certes, mais encore au port de chargement et au port de déchargement (art. 4-1). Mais les lacunes et les incertitudes subsistent lorsque les marchandises sont entreposées dans un terminal, hors de la zone portuaire, ou qu'elles ont cessé d'être manipulées par un acconier ou tout autre docker.

A des degrés divers, l'obscurité juridique frappe aussi les autres modes de transport terrestre (CIM de 1990 pour les transports ferroviaires, CMR de 1956 pour les transports routiers) ainsi que le transport aérien, bien que la Convention de Varsovie soit applicable au ramassage et à la livraison.

Dans les situations de vide juridique, la pratique est rarement favorable à l'expéditeur ou au destinataire des marchandises. Au mieux, un contrat est conclu avec l'exploitant du terminal qui limite sa responsabilité le plus possible, voire s'exonère de toute responsabilité. D'un point de vue formel, ce contrat consiste en un bon de dépôt ou en un ticket de paiement du prix des manipulations de la marchandise faisant référence à un contrat type que le déposant peut consulter sur sa demande.

Bien souvent, il n'y a pas d'accord de volontés, donc pas de contrat proprement dit. Le déposant reçoit un numéro d'identification de la marchandise, tandis que dans le terminal sont placardées des affiches où il est mentionné que le dépôt ou les opérations se font au risque du déposant ("at owner's risks").

Champ d'application juridique

C'est pour surmonter et corriger ces réalités aux conséquences dommageables que la Convention a été élaborée.

Subsidiarité de la Convention

Comme l'indique clairement le préambule déjà cité, toutes les fois qu'une convention internationale de transport appréhende une situation déterminée, elle prévaut sur la Convention relative aux opérateurs de terminaux. L'article premier précise plus largement qu'une personne n'est pas un exploitant de terminal, donc n'est pas soumise aux règles de la Convention, "dès lors qu'elle est transporteur en vertu des règles juridiques applicables au transport". La Convention de 1991 remplit donc une fonction subsidiaire par rapport aux textes régissant le transport.

Définitions

L'exploitant de terminal de transport est défini comme la "personne qui, dans l'exercice de sa profession, prend en garde des marchandises faisant l'objet d'un transport international en vue d'exécuter ou de faire exécuter des services relatifs au transport en ce qui concerne ces marchandises dans une zone placée sous son contrôle ou sur laquelle il a un droit d'accès ou d'utilisation".

C'est donc la notion juridique de garde qui gouverne le régime de la responsabilité applicable à l'opérateur. D'autres conditions sont également prévues. L'intervention de l'exploitant doit concerner des marchandises qui font l'objet d'un transport international. Celui-ci est perçu de façon très pragmatique, à partir des étiquettes collées sur les marchandises ou les documents qui les accompagnent. Est concerné le "transport dont le point de départ et le point de destination sont identifiés comme étant situés dans deux Etats différents" (art. 1er c)). La Convention régit donc les opérations effectuées à l'occasion des segments nationaux d'un transport international.

La liste des services que l'opérateur peut assumer est devenue très large au fil des négociations. La notion de contrat de dépôt ou d'entrepôt, qui inspirait les premiers travaux dans le cadre d'UNIDROIT, a laissé la place à "des services tels que le stockage, l'entreposage, le chargement, le déchargement, l'arrimage, le trimmage, le fardage et l'accorage" (art. 1er d)). Sont donc couvertes, de façon non limitative, des opérations en relation avec le transport mais aussi d'autres activités relatives aux marchandises pouvant en être très éloignées : le nettoyage des marchandises, le fumage, les opérations de conservation, d'empaquetage en vue de leur distribution. Bref, tout ce qui se fait à présent dans les terminaux modernes et tout ce qui pourra se faire dans l'avenir.

2. Règles de responsabilité

Selon une facture rédactionnelle empruntée à la Convention de Hambourg, l'article 3 stipule que "l'exploitant est responsable des marchandises à partir du moment où il les prend en garde jusqu'au moment où il les remet à la personne habilitée à en prendre livraison ou les met à sa disposition".

Régime de la responsabilité

Si, pendant ce temps, une perte, un dommage ou un retard survient (par exemple, un retard dans la remise de la marchandise qui doit être transportée), l'opérateur est présumé responsable.

Cette présomption n'est pas irréfragable. L'exploitant peut s'en libérer en prouvant "que lui-même, ses préposés ou mandataires ou toute autre personne dont il utilise les services ... ont pris toutes les mesures qui pouvaient normalement être exigées d'eux pour éviter ledit événement et ses conséquences" (art. 5).

Le régime de la responsabilité mis en place par la Convention se rattache au système de la faute présumée. La présomption s'étend aux préposés de l'exploitant, mais également aux personnes qu'il s'est substituées pour exécuter le contrat : mandataires, sous-traitants, autres prestataires de services.

Pluralité des causes du dommage

Lorsque plusieurs causes ont concouru à la réalisation du dommage, l'exploitant peut n'être responsable que partiellement. Il lui faut alors prouver la part du préjudice qui n'est pas imputable à sa carence. Implicitement, il devra donc prouver qu'une autre personne peut répondre juridiquement du préjudice.

Or, la responsabilité de l'autre personne s'établit selon le droit applicable aux relations qui la lient à l'exploitant. Ce droit varie sensiblement selon que le coauteur du dommage est un salarié (généralement, l'exploitant devra prouver sa faute, parfois même une faute inexcusable) ou un prestataire de services indépendants soumis, comme l'exploitant, aux règles sur la responsabilité des professionnels. Pour ce dernier, le régime de la faute présumée pourra jouer également.

Une conséquence de cette construction est que l'exploitant ne pourra que rarement invoquer un partage de responsabilité en mettant en cause son préposé, tandis qu'il pourra le faire plus aisément lorsqu'il aura sous-traité des tâches à un professionnel indépendant.

L'action de la victime du dommage envers le tiers coresponsable se fait avec les mêmes exonérations et limites de responsabilité que si le défendeur était l'exploitant lui-même (art. 7-2).

Limitation de responsabilité

En contrepartie de la présomption de responsabilité qui pèse sur lui, l'exploitant s'est vu reconnaître le bénéfice d'une limitation du montant de sa responsabilité comme cela se fait, à des niveaux différents, dans toutes les conventions relatives aux transports internationaux.

La particularité du système mis en oeuvre par la nouvelle Convention est son dualisme. Celui-ci a d'ailleurs un précédent dans la Convention des

Nations Unies de 1980 relative au transport multimodal. La responsabilité de l'opérateur est, en principe, limitée à 8,33 DTS par kilogramme de marchandises perdues ou endommagées (montant calqué sur la CMR qui régit le transport routier). Toutefois, si l'exploitant reçoit les marchandises avant ou à l'issue d'un transport maritime ou fluvial, le montant de la limitation tombe à 2,75 DTS. Ce chiffre est emprunté à la Convention sur le transport multimodal.

Ces montants paraîtront certainement trop bas à beaucoup d'expéditeurs, spécialement lorsque le terminal utilisé est un aéroport. Mais il faut garder à l'esprit que la Convention ne concerne que les terminaux. A la différence des opérations de transport qui constituent un passage obligatoire pour l'expéditeur de la marchandise ou son destinataire, le séjour dans le terminal de transport peut être raccourci ou supprimé par un chargeur vigilant.

Observons que la Convention prend le soin de préciser que, lorsque les pertes subies par une part des marchandises affectent la totalité du bien, c'est le poids de la totalité des marchandises affectées qui sert de base au calcul de la limitation de responsabilité (art. 6 c)).

Déchéance du droit à limitation

La limitation ne doit cependant pas bénéficier à l'exploitant qui serait un professionnel incapable.

Suivant une formule qui a son origine dans la Convention de Varsovie et qui tend à diffuser dans les autres modes de transport (voir Règles de Hambourg et CIM de 1990), "l'exploitant ne peut pas se prévaloir des limites de responsabilité ... s'il est prouvé que la perte, le dommage ou le retard résulte d'un acte ou d'une omission de l'exploitant lui-même ou de ses préposés ou mandataires commis soit avec l'intention de provoquer cette perte, ce dommage ou ce retard, soit témérairement et en sachant que cette perte, ce dommage ou ce retard en résulterait probablement" (art. 8).

Bien évidemment, c'est le comportement téméraire de l'exploitant de terminal de transport qui, dans la pratique, pourra engager sa responsabilité au-delà du plafond de limitation.

Selon l'interprétation qui est faite de ce texte à partir de la Convention de Varsovie, seul texte en vigueur ayant déjà donné lieu à une jurisprudence, le bénéfice de la limitation est perdu lorsque le comportement du professionnel est déraisonnable. Les exploitants sérieux sont protégés. Les utilisateurs de terminaux gérés par des aventuriers le seront également.

La déchéance du droit à limitation concerne également les personnes qui concourent, à des titres juridiques divers, à la réalisation du contrat conclu par l'exploitant.

3. Dispositions complémentaires

Emission d'un document

Le texte de la Convention est complété par différentes dispositions, parmi lesquelles on peut citer, en premier lieu, celle relative à l'émission d'un document (art. 4). En l'absence d'un document mentionnant des avaries, l'exploitant est présumé avoir reçu les marchandises en bon état apparent.

Marchandises dangereuses

Un autre point concerne les marchandises dangereuses. Lorsque l'opérateur n'a pas été informé de leur dangerosité, il est habilité à rendre les marchandises inoffensives ou à les détruire aux frais de la personne qui ne s'est pas acquittée de son obligation de l'informer (art. 9).

Droit de rétention

L'exploitant bénéficie encore d'un droit de rétention et a la faculté de vendre les marchandises "dans la mesure où il y est autorisé par la loi de l'Etat où se trouvent les marchandises" (art. 10-3). Le droit de rétention permet à l'exploitant de se constituer une garantie de paiement du prix des services qu'il a pris en charge. Il est dans la nature du droit de rétention de pouvoir être exercé même sur des marchandises qui appartiennent à une personne autre que son débiteur. Les négociateurs ont cependant admis une exception, restreinte uniquement au droit de vendre, lorsque la rétention concerne des conteneurs, palettes ou articles similaires de transport appartenant "à une personne autre que le transporteur ou le chargeur et qui portent une marque claire de leur propriétaire" (art. 10-3).

Les différents paragraphes de l'article 10 constituent un bel exemple du cumul de la méthode des conflits de lois et des règles de droit uniforme dans une situation où tous les Etats ne pouvaient pas accepter, à l'occasion d'une convention sur les exploitants de terminaux de transport, le droit de vendre la chose retenue dont le domaine d'application dépasse de loin cette activité économique particulière.

Prescription de l'action récursoire

Dans le cadre de la prescription des actions en justice qui doivent être intentées dans le délai de deux ans à compter du jour où l'exploitant a cessé, ou est présumé avoir cessé, les activités qu'il s'était obligé à accomplir, une disposition particulière, propre aux actions récursoires, a été introduite. L'action récursoire contre l'exploitant n'est soumise à aucun délai de prescription dès lors qu'elle est "exercée dans un délai de quatre-vingt-dix jours après que (l'auteur de l'action) a été déclaré responsable ... ou a réglé la créance sur laquelle se fondait" l'action en justice. Il est cependant prévu que l'exploitant doit être avisé dans un délai raisonnable de l'éventualité d'une action récursoire.

Conclusion

En conclusion de cette présentation panoramique de la Convention, il convient peut-être d'insister sur le fait que celle-ci renferme des règles minimales. Elle est une convention-plancher, pourrait-on dire. La volonté des parties, le désir pour un exploitant d'attirer plus de clients peuvent conduire à une amélioration du régime de responsabilité prévu. De fait, les articles 6 et 13 autorisent respectivement des limites de responsabilité plus élevées et un régime de responsabilité plus strict. Cette adaptabilité de la Convention aux différentes situations économiques est sûrement un gage de son succès.

3. Praticiens internationaux

O. P. SHARMA
Avocat principal, Cour suprême de l'Inde; Vice-Président principal de l'Association des avocats de l'Asie et du Pacifique; Président de la section indienne de l'Association des avocats de l'Asie et du Pacifique

C'est pour moi un honneur et un privilège, en tant que vice-président principal de l'Association des avocats de l'Asie et du Pacifique et président de sa section indienne, de prendre la parole devant cette auguste assemblée d'avocats, de juristes, de conseillers d'entreprise, de juges, de fonctionnaires des ministères, d'arbitres et d'enseignants du droit, dans ce hall historique de l'Assemblée générale. L'APLA, association mondiale qui comprend 75 pays, a été créée en 1984 par le Président Byong Ho Lee à Séoul (République de Corée) et a toujours parrainé des conférences et des symposiums dans différents pays. En juin 1985, elle a tenu la réunion de son conseil et de son assemblée générale à Manille. En 1986, elle a coaccueilli deux conférences conjointes, l'une en coopération avec l'Association des avocats du Japon et d'Hawaii, et l'autre en coopération avec l'American Bar Association. Elle a aussi établi des relations de coopération avec l'Association internationale du barreau et l'Inter-American Bar Association. Elle a tenu sa deuxième assemblée générale à Bangkok, en 1987, sur le rôle des avocats dans la société moderne. La même année, sa troisième réunion et conférence du conseil a eu lieu à Hanzhuning (Chine). Sa troisième assemblée et conférence générale a été organisée à Hawaii en janvier 1989 et la quatrième à Beijing. L'Inde a le privilège d'accueillir sa quatrième réunion et conférence du conseil sur le rôle du droit dans le développement économique et social de la région de l'Asie et du Pacifique, à New Delhi, du 7 au 10 février 1992.

Le monde a connu une croissance économique rapide au cours des dernières années. La CNUDCI a fait un grand pas sur la voie de l'unification du droit commercial international et va encore progresser dans ce sens ces prochains jours. Son travail d'unification du droit dans différents domaines mérite de vives félicitations. Nous vivons tous sur la même planète; pourquoi donc devrions-nous être soumis à des éthiques commerciales différentes ? Il faudrait des normes fondamentales d'équité et d'uniformité dans l'établissement de tribunaux internationaux, de règles et de conventions-cadres et dans l'application uniforme des décisions.

Le thème de discussion, ce matin, est le règlement des conflits liés aux transports. Les transports couvrent de multiples domaines et font appel à une multitude de compétences, de systèmes et de services différents. Il y a eu de nombreux moyens de transport par route, par rail, par air et par mer et, si je ne m'abuse, le transport spatial sera une réalité au XXIème siècle et, d'ici à vingt-cinq ans, s'étendra à toute la planète.

Après avoir, dans le monde entier, expérimenté de nombreuses formes d'activités commerciales, les hommes ont été acquis à l'idée que leur bien-être était entièrement lié à la libre commercialisation et à la production sans entrave de marchandises, ce qui a conféré aux transports un rôle accru. L'importance du transport de marchandises par mer, qui permet à des nations et à des entreprises de commercer avec des nations et avec des entreprises éloignées, a conduit à la Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, qui s'est tenue à Hambourg en mars 1978 et à laquelle ont participé 78 Etats, dont de nombreux pays en développement. Son objectif était de trouver un plus juste équilibre, dans la répartition des risques, des droits et des obligations en matière de responsabilité, entre les transporteurs et les chargeurs.

A cette Conférence a été adoptée la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer de 1978 (Règles de Hambourg). Les Règles de Hambourg ont été élaborées sur le modèle de conventions relatives aux transports terrestre et aérien établies postérieurement aux Règles de La Haye, en particulier la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR) et la Convention de Varsovie, qui ont toutes deux subi l'épreuve du concret. Après l'adoption des Règles de Hambourg, on a ressenti la nécessité d'instaurer une certaine uniformité dans le transport multimodal. C'est ainsi qu'a été adoptée la Convention des Nations Unies sur le transport multimodal de marchandises, à la Conférence des Nations Unies pour une convention sur le transport multimodal international de marchandises qui s'est tenue à Genève, en mai 1980, avec la participation de 84 Etats, dont 51 pays en développement.

Sur le plan juridique, l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg et de la Convention sur le transport multimodal aura pour effet de rationaliser les très nombreux régimes de responsabilité qui sont censés s'appliquer aujourd'hui au transport par mer et au transport combiné. Sur les plans économique et commercial, elle aura relativement peu de conséquences. Par rapport au système actuel, elle aura pour effet, en matière commerciale, d'officialiser nombre des pratiques actuelles. Par rapport au système actuel, leur entrée en vigueur se traduira par une meilleure protection des intérêts des chargeurs, et l'industrie des transports devrait pouvoir s'adapter sans grande difficulté aux nouveaux régimes.

A la fin du siècle dernier, les transporteurs maritimes avaient réussi à limiter leur responsabilité pour le transport de marchandises par mer à un point tel que la situation était devenue inacceptable pour les chargeurs et les destinataires. D'où l'adoption aux Etats-Unis, en 1893, de la "loi Harter". La controverse persista néanmoins, et au début de la deuxième décennie du XXème siècle furent engagées des négociations qui conduisirent à l'organisation d'une conférence diplomatique, avec la participation de 26 pays, dont quelques pays en développement, qui adopta à Bruxelles, en août 1924, la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, couramment appelée Règles de La Haye. Les Règles de La Haye sont entrées en vigueur en 1931. Il y a aujourd'hui 77 parties contractantes; le Protocole de Visby, avec les Règles de La Haye, a donné naissance à un régime de responsabilité généralement connu sous le nom de Règles de La Haye-Visby.

Malgré ces activités, on peut dire que les milieux commerciaux ont été obligés de concevoir de nouvelles règles et de nouveaux régimes commerciaux pour répondre aux exigences du progrès concernant la manutention des marchandises et les pratiques documentaires, mais cela montre clairement que même les diverses modifications apportées aux Règles de La Haye sous une forme ou sous une autre ne peuvent plus occulter le fait qu'en raison du progrès technologique, ces Règles sont aujourd'hui dépassées. En outre, de nombreux Etats en sont venus à considérer que leurs intérêts en tant que pays de chargeurs n'étaient pas suffisamment protégés par les Règles en vigueur. C'est pourquoi, en 1968, la CNUCED, à sa deuxième session, a recommandé au Conseil du commerce et du développement de charger la Commission des transports maritimes de créer un Groupe de travail de la réglementation internationale des transports maritimes. Ce Groupe de travail devait notamment étudier des amendements à la Convention internationale de 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement. Le Conseil du commerce et du développement a donc donné, par sa résolution 46 (VII), des instructions en ce sens à la Commission des transports maritimes - laquelle a, par la suite, créé le Groupe de travail par sa résolution 7 (VII)

d'avril 1969. Le droit du transport international de marchandises par mer fait partie intégrante du droit commercial international, car la plupart des marchandises vendues par un pays à un autre sont transportées par mer. L'un des objectifs de la CNUDCI est de promouvoir une plus large acceptation et, le cas échéant, la révision des conventions internationales dans le domaine du droit commercial international.

En s'appliquant à pratiquement tout transport par mer touchant un Etat contractant, les Règles de Hambourg ont une vaste portée géographique, comme l'avaient souhaité la majorité des Etats au sein de la CNUDCI et les Etats participants à la Conférence de Hambourg. Une des raisons en est que, du fait qu'il faut que 20 Etats ratifient la Convention ou y accèdent pour qu'elle entre en vigueur, elle aura une vaste portée géographique dès que cette condition sera remplie. C'est maintenant chose faite, et les Règles de Hambourg s'appliqueront à partir de novembre 1992. Cela incitera à les substituer aux Règles de La Haye, ce qui contribuera à l'uniformité internationale du droit.

L'article 3 des Règles de Hambourg représente une innovation dans le droit du transport international. Il stipule que "dans l'interprétation et l'application de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité d'en promouvoir l'uniformité". Il encourage les Etats contractants à promouvoir l'uniformité de l'interprétation de règles uniformes, ce qui est bien entendu indispensable si l'on veut parvenir à une unification du droit. On peut rappeler ici la question soulevée par M. John O. Honnold, professeur à l'Université de Pennsylvanie, Philadelphie : quels sont les objectifs qui devraient inspirer les travaux de la CNUDCI ? Pour l'interprétation des Règles, on peut en définir quatre : clarté, souplesse, modernisation et équité. Le meilleur moyen de parvenir à la clarté, dans les raisonnements et dans les décisions, est de se concentrer sur des exemples concrets et d'éviter de rédiger dans des langues dans lesquelles les termes juridiques peuvent prêter à confusion. Il faudrait également chercher à améliorer la clarté et la prévisibilité du droit international. Pour ce qui est de la souplesse, nous devrions élaborer des règles uniformes capables de s'adapter aux situations diverses et changeantes du commerce international.

Pour la modernisation, il faudrait des règles optimales pour le commerce international et adaptées aux conditions actuelles.

Pour l'équité, il faudrait partir d'un principe bien établi, de façon que les règles soient équitables pour les deux parties, qu'il y ait des négociations équitables avec les deux parties et que celles-ci soient bien informées.

En interprétant ainsi les Règles de Hambourg, il ne faut pas perdre de vue qu'il ne s'agit pas d'un code complet de droit maritime relatif aux contrats de transport par mer. En ce qui concerne les questions qui ne sont pas abordées dans les Règles de Hambourg, par exemple lorsque des dommages autres que les dommages aux marchandises sont causés par le transporteur ou qu'un faible dédommagement est prévu et qu'il faut calculer les autres pertes de ce type, il sera nécessaire d'appliquer les lois nationales.

Le paragraphe 1 de l'article 21 des Règles de Hambourg donne une liste des lieux où le demandeur peut, à son choix, intenter des procédures judiciaires. Ils sont au nombre de quatre :

a) L'établissement principal du défendeur ou sa résidence;

b) Le lieu où le contrat a été conclu, à condition que le défendeur y ait un représentant;

c) Le port de chargement ou de déchargement;

d) Tout autre lieu désigné à cette fin dans le contrat.

L'un des objectifs de l'unification du droit applicable au transport de marchandises par mer est d'éliminer les avantages et inconvénients relatifs, qui entraîne l'introduction d'une action auprès d'un tribunal particulier. Toutefois, les Règles de Hambourg prévoient une telle diversité de juridictions possibles que le demandeur peut toujours rechercher le for le plus avantageux, en raison par exemple de différences dans les sentences, la durée de la procédure et les frais de justice, les règles de procédure et le caractère exécutoire des sentences.

Avec les Règles de Hambourg, l'arbitrage peut remplacer les procédures judiciaires; les Règles de La Haye ne contiennent aucune disposition sur l'arbitrage, et les Règles de La Haye-Visby ne contiennent, à l'article VIII, que des dispositions limitées sur cette question. Conformément au paragraphe 1 de l'article 22 des Règles de Hambourg, les parties peuvent être convenues que tout litige entrant dans le champ des Règles de Hambourg sera soumis à l'arbitrage. Cet accord doit être constaté par écrit. Le paragraphe 2 du même article dispose qu'une clause compromissoire figurant dans un contrat d'affrètement ne lie pas une partie tierce qui a acquis de bonne foi le connaissement émis conformément à ce contrat d'affrètement, sauf s'il est fait expressément mention de la clause compromissoire dans le connaissement. Les Règles de Hambourg obligent à engager la procédure d'arbitrage, au choix du demandeur, dans l'un des lieux énumérés au paragraphe 3 de l'article 22. La liste est la même que celle du paragraphe 1 de l'article 21. Cette disposition fournit un moyen commode de régler les litiges.

Mais, malgré les efforts déployés dans le cadre des Règles de Hambourg en faveur de l'uniformité d'action et de la souplesse dans le choix du tribunal compétent pour engager une action judiciaire, la question du conflit entre les lois nationales de certains pays et entre les lois nationales et les Règles de Hambourg peut se poser. Pour éviter de telles situations, il faudrait concevoir, sous les auspices des Nations Unies, un mécanisme à même d'exercer une pression coercitive sur les Etats récalcitrants pour qu'ils agissent conformément à l'esprit des Règles de Hambourg, sous peine de l'application de sanctions par l'ONU. Cela aiderait à préserver l'équilibre de l'économie de marché. L'uniformité du droit international sera très difficile à réaliser et, si elle est réalisée, à maintenir, tant que la CNUDCI ne mettra pas sous la protection des Nations Unies la plupart des nations dont les recherches sur la technologie moderne pour la mise au point de toutes sortes de transport, y compris le transport spatial, sont compromises par des sanctions imposées par les nations économiques puissantes pour de seules considérations économiques.

Quel sera le but ultime de l'uniformité des lois telle que la souhaite la CNUDCI, si les nations puissantes souscrivent au principe selon lequel "la puissance est le droit" ? Je pense simplement, sans viser un pays particulier, qu'il y a un risque de voir un pays puissant abuser de ses pouvoirs unilatéralement, arbitrairement, avec pour seule motivation l'intérêt commercial, afin de promouvoir la libre entreprise pour lui-même en la refusant aux autres. Pour aborder les choses en connaissance de cause, il faut suivre le sage conseil de M. Klaus W. Grewlish, directeur général des affaires internationales à Telekom, à Bonn. "La technologie ne saurait être

réduite aux machines. Elle est liée aux connaissances, à la compréhension et à la sagesse. S'il est vrai qu'une partie de ces connaissances existe sous forme objectivée dans les machines et les bases de données, l'essentiel de la technologie et du savoir-faire se trouve dans l'esprit des hommes, leurs attitudes et leurs structures organisationnelles." Pour résoudre les problèmes, il est nécessaire de mettre en place des tribunaux de règlement des conflits, car il semble que l'on s'oriente vers une confrontation ultime entre économies nationales, et de tels tribunaux se révéleront alors des plus utiles. Le droit doit tenir compte de tous les aspects pour atteindre l'objectif en fonction duquel il est conçu.

LENNARD K. RAMBUSCH
Avocat, New York, New York (Etats-Unis d'Amérique); Comité du droit maritime et des transports de l'Association internationale du barreau

Le Comité du droit maritime et des transports de l'Association internationale du barreau est très honoré d'avoir été invité à participer à ce Congrès qui célèbre le vingt-cinquième anniversaire de la création de la CNUDCI. Au nom des 950 praticiens de plus de 60 pays qui font partie de l'Association, j'ai le plaisir d'adresser à la CNUDCI mes vives félicitations et mon respect pour ses travaux et l'encourage pour ses entreprises futures.

Il n'y a pas de doute que dans une économie de plus en plus mondialisée, l'ONU et et la CNUDCI joueront un rôle de premier plan dans l'élaboration d'une législation internationale régissant les relations entre les intérêts commerciaux participant aux échanges internationaux.

Au cours des vingt-cinq dernières années, plusieurs commissions de l'ONU ont participé activement à l'élaboration de conventions sur les transports. Dans le domaine maritime, elles ont repris en partie le rôle qui, depuis 1897, était celui du CMI. Le CMI est une organisation non gouvernementale regroupant les associations nationales de droit maritime d'une cinquantaine de pays. A l'instar de la CNUDCI, il travaille à l'unification du droit maritime et commercial, y compris des coutumes, des usages et des pratiques en matière maritime. De nombreux membres de notre comité participent à ses travaux par l'intermédiaire de leurs associations nationales de droit maritime. Notre comité est en liaison avec le CMI, comme il l'est avec plusieurs commissions de l'ONU. Dans le passé, des représentants de la CNUDCI, de l'Organisation maritime internationale (OMI) et de la CNUCED ont participé à nos réunions, auxquelles ils ont apporté de précieuses contributions. Notre comité s'est vu accorder le statut consultatif par l'OMI.

Ces dernières années, la CNUDCI a de plus en plus recherché les conseils et le concours d'experts de divers domaines, notamment - dans le domaine maritime - auprès de ses organisations soeurs, comme l'OMI, ainsi que d'universitaires et de groupes industriels éminents. Nous voyons dans l'invitation faite à notre comité de participer au présent Congrès un témoignage du désir de la CNUDCI de solliciter les opinions des praticiens en matière maritime. Nous nous félicitons de cette tendance et espérons sincèrement qu'elle débouchera sur une coopération constructive entre la CNUDCI et les membres du barreau dont l'activité est consacrée aux secteurs du droit commercial international que la CNUDCI est en train de revoir et de réviser.

D'autres collègues commenteront la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce

international. Je m'en tiendrai pour ma part à quelques observations sur les Règles de Hambourg, mais je voudrais saisir cette occasion pour dire combien est utile aux praticiens du droit maritime la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international - qui a été adoptée, par exemple, au Canada et récemment à Hong-kong - et qui aidera les praticiens en fournissant le cadre formel nécessaire au règlement des conflits maritimes soumis à arbitrage.

Conventions sur le transport des marchandises par mer

Après dix années d'études et de débats, d'abord sous les auspices de la CNUCED, puis sous la direction de la CNUDCI, les Règles de Hambourg ont été finalisées en 1978, à une conférence diplomatique réunie à Hambourg sous les auspices de la CNUDCI. Le 7 octobre 1991, le dernier des 20 pays requis pour que ces Règles entrent en vigueur a adopté la Convention. Les pays qui ont - à ce jour - adopté les Règles de Hambourg réalisent environ 5,6 % du commerce mondial par mer.

Les Règles de La Haye, promulguées en 1924, ont été modifiées par le Protocole de Visby de 1968 et par le Protocole de 1979 relatif aux droits de tirage spéciaux. Aujourd'hui, 29 pays représentant environ 36 % du commerce maritime mondial ont ratifié ou autrement adopté les Règles de La Haye modifiées par le Protocole de Visby.

Depuis la finalisation des Règles de Hambourg en 1978, la comparaison des régimes de responsabilité de Hambourg et de La Haye-Visby a été au centre d'un débat véritablement historique - non seulement à des conférences diplomatiques, des sessions de travail et des assemblées du CMI, mais aussi à des réunions et séminaires organisés par les associations nationales de droit maritime et des groupes d'avocats internationaux. Par exemple, notre comité a discuté des Règles de Hambourg à la vingt et unième Conférence biennale de l'Association internationale du barreau à Buenos Aires, en 1989, et abordera de nouveau ce sujet à sa prochaine conférence, qui se tiendra à Cannes en septembre 1992.

Des groupes industriels maritimes sont également intervenus dans le débat. D'une façon générale, les propriétaires de navire, les exploitants, les mutuelles de protection et d'indemnisation et les assureurs sur facultés et sur corps sont favorables aux Règles de La Haye-Visby, tandis que de nombreux chargeurs et organisations de chargeurs appuient les Règles de Hambourg.

Le fondement de la responsabilité dans les Règles de Hambourg : article 5

La différence la plus controversée entre les Règles de Hambourg et les Règles de La Haye-Visby réside dans l'article 5 des Règles de Hambourg, qui élimine les exonérations de la faute nautique - les exonérations pour navigation négligente et erreur d'administration prévue par les Règles de La Haye-Visby. En vertu du paragraphe 1 de l'article 5 des Règles de Hambourg, c'est au transporteur qu'il appartient de prouver "... que lui-même, ses préposés ou mandataires ont pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées pour éviter l'événement (résultant des pertes ou dommages subis par les marchandises ainsi que du retard à la livraison) et ses conséquences".

Les dispositions des Règles de Hambourg relatives à la répartition des risques n'énumèrent pas les autres exceptions dont la liste est donnée au paragraphe 2 de l'article IV de la Convention de La Haye. Mais si l'on

compare le critère de Hambourg au critère de La Haye-Visby, on peut faire valoir que, si le transporteur s'acquitte de son obligation en matière de charge de la preuve, la plupart des exceptions figurant sur la liste des Règles de La Haye-Visby, sauf l'erreur de navigation et d'administration, sont comprises - au moins dans une certaine mesure - dans les dispositions des Règles de Hambourg.

Le débat sur les Règles de Hambourg et les Règles de La Haye-Visby semble maintenant être dans l'impasse.

Le 1er novembre 1992, les Règles de Hambourg entreront en vigueur et la communauté maritime connaîtra trois régimes de responsabilité différents : les Règles de La Haye, les Règles de La Haye modifiées par le Protocole de Visby, et les Règles de Hambourg. Le débat se déplacera alors, au moins en partie, des instances internationales comme celles-ci - où ont été élaborées les conventions - aux tribunaux du monde entier. Les dispositions de Hambourg - pour ce qui est de la responsabilité pour les marchandises - seront prises en considération par les tribunaux à la fois dans les pays de droit romain et dans les pays de common law.

Innavigabilité

L'omission de la notion de navigabilité dans les Règles de Hambourg est un autre point susceptible de donner lieu à des litiges. En vertu de la Convention de La Haye, le propriétaire du navire est tenu, avant et au début du voyage, d'exercer une diligence raisonnable pour mettre le navire en état de navigabilité. La jurisprudence des Etats-Unis considère que cette obligation ne peut être déléguée. Par exemple, un propriétaire de navire pourrait louer le meilleur chantier naval du monde pour y faire réparer des panneaux d'écoutille qui fuient. Mais si le chantier naval les répare négligemment, de façon que le propriétaire du navire ne peut, en principe, s'en apercevoir, ce dernier, en vertu de la jurisprudence des Etats-Unis, sera tout de même tenu responsable pour les marchandises, au titre de son obligation non délégable de fournir un navire en état de navigabilité au début du voyage. Il semble qu'en application des Règles de Hambourg, le propriétaire du navire ne serait probablement pas responsable. La location du meilleur chantier du monde satisferait sans doute au critère selon lequel le propriétaire de navire a pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées pour éviter l'événement et ses conséquences.

Il faudra que les pays de common law, en particulier, étoffent leur jurisprudence pour déterminer et vérifier dans la pratique la charge de la preuve et définir des exceptions qui seront invoquées comme étant applicables en vertu des Règles de Hambourg. Il est possible, à mesure qu'évoluera l'interprétation jurisprudentielle, que celles-ci reconnaissent autant d'exceptions qu'il y en a actuellement au titre des Règles de La Haye-Visby.

Il est évidemment impossible de prédire comment trancheront les tribunaux qui pourront être amenés à examiner diverses dispositions des Règles de Hambourg. Ce que l'on peut prévoir, en revanche, c'est qu'il y aura une période de grande incertitude - dont il faut espérer qu'elle s'accompagnera d'efforts, de la part des partisans des Règles de La Haye-Visby et des Règles de Hambourg, pour parvenir à une solution.

La nécessité de poursuivre les discussions

Quoi que l'on puisse dire des conséquences économiques qu'aura pour divers pans de l'industrie maritime la modification de la répartition du

risque de responsabilité en cas de pertes ou dommages subis par les marchandises ainsi que de retard à la livraison au titre des Règles de Hambourg, il est clair que plusieurs éléments incorporés à ces Règles ainsi que les débats qui ont entouré leur élaboration ont incité l'industrie maritime et les avocats spécialisés à s'intéresser au meilleur moyen de prendre en compte l'innovation technologique dans l'industrie des transports, notamment dans les domaines de la conteneurisation, du multimodalisme, des expéditions combinées et des flux électroniques de données.

Il faut féliciter la CNUDCI de s'être rendu compte de la nécessité de se pencher sur ces progrès technologiques et d'avoir fourni le mécanisme permettant de parvenir à des compromis importants.

Il reste à voir si l'objectif de l'uniformité doit être atteint par l'intermédiaire des Règles de La Haye-Visby, des Règles de Hambourg ou par un compromis entre les deux. En tant que praticiens, nous espérons vivement que les partisans de ces conventions coopéreront et s'entendront pour adopter une résolution qui unifiera et harmonisera le droit international relatif au transport de marchandises par mer.

La quête de l'uniformité doit se poursuivre.

GEOFFREY J. GINOS
Avocat, New York, New York (Etats-Unis d'Amérique); Section de la pratique et du droit internationaux, Association du barreau de l'Etat de New York

Je suis reconnaissant et honoré d'avoir l'occasion de m'adresser à vous ce matin au nom de la Section de la pratique et du droit internationaux de l'Association du barreau de l'Etat de New York.

En tant qu'avocat praticien qui ai travaillé dans le monde entier dans les domaines du droit maritime et du droit commercial international général, j'admire particulièrement les efforts déployés par la CNUDCI pour essayer de mettre au point un système uniforme de droit commercial à l'échelle mondiale et je sais que ce sentiment est partagé par mes collègues de la Section. Cela étant dit, je vais maintenant faire quelques brèves observations.

Je voudrais parler de la Convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international et, plus précisément, d'une section de cette Convention qui a donné lieu à une vive controverse pendant les négociations. Il sagit de la définition des termes "exploitant de terminal", que j'aborderai du point de vue de la délégation des Etats-Unis. La question s'est posée de savoir si les stevedores seraient ou non considérés comme entrant dans la définition des exploitants de terminal en tant que "transporteurs", et cela était important pour les conséquences qui en résulteraient, du moins du point de vue des stevedores des Etats-Unis. Schématiquement, il s'agissait de déterminer si ces stevedores, en tant que préposés ou mandataires des transporteurs, bénéficieraient de la protection conférée par les Règles de Hambourg grâce au connaissement ou si, au contraire, toute possibilité d'exonération leur serait refusée.

Je ne vais pas relater toutes les phases du débat, ni analyser les diverses définitions de l'exploitant. Je me contenterai de dire que, finalement, la définition de l'exploitant retenue par la Convention exclut les stevedores.

L'article premier a) de la Convention définit l'exploitant de terminal de transport comme "toute personne qui, dans l'exercice de sa profession, prend

en garde des marchandises faisant l'objet d'un transport international en vue d'exécuter ou de faire exécuter des services relatifs au transport en ce qui concerne ces marchandises dans une zone placée sous son contrôle ou sur laquelle elle a un droit d'accès ou d'utilisation". C'est sur la phrase suivante que porteront mes observations. La définition se poursuit ainsi : "Toutefois, cette personne n'est pas considérée comme un exploitant dès lors qu'elle est transporteur en vertu des règles juridiques applicables au transport..." Et pourtant, nous avons entendu que les Etats-Unis ont tout récemment signé la Convention. A l'évidence, les réserves ou objections qu'ils pouvaient avoir ont été levées. L'explication est simple. D'abord, le préambule de la Convention dispose que : "les Etats contractants ... souhaitant faciliter la circulation des marchandises en établissant des règles uniformes concernant la responsabilité pour les pertes, les dommages et les retards affectant ces marchandises lorsqu'elles sont sous la garde des exploitants des terminaux de transport et ne sont pas régies par le droit des transport découlant des conventions applicables aux divers modes de transport, sont convenus de ce qui suit...".

C'est cette formulation, indiquant que les règles de la Convention ne s'appliquent que lorsque le droit des transports découlant des autres conventions applicables aux divers modes de transport ne s'applique pas, qui constitue l'un des éléments de l'interprétation de la Convention permettant aux stevedores de tirer avantage des Règles de Hambourg.

De plus, l'article 15 de la Convention dispose que cette dernière ne modifie en rien les droits ou obligations qui peuvent résulter d'une convention internationale relative au transport international de marchandises ayant force obligatoire dans un Etat partie à la Convention. C'est là aussi un élément sur lequel s'appuie le point de vue que la délégation des Etats-Unis souhaite faire valoir.

Ainsi, bien que certains aient craint une formulation entraînant l'exclusion totale des stevedores, nous sommes convaincus que le texte final a dissipé leurs inquiétudes, tout en tenant compte des préoccupations des Etats-Unis, dont le droit permet une exonération limitée, dans certaines conditions, des stevedores.

Je souhaiterais faire une dernière remarque à propos de l'article 10, sur un point qui a été soulevé assez tardivement dans l'examen de la Convention. Cet article concerne la sûreté portant sur les marchandises. La première phrase du premier paragraphe stipule que "L'exploitant a un droit de rétention sur les marchandises pour les frais et les créances exigibles liés aux services relatifs au transport qu'il a exécutés en ce qui concerne les marchandises pendant ou après la période durant laquelle il en est responsable". Le mot "exigibles" a suscité quelque préoccupation. L'exploitant, c'est-à-dire l'exploitant de terminal, a un droit de rétention sur les marchandises pour les frais et les créances exigibles.

Il est probable que, lorsque la Convention sera soumise au Congrès des Etats-Unis - et plus précisément au Sénat - une précision ou une note indiquera que les Etats-Unis interprètent cette référence à des sommes exigibles par l'exploitant de terminal comme une référence aux sommes qui lui sont dues par les propriétaires des marchandises ou les chargeurs ayant sur elles un droit réel. En d'autres termes, il ne s'agit pas que l'exploitant ait un privilège sur les marchandises lorsque ces chargeurs ne lui doivent rien et sont innocents, et que les sommes exigibles sont dues, par exemple, par le transporteur.

4. Débat

GEOFFREY JONES
Union internationale des assureurs maritimes

Je voudrais, au nom de l'Union internationale des assureurs maritimes (UIAM), faire quelques remarques sur les Règles de Hambourg. Trois questions se posent à propos du thème que nous examinons : l'uniformité du droit, l'aspect économique (rapport coût-efficacité) et l'équité. S'agissant de la première, l'adoption des Règles de Hambourg nous laissera, comme cela a été dit, avec trois régimes - les Règles de La Haye dans environ 57 pays, le Protocole de Visby dans peut-être 31 pays et les Règles de Hambourg dans 20 pays. Cela n'est pas pour promouvoir l'uniformité : pareille situation favorise au contraire l'incertitude et la confusion et peut conduire à la recherche du for le plus avantageux. Dans l'hypothèse improbable où les Règles de Hambourg seraient adoptées universellement, il y aurait de nombreuses années d'incertitude, car les tribunaux interpréteraient les Règles pour nous. Si, près d'un demi-siècle après leur mise au point, les Règles de La Haye donnent encore lieu à des litiges, il n'y a guère de chances que l'une quelconque des personnes ici présentes voie un jour les Règles de Hambourg définies. Il faut faire un gros effort d'imagination pour conclure que les Règles de Hambourg conduisent tant soit peu à l'uniformité.

Pour ce qui est de l'aspect économique, les primes d'assurance et le fret, qui incluent les pertes du transporteur et les frais d'assurance, sont tous répercutés sur les propriétaires des marchandises et ensuite sur le consommateur. Il est donc souhaitable de les maintenir aussi bas que possible. On a dit que le régime de Hambourg transférerait une partie de ces dépenses des propriétaires des marchandises aux propriétaires de navires. Le fret augmenterait alors en conséquence, mais il ne faudrait pas en déduire que les tarifs d'assurance des marchandises diminueraient nécessairement dans les mêmes proportions. Il est probable au contraire qu'ils augmenteraient pour tenir compte du coût accru du processus de recouvrement, en raison de la nécessité d'engager des avocats pour faire face à la multiplication des recours. On n'a pratiquement jamais entendu parler d'insolvabilité des assureurs des marchandises, mais les propriétaires de navires ne sont soumis à aucune obligation en matière de solvabilité et font régulièrement faillite, ce qui ne donne aucune certitude aux propriétaires des marchandises quant au recouvrement de leurs créances. Or, accroître les dépenses et l'incertitude du processus de recouvrement n'est pas fait pour améliorer le rapport coût-efficacité.

La dernière question est celle de l'équité. En annonçant les Règles de Hambourg, la CNUCED a indiqué que l'importance de la nouvelle Convention résidait dans le fait qu'elle profiterait spécialement aux pays en développement. S'il en avait vraiement été ainsi, la Convention aurait probablement été accueillie avec plus d'enthousiasme par les grands pays maritimes que cela n'a été le cas. En réalité, personne n'a encore été capable de démontrer sérieusement comment les pays en développement bénéficieraient effectivement du changement de régime proposé.

Les assureurs maritimes fournissent aux échanges mondiaux des services financiers et pratiques. Leur travail et leur expérience leur permettent de bien connaître les éléments qui créent un environnement favorable au développement prospère du commerce international. Le contrat d'assurance maritime est un élément essentiel des contrats qui sont à la base des échanges internationaux. Ce qui est bon pour le commerce l'est pour le secteur des assurances. Il est donc fondamental que ce secteur se fasse entendre lorsque

sont promues de nouvelles idées, bonnes ou mauvaises. Comme il faudra toujours contracter des assurances sur les marchandises et des assurances contre le risque de guerre, les assureurs maritimes ne seront guère affectés par la promulgation éventuelle des Règles de Hambourg. Certains pourront même en profiter. La raison pour laquelle tant de souscripteurs individuels, de sociétés, d'associations d'assurances maritimes nationales ainsi que l'UIAM ont contesté la valeur des Règles de Hambourg est tout simplement que celles-ci ne répondent pas aux conditions définies ci-dessus. Les avantages techniques ou juridiques qu'elles sont censées apporter sont largement neutralisés par leurs inconvénients sur les plans financier et pratique. La situation du commerce mondial serait certainement beaucoup plus satisfaisante si l'on révisait et actualisait le régime actuel au lieu de l'abandonner. Tel est le point de vue de l'UIAM, qui reste donc opposée aux Règles de Hambourg.

PROFESSEUR SAMIA EL-SHARKAWI
Professeur de droit commercial, Université du Caire, Le Caire (Egypte)

Si l'on peut considérer que, par rapport aux Règles de La Haye, les Règles de Hambourg marquent une évolution importante en matière de responsabilité du transporteur en faveur du chargeur, pour certains aspects tels que les limites de la responsabilité, les pertes résultant d'un incendie, les animaux vivants et les marchandises en pontée, elles ne constituent pas, en revanche, un progrès sensible sur un point que l'on peut considérer comme étant au coeur de la question, à savoir le fondement de la responsabilité. D'après les Règles de La Haye, le transporteur est tenu d'exercer une diligence raisonnable pour mettre le navire en état de navigabilité avant le voyage et à son début. Il est tenu aussi de transporter les marchandises avec une diligence raisonnable. En conséquence, il sera responsable des pertes subies par les marchandises, à moins qu'il ne prouve l'une des exceptions énumérées à l'article 4 des Règles de La Haye. D'après l'article 5 des Règles de Hambourg, le transporteur est responsable des pertes ou dommages subis par les marchandises pendant que celles-ci étaient sous sa garde, à moins qu'il ne prouve que lui-même, ses préposés ou mandataires avaient pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées pour éviter l'événement et ses conséquences.

Bien que l'on considère généralement que la responsabilité du transporteur, en vertu des Règles de Hambourg, est fondée sur le principe de la faute supposée, autrement dit qu'il s'agit d'une responsabilité objective, il est très facile de prouver que le transporteur a pris toutes les mesures nécessaires pour éviter la perte. En pareil cas, il serait exonéré de responsabilité. Par conséquent, la position privilégiée conférée au transporteur par les Règles de La Haye serait maintenue dans le cadre des Règles de Hambourg, si l'on considère l'opinion dominante selon laquelle sa responsabilité en vertu des Règles de La Haye est fondée sur une obligation de résultat, d'après les différents systèmes juridiques, compte tenu des 17 exceptions énumérées à l'article 4. Autrement dit, le fondement de la responsabilité ressortirait, dans les Règles de Hambourg, de l'obligation de moyens. Le transporteur peut être exonéré s'il prouve qu'il a pris des mesures nécessaires pour éviter la perte, tandis qu'en vertu des Règles de La Haye, il peut aussi être exonéré s'il prouve l'une des 17 exceptions énoncées à l'article 4.

Pour conclure, dans la mesure où les conséquences de la responsabilité du transporteur seraient identiques selon les Règles de La Haye et selon celles de Hambourg, il est peu probable que l'application de ces dernières entraîne la baisse attendue des dépenses d'assurance maritime. A mon avis, avec les Règles de Hambourg, on reprend d'une main au chargeur ce qu'on lui a donné de l'autre.

PROFESSEUR JOHN HONNOLD
Université de Pennsylvanie, Philadelphie, Pennsylvanie (Etats-Unis d'Amérique)

Le professeur Joko Smart, qui a ouvert le débat ce matin, a parlé à juste titre de ses préoccupations concernant les intérêts des pays en développement. Cependant, il y a de grands pays développés qui se préoccupent, comme lui, des droits des vendeurs et des acheteurs qui expédient et reçoivent des marchandises, c'est-à-dire les chargeurs, et qui sont donc intéressés par les Règles de Hambourg. Il ne s'agit pas là d'une lutte entre pays développés et pays en développement.

Toutefois, certains pays, quoique développés, ont des législateurs qui ne le sont pas autant, du moins en ce qui concerne leur aptitude à résister aux pressions. Ils sont impressionnables et ont été découragés par les attaques militantes des représentants professionnels organisés des transporteurs maritimes dont le principal argument en l'occurrence comme pour la plupart des textes législatifs importants, est que cette nouvelle loi compromettrait la clarté et l'uniformité mondiale établies par les Règles de La Haye/Visby. Tous ceux qui s'intéressent sérieusement à la question savent qu'il s'agit là d'un mythe. Les Règles de La Haye/Visby n'abordent même pas les problèmes les plus importants dans le secteur du transport maritime moderne et la jurisprudence internationale, qui s'efforce de trouver des solutions à ces problèmes pays par pays, est, en l'absence de toute disposition juridique internationale, dans la confusion la plus totale. Je suis honteux d'avouer qu'il y a même des conflits entre les tribunaux fédéraux aux Etats-Unis.

La crainte d'assister à une multiplication des litiges sur la base des Règles de Hambourg est dans le cas présent, comme souvent lorsque de nouvelles lois sont proposées, exagérée. En effet, les Règles de Hambourg abordent de front les problèmes actuels du transport maritime. Je suis moi-même en train d'écire un rapport destiné à dénoncer ce mythe. Il m'est impossible de recueillir des jugements dans tous les pays. Si quelqu'un ici est en mesure de m'aider dans mes recherches, qu'il me le fasse savoir, il en sera royalement récompensé par une référence dans une note de bas de page.

Un dernier point. Le pays développé où je vis, bien que signataire de la Convention de Hambourg, a un handicap particulier. La ratification exige une majorité des deux tiers au Sénat et il est facile d'effrayer un tiers de notre Sénat, ne serait-ce qu'avec des mythes. Je terminerai donc en demandant de l'aide aux pays qui n'ont pas ce type de problème.

D. JACOBSEN
Avocat, New York, New York (Etats-Unis d'Amérique)

La question qui me préoccupe a trait au paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants des terminaux de transport dans le commerce international. Le sujet a déjà été abordé par M. Beraudo et, il y a quelques minutes, par M. Geoffrey Jones, concernant notamment le passage où il est dit que l'exploitant a un droit de rétention sur les marchandises pour les frais et les créances exigibles liés aux services relatifs au transport qu'il a exécutés.

Prenons un service de lignes régulières et un propriétaire de marchandises qui a un conteneur pour lequel il a payé le fret dû au titre du connaissement et supposons qu'il y a un litige entre l'exploitant du terminal

et le transporteur; la marchandise servira alors de gage dans le litige opposant le transporteur et l'exploitant. En d'autres termes, le propriétaire des marchandises ne sera pas partie au différend, mais il ne pourra récupérer son bien, ce qui est injuste. Je sais bien que les auteurs de la Convention ne l'entendaient pas ainsi, mais les faits sont là. Cette question a fait l'objet de longs débats lors de la réunion de la Maritime Law Association des Etats-Unis qui s'est tenue début mai à New York. Elle a également été étudiée par l'American Institute of Marine Underwriters.

JEAN-PAUL BERAUDO
Président de la première Commission de la Conférence des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international;
Président de la Cour d'appel de Grenoble (France)

Je m'efforcerai de répondre à la question soulevée par M. Jacobsen. Le premier paragraphe de l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international précise les cas dans lesquels l'exploitant a le droit de retenir les marchandises. Ce droit de rétention des marchandises peut être exercé une fois que le montant est dû à l'exploitant au titre des services qu'il a exécutés en ce qui concerne les marchandises pour lesquelles il revendique ce droit. Cet article ne fait pas de distinction selon que la dette ou le non-paiement est le fait du transporteur ou du propriétaire des marchandises. En outre, dans la pratique, le prix payé au titre du contrat de transport par le chargeur couvre expressément les opérations de chargement et de déchargement des marchandises. Si le transporteur qui a été payé pour ses services ne paie pas le montant dû au cours du chargement et du déchargement des marchandises, alors l'exploitant du terminal qui a exécuté l'opération de chargement et de déchargement peut exercer son droit de rétention des marchandises. La conférence qui a adopté la Convention avait prévu ce cas. La solution qu'elle a retenue est énoncée dans le deuxième paragraphe de l'article 10. Le propriétaire des marchandises peut choisir de payer directement l'exploitant du terminal de transport ou de déposer entre les mains d'un tiers une garantie suffisante pour libérer les marchandises. L'exploitant du terminal de transport bénéficiant de la garantie est alors tenu de libérer les marchandises et il faut déterminer quels sont les droits respectifs du transporteur et de l'exploitant. J'estime que dans les paragraphes 1 et 2 de l'article 10, la conférence a, à cet égard, énoncé une règle et un principe qui satisfont les intérêts de l'exploitant du terminal de transport, ainsi qu'une règle subsidiaire sur la conciliation et les garanties qui tient compte des intérêts du propriétaire des marchandises.

B. Règlement des différends

1. Quelques questions d'ordre pratique concernant la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)

ALBERT JAN VAN DEN BERG
Professeur et avocat, Amsterdam; membre du Conseil international d'arbitrage commercial; Vice-Président de l'Institut d'arbitrage des Pays-Bas

La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) est généralement considérée comme l'instrument ayant eu le succès le plus important en matière de droit privé international. Bien que la CNUDCI, avec toute la modestie qui la caractérise, ne s'en attribue pas le mérite, il faut reconnaître publiquement qu'elle a

néanmoins largement contribué à son succès. Il suffit pour s'en convaincre de regarder les chiffres : grâce aux efforts de promotion qu'elle a déployés dès sa création en 1967 en faveur de la ratification de la Convention, celle-ci, qui ne comptait alors que 31 Etats parties, en compte aujourd'hui, vingt-cinq ans plus tard, 85.

Le succès de la Convention est reflété non seulement par le nombre d'Etats parties mais également par les décisions rendues par les tribunaux dans le monde entier concernant son interprétation et son application. Ces décisions ont été répertoriées et analysées dans le Yearbook of Commercial Arbitration depuis le premier volume de la collection paru en 1976. Les 17 volumes déjà publiés recensent plus de 475 affaires dans 35 Etats parties, qui montrent que les tribunaux en règle générale interprètent et appliquent la Convention de manière favorable. On peut même dire que celle-ci est remarquablement bien acceptée puisque les renvois à l'arbitrage, qui constituent la première mesure envisagée, n'ont été refusés que dans 5 % des cas seulement et que le pourcentage de refus d'exécution des sentences arbitrales par les tribunaux, qui est la deuxième mesure prévue par la Convention, est encore plus impressionnant puisqu'il n'est que de 2 %.

Au vu de ces chiffres, on est tenté de penser que la Convention ne présente pour ainsi dire pas de problème. Dans une large mesure, c'est effectivement le cas en dépit, devrais-je ajouter, de son libellé qui n'est pas toujours clair puisqu'il est parfois le résultat d'un compromis.

Pourtant, la Convention pose certains problèmes pratiques. J'en ai retenu six, que vous trouverez dans le résumé N° 20 qui vous a été distribué.

Avant de les aborder, je souhaiterais cependant dire quelques mots quant aux solutions proposées qui figurent également dans le résumé. Il convient ici d'établir une distinction entre : i) une solution qui peut être le résultat d'une interprétation raisonnable de la Convention, et ii) une solution qui n'est guère susceptible d'être trouvée par une interprétation raisonnable de la Convention et qui doit par conséquent être recherchée ailleurs.

En ce qui concerne les solutions susceptibles d'être trouvées par interprétation, j'estime que cette interprétation doit pouvoir être facilement acceptée par les tribunaux d'une très grande variété de juridictions, ce qui élimine tout ce qui serait clairement contraire au système créé par la Convention et à son libellé. Il convient également d'éliminer certaines interprétations que l'on pourrait considérer comme étant le résultat d'une réflexion de spécialistes. Je considère en effet que l'interprétation doit être formulée de façon à être facilement comprise par les magistrats et les praticiens partout dans le monde. Si ces principes, qui définissent ce que j'appelle une "interprétation raisonnable", ne sont pas respectés, le degré actuel de certitude offert par la Convention risque de disparaître.

Diverses options sont possibles quand l'interprétation n'apparaît guère susceptible de résoudre les problèmes qui se posent. Tout d'abord, on peut élaborer un nouvel instrument. Une telle option présenterait l'avantage de permettre de résoudre les problèmes de manière uniforme au niveau supranational. De plus, elle offrirait l'occasion de mettre à jour la Convention, qui a maintenant près de 34 ans. Toutefois, un délai important s'écoulera avant qu'un nombre suffisant d'Etats y adhèrent et, dans l'intervalle, l'incertitude régnera quant au régime à appliquer.

La deuxième option consiste à réviser la Convention actuelle, par exemple au moyen d'un protocole. Elle offre les mêmes avantages et inconvénients que la première, c'est-à-dire qu'elle permettrait elle aussi de résoudre les problèmes au niveau supranational, mais qu'un certain délai sera nécessaire avant qu'une telle modification, par le biais d'un protocole ou de tout autre moyen, entre en vigueur.

La troisième option consiste en l'adoption d'une loi type énonçant une loi d'application uniforme de la Convention. Comme vous le savez peut-être, un certain nombre de pays ont adopté une loi d'application, par exemple le chapitre 2 de la Loi fédérale sur l'arbitrage aux Etats-Unis et la loi britannique sur l'arbitrage de 1975. Or, ces lois d'application diffèrent sensiblement. Une loi type présenterait l'avantage d'énoncer une loi d'application uniforme et donc d'éliminer toutes les différences et de résoudre les problèmes au moyen de dispositions appropriées. De plus, elle pourrait être plus facilement acceptable qu'un nouvel instrument international ou qu'un protocole à la convention existante. Une telle option présente toutefois plusieurs inconvénients : l'adoption d'une loi d'application n'est pas toujours indispensable pour qu'une convention s'applique sur le plan interne; un délai important peut s'écouler avant qu'elle soit adoptée par un nombre suffisant d'Etats, et enfin, du fait qu'il s'agit d'une loi type, les Etats seront libres de s'en écarter.

La quatrième option, enfin, consiste à adopter la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui incorpore la Convention de New York en son article 36. Elle peut être appliquée en lieu et place de la Convention aussi bien pour ce qui est du renvoi par un tribunal pour arbitrage que de l'exécution d'une sentence arbitrale rendue dans un autre Etat. La Convention de New York, au paragraphe 1 de l'article VII, prévoit la possibilité pour les parties de se prévaloir de la législation du pays où la sentence est invoquée, si celle-ci est plus favorable que la Convention à l'exécution d'une sentence arbitrale rendue dans un autre pays.

Cela étant dit, je vais maintenant passer brièvement en revue les six problèmes qui se posent dans la pratique et qui ont été repris dans le résumé et décrire pour chacun de ces problèmes, quelle en est l'origine ainsi que la solution que je suggère.

Problème 1

Le champ d'application de la Convention doit-il être précisé s'agissant de ce que l'on entend par le lieu où la sentence est rendue (art. ler, par. 1) ?

L'origine du problème

L'article premier de la Convention stipule, en son paragraphe 1, que la Convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales "rendues sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentencs sont demandées".

Le problème qui se pose est illustré par une décision récente de la Chambre des lords britannique dans le cas de l'affaire Hiscox. L'arbitrage était à tout point de vue britannique : les deux parties étaient britanniques, les audiences se sont déroulées à Londres, le contrat était régi par le droit britannique et l'arbitre était un Queen's Counsel. Sur le texte de la sentence, juste au-dessus de la signature, l'arbitre avait inscrit "fait à Paris, France, en ce vingtième jour du mois de novembre 1990". Pourquoi ?

Tout simplement parce qu'il était employé au bureau français d'un cabinet d'avocats américain et résidait à l'étranger, c'est-à-dire à Paris.

Lors de la procédure d'annulation de la sentence devant les tribunaux britanniques, la question s'est posée de savoir si cette procédure était recevable. L'une des parties a avancé que la sentence avait été rendue à Paris et qu'elle était par conséquent régie par la Convention de New York. La Chambre des lords a effectivement considéré que comme la sentence avait été signée à Paris, donc qu'elle avait été rendue à Paris et que par conséquent la Convention s'y appliquait effectivement.

Cette interprétation pose toutefois un certain nombre de problèmes. L'un de ces problèmes est essentiellement d'ordre pratique : afin de signer la sentence, les arbitres doivent se déplacer et se rendre jusqu'au lieu où celle-ci est rendue. Or, cela est contraire à la pratique actuelle qui veut que la sentence soit adressée pour signature aux divers membres du tribunal arbitral. L'interprétation de la Chambre des lords peut par conséquent entraîner une augmentation sensible du coût de l'arbitrage.

Solution suggérée

Le problème peut être résolu par une interprétation raisonnable de la Convention. Il est généralement admis que la sentence doit être rendue au lieu d'arbitrage. En d'autres termes, comme l'énonce la Loi type de la CNUDCI en son article 31-3 "la sentence est réputée avoir été rendue [au] lieu [de l'arbitrage]". Par conséquent, le fait de chercher à déterminer le lieu où la sentence a été rendue aux fins de la Convention revient à chercher à déterminer le lieu de l'arbitrage et non, contrairement à ce que pensait la Chambre des lords, le lieu où la sentence a été signée.

La pratique actuelle, que de nombreuses lois relatives à l'arbitrage rendent obligatoire, consiste à préciser sur la sentence le lieu de l'arbitrage. Si les arbitres omettent de le préciser, il est alors possible de solliciter l'accord des parties ou de demander au tribunal arbitral de le spécifier au cours de la procédure.

L'application de ces règles devrait, selon moi, éviter l'apparition de problèmes.

Problème 2

Faut-il préciser si le champ d'application de la Convention englobe également les sentences "a-nationales", c'est-à-dire résultant d'un arbitrage qui, par convention entre les parties, ne fait référence à aucune législation nationale en la matière ?

L'origine du problème

Dans le contexte de la Convention de New York, l'arbitrage dénationalisé est une exception puisque dans la pratique un arbitrage est presque toujours régi par la législation pertinente du lieu où il a été rendu, ce que confirment les 475 décisions en rapport avec la Convention signalées jusqu'à présent.

La Cour suprême des Pays-Bas semble, au vu de la décision rendue en 1973 dans la célèbre affaire SEEE contre Yougoslavie, être l'une des trois instances qui estiment qu'une sentence "a-nationales" entre dans le champ d'application de la Convention. Les deux autres instances qui partagent cette

opinion sont la Cour d'appel de Rouen (France) qui s'est prononcée à l'occasion de la même sentence concernant l'affaire SEEE contre Yougoslavie et, aux Etats-Unis, la Cour d'appel du neuvième circuit qui, à l'occasion de l'affaire Gould contre Iran, a avancé le concept d'arbitrage dénationalisé dans le cadre de la Convention et de la catégorie spéciale d'arbitrages rendus dans l'affaire République islamique d'Iran-Etats-Unis d'Amérique.

Solution suggérée

Ce problème peut lui aussi être résolu par une interprétation raisonnable. Il est possible de préserver la simplicité et la clarté de la Convention si on considère que celle-ci ne s'applique pas aux arbitrages dénationalisés. Une telle interprétation s'appuie sur des bases solides puisque si l'on rapproche l'article premier des alinéas 1 a) et 1 e) de l'article V de la Convention, on constate que celle-ci stipule que la sentence arbitrale doit être fondée sur un arbitrage régi par une législation nationale pertinente, ce que confirment les travaux préparatoires de la Convention.

D'une manière plus générale, le champ d'application de la Convention devrait, selon moi, être limité à ce que l'on entend généralement par arbitrage. Elle a un objet précis dont les limites ne devraient pas être rendues floues par ce que l'on pourrait qualifier de procédures "sauvages", telles que l'arbitrage dénationalisé ou d'autres moyens de règlement des différends par médiation ou conciliation. L'élargissement du champ de la Convention à ce type de procédures, proches de l'arbitrage, créerait une grande confusion en raison de la nature juridique incertaine de ces procédures.

Problème 3

Le fait que la sentence doive être rédigée par écrit est-il trop contraignant du point de vue du commerce international (art. II-1 et 2 de la Convention) ? En particulier, la Convention :

a) Devrait-elle valider une acceptation tacite d'un contrat contenant une clause compromissoire ?

b) Devrait-elle admettre une clause compromissoire figurant dans les conditions types ?

L'origine du problème

L'article II-2 de la Convention de New York est ainsi libellé : "On entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signé par les parties ou contenu dans un échange de lettres ou de télégrammes". Il en résulte que, pour être valable, le compromis ou la clause compromissoire doit :

- Soit être inséré dans un contrat signé par les deux parties, auquel cas, bien évidemment aucun problème ne se pose;

- Soit être contenu dans un échange de correspondance. Toute acceptation tacite est donc exclue, et c'est alors que le problème peut apparaître. Il arrive en effet régulièrement qu'une fois un contrat conclu, par exemple par téléphone, l'une des deux parties confirme l'achat ou la vente par courrier à l'autre partie et que cette dernière ne renvoie pas le courrier. Puis, pendant ou après l'exécution du contrat, en cas de différend, la partie qui a reçu confirmation invoque l'absence de validité formelle du contrat au

motif que la clause compromissoire ne figure pas dans la correspondance échangée, comme prévu à l'article II, paragraphe 2, de la Convention. Une telle situation ne peut se produire au regard de la plupart des législations nationales en matière d'arbitrage étant donné que celles-ci sont moins strictes que la Convention de New York en ce qui concerne la forme du compromis ou de la clause compromissoire.

Pour ce qui est d'une clause compromissoire incorporée dans les conditions types, la Convention de New York est totalement silencieuse à ce sujet. Or, les conditions types sont fréquemment utilisées dans les échanges internationaux de sorte qu'il convient de trouver des solutions appropriées.

Solution suggérée

Le problème énoncé à l'alinéa a) ci-dessus peut être résolu par une interprétation raisonnable de la Convention. Les conditions de forme prévues à l'article II, paragraphe 2 sont généralement considérées comme une règle de droit uniforme et comme des conditions à la fois maximum et minimum, de sorte que les conditions imposées ne peuvent être ni plus strictes ni moins strictes. Certes, l'échange de correspondance peut être interprété de façon non restrictive, en ce sens que la réalité d'un tel échange est facilement admise. Cela ne résoud cependant pas tous les problèmes, et une interprétation du texte de la Convention pourrait alors s'avérer utile. On pourrait en effet interpréter les mots "on entend par ..." comme signifiant "on entend, entre autres, par ...". Ainsi, un tribunal pourrait accepter un compromis écrit mais qui n'a été accepté que tacitement, sous réserve que cette acceptation soit valable au regard de la législation applicable.

Je m'empresse d'ajouter qu'une telle interprétation n'a guère été proposée jusqu'à présent dans le cadre de la Convention de New York. Elle est cependant possible car elle n'est pas contraire au texte de la Convention et serait conforme aux besoins actuels du commerce international.

Je pense qu'une telle interprétation est raisonnable, mais si elle n'est pas acceptée, il semblerait que la solution consisterait alors à adopter une des trois mesures figurant dans le résumé.

Le problème décrit à l'alinéa b), à savoir l'incorporation de la clause compromissoire dans les conditions types, peut également être résolu par une interprétation raisonnable de la Convention. Les tribunaux ont établi que dans les affaires auxquelles s'appliquait la Convention de New York, si la cause compromissoire est imprimée au verso d'un contrat, la simple mention au recto du contrat d'une référence générale aux conditions figurant au verso est suffisante. Si les conditions types figurent sur un autre document, la clause du contrat y faisant référence doit être plus précise et appeler spécifiquement l'attention sur la clause compromissoire dans les conditions générales. Les praticiens sont de plus en plus conscients de la nécessité de telles références étant donné que de plus en plus de contrats types contiennent de telles clauses de référence qui appellent spécifiquement l'attention sur la clause compromissoire figurant dans les conditions types.

Cette interprétation concernant les conditions types est également contenue dans la Loi type de la CNUDCI dont l'article 7-2 stipule : "La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat".

Problème 4

La Convention devrait-elle préciser la nature des conventions d'arbitrage susceptibles de faire l'objet d'un renvoi en vertu de l'article II-3 ?

L'origine du problème

L'article II-3 de la Convention concerne la première mesure envisagée par celle-ci. Il stipule que le tribunal d'un Etat contractant saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage renverra, à la demande de l'une d'elles, les parties à l'arbitrage. La Convention ne précise toutefois pas les caractéristiques que doit présenter la convention d'arbitrage pour qu'il puisse y avoir renvoi en vertu de l'article II-3.

Solution suggérée

Ce problème peut-être résolu par une interprétation raisonnable de la Convention. Pour pallier le manque de précisions de la Convention, on pourrait interpréter l'article II-3 sur la base de l'article premier qui définit le champ d'application de la Convention pour ce qui est des sentences arbitrales. L'article premier concerne principalement une sentence prononcée dans un Etat autre que celui où la reconnaissance et l'exécution de cette sentence sont demandées. Par conséquent, l'article II-3 peut être réputé applicable à une convention prévoyant un arbitrage dans un autre Etat. C'est l'interprétation qui en est généralement faite par les tribunaux des Etats parties.

Deux autres catégories de conventions d'arbitrage peuvent toutefois être à l'origine de problèmes plus difficiles à résoudre, à savoir les conventions prévoyant un arbitrage dans l'Etat dans lequel elles sont invoquées et, deuxièmement, les conventions qui ne précisent pas le lieu d'arbitrage. Il est clair que l'article II-3 ne s'applique pas aux conventions d'arbitrage purement internes. Les critères qu'il serait possible de retenir pour l'application de l'article II-3 dans ces deux cas de figure pourraient donc être : a) la nationalité étrangère d'au moins une des parties; et/ou b) l'existence d'un élément international en rapport avec le contrat objet de la convention d'arbitrage. Les lois d'application, pas plus que les tribunaux, ne sont pour l'instant pas unanimes à retenir ces critères dans le cas d'une convention d'arbitrage prévoyant que celui-ci sera rendu dans l'Etat dans lequel la convention est invoquée.

A cet égard, je dois préciser que ce type de problème ne se poserait pas dans un pays qui aurait adopté la Loi type de la CNUDCI. Celle-ci oblige, en effet, simplement un tribunal à renvoyer à l'arbitrage international, que le lieu de l'arbitrage soit ou non situé dans le pays où la convention d'arbitrage est invoquée (art. 8-1) lu en conjonction avec le paragraphe 2 de l'article premier).

Problème 5

En ce qui concerne le refus d'exécution de la sentence prévu à l'article V-1 d) de la Convention, l'exécution doit-elle être refusée :

a) Si la convention d'arbitrage conclue entre les parties est contraire aux dispositions contraignantes de la législation applicable du lieu d'arbitrage;

b) Si, en l'absence d'une convention entre les parties, quant à la procédure d'arbitrage, celle-ci n'est pas conforme à une disposition, contraignante ou non, de la législation du lieu d'arbitrage.

L'origine du problème

L'article V-1 d) de la Convention prévoit que l'exécution d'une sentence peut-être refusée si le demandeur peut prouver "... que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays ou l'arbitrage a eu lieu". Cela signifie que l'existence d'une convention entre les parties quant à la composition du tribunal arbitral et la procédure d'arbitrage est le principal élément, et que ce n'est qu'en l'absence d'une telle convention que la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu sera prise en compte.

Que se passe-t-il si, contrairement à la convention entre les parties, les règles contraignantes du pays où l'arbitrage a eu lieu ont été suivies ? Par exemple si la convention d'arbitrage prévoit la présence de deux arbitres alors que la législation du pays impose un nombre d'arbitres impair. Si l'arbitrage a été prononcé par un nombre d'arbitres impair, peut-on en refuser l'exécution au motif qu'il n'était pas conforme à la convention entre les parties ? L'existence de situations de ce type a conduit à des décisions différentes. Les tribunaux italiens ont refusé d'exécuter la sentence alors que les tribunaux espagnols et des Etats-Unis considèrent au contraire que les règles contraignantes du pays d'arbitrage prévalent.

Solution suggérée

Le problème peut être résolu par une interprétation raisonnable de la Convention. En effet, et sans entrer dans les détails, si on ne considère pas l'alinéa 1 d) isolément mais si on le replace dans le cadre de l'article V dans son ensemble, on constate que les dispositions contraignantes de la législation des pays où l'arbitrage a lieu s'imposent dans tous les cas.

Il en est de même pour ce qui est des dispositions non contraignantes. Toutefois, on peut admettre qu'un tribunal chargé de faire exécuter la sentence peut ignorer une violation mineure de ladite loi si l'on se réfère au libellé de la première phrase de l'article V.

Problème 6

En ce qui concerne les motifs de refus d'exécution de la sentence énoncés à l'article V-2 de la Convention :

a) La Convention devrait-elle établir explicitement une distinction entre l'aspect procédural et l'aspect substantif ?

b) La Convention devrait-elle expressément faire référence à la notion d'ordre public "international" comme motif de refus d'exécution ?

L'origine du problème

Aux termes de l'article V-2 b) de la Convention, la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate "que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays". L'article n'établit cependant aucune distinction

entre la procédure et le fond, pas plus qu'il ne limite l'ordre public à ce que l'on appelle l'ordre public "international".

Dans la pratique, les tribunaux tiennent compte aussi bien de la procédure que du fond lorsqu'ils se réfèrent à la Convention. En ce qui concerne les questions de procédure, on peut se demander s'il n'y a pas répétition des motifs de refus énoncés à l'alinéa 1 b) du même article V, qui stipule que l'exécution peut être refusée si la partie contre laquelle la sentence est invoquée peut démontrer qu'elle n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou de la procédure d'arbitrage, ou qu'il lui a été impossible, pour une autre raison, de faire valoir ses moyens (c'est ce que l'on appelle les garanties de procédure). La différence entre le premier et le second paragraphe de l'article V tient au fait que les motifs de refus d'exécution énoncés au premier paragraphe doivent être avancés et prouvés par la partie contre laquelle la sentence est invoquée, alors que ceux énoncés au second paragraphe peuvent être invoqués directement par le tribunal chargé de l'exécution.

Le fait de se limiter à l'ordre public international a pour conséquence que le nombre de questions pouvant être pris en compte risque d'être moins important que si l'on se réfère à l'ordre public interne. Par conséquent, les particularités locales auront une influence moins grande sur le processus d'arbitrage international.

Solution suggérée

Les deux problèmes peuvent être résolus par une interprétation raisonnable de la Convention. En ce qui concerne la distinction entre la procédure et le fond, il importe peu que les violations des garanties de procédure soient prévues par deux dispositions distinctes. En fait, il semble au contraire justifié qu'elles figurent également parmi les motifs de trouble de l'ordre public que le tribunal peut invoquer de sa propre autorité. Cela pourrait même être particulièrement approprié quand la partie contre laquelle la sentence est invoquée ne participe pas à la procédure d'exécution : le tribunal a alors en effet encore la possibilité de bloquer celle-ci en cas de violation grave.

En ce qui concerne l'ordre public international, c'est l'interprétation de plus en plus fréquemment retenue par les tribunaux. De ce fait, il ne semble donc pas nécessaire de mentionner spécifiquement la notion d'ordre public international dans la Convention.

Conclusion

Compte tenu du temps qui m'est imparti, je ne peux traiter les problèmes 3 à 6 figurant dans le résumé. Je me contenterai donc de dire, en guise de conclusion, qu'ils peuvent tous être résolus par une interprétation raisonnable de la Convention, sauf peut-être en ce qui concerne le problème 3 a) ci-dessus - le fait que la Convention d'arbitrage doit être contenue dans un échange de lettres - pour lequel, si une telle interprétation n'est pas acceptée, il faudra peut-être alors que la CNUDCI intervienne. Toutefois, je considère qu'il n'est pas important au point de justifier le lancement d'une procédure de révision qui demanderait beaucoup de temps et d'efforts. Il n'a pas nui au succès général de la Convention, et la pratique a montré que nous pouvons accepter certaines imperfections.

Enfin, je voudrais faire observer que la plupart des interprétations suggérées sont expressément confirmées par la Loi type de la CNUDCI sur

l'arbitrage commercial international, ce qui ne fait que souligner l'intérêt de cette dernière. L'attitude a adopter à l'avenir semble donc être claire : garder la vénérable Convention de New York en l'état, et diriger tous les efforts en vue de l'adoption par le plus grand nombre d'Etats possibles de la Loi type de la CNUDCI, ou à tout le moins d'une législation s'en inspirant.

2. Adjonctions utiles à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

IVAN SZASZ
Professeur et avocat, Budapest

L'Organisation des Nations Unies a élaboré un ensemble de lois et de règlements sur l'arbitrage commercial international. Dès la création de la CNUDCI, l'arbitrage a figuré sur la liste de ses activités prioritaires. Le premier texte dans la série des lois, lois types et règlements concernant l'arbitrage - à savoir, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) - a été adopté avant la création de la CNUDCI. La Convention de New York a joué un rôle très important dans l'oeuvre de la CNUDCI en matière d'arbitrage. Elle a été considérée comme une pierre angulaire et a inspiré tous les textes ultérieurs. La CNUDCI lui a consacré de nombreux travaux. Elle en a promu la ratification. Elle en surveille l'application, ce qui est extrêmement important, et prendra en temps opportun les dispositions qui pourraient s'imposer. Aussi, après vingt-cinq ans, la Convention de New York sous sa forme actuelle et son application me paraissent-elles constituer un succès non seulement pour l'ONU, mais aussi pour la CNUDCI.

Les lois et règlements les plus récents - à savoir, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international - sont étroitement interdépendants. Aussi, avant d'apporter des modifications ou d'envisager des adjonctions utiles, faut-il prendre en considération non seulement leur incidence sur un des éléments du système, mais aussi leurs conséquences pour l'ensemble de celui-ci.

La première question que je tiens à soulever est la suivante : y a-t-il lieu de modifier le texte de la Loi type sur l'arbitrage, compte tenu de la pratique des sept dernières années ? En dernière analyse, ma réponse est résolument négative. Une autre question, distincte de la première, se pose dans les termes suivants : lors de l'adoption, dans les parlements nationaux, de lois sur l'arbitrage international, est-il nécessaire, possible ou utile de compléter les textes déjà existants ? Là, vous constaterez que ma réponse est affirmative, mais sous certaines conditions.

Pour commencer, il faut examiner le problème suivant : la Loi type de la CNUDCI traite-t-elle de la manière voulue l'ensemble des questions qu'une loi doit aborder en matière d'arbitrage commercial international ? On pourrait aborder ce problème sous deux angles différents. A comparer, du point de vue du nombre de leurs dispositions, la Loi type de la CNUDCI et les lois nationales existantes, l'on pourrait arriver à la conclusion que la Loi type de la CNUDCI est peut-être trop longue et compte trop de paragraphes et trop de dispositions. La comparaison ne me paraît pas justifiée, car les autres lois existantes sur l'arbitrage commercial international ou l'arbitrage en général sont incorporées dans un certain système de procédure civile, un système national, et il est parfois superflu d'établir un ensemble complet de règles et de dispositions tel qu'on peut le trouver dans la Loi type de la CNUDCI.

Mais il est encore une autre manière d'aborder le problème. Un éminent auteur suédois, Gillis Wetter, a établi une liste de questions que, selon sa conception, une loi ou loi type moderne devrait traiter. Plus de 100 questions sont énumérées dans cette liste, et l'on peut constater que la Loi type de la CNUDCI n'en traite qu'à peu près la moitié. La question est de savoir si, en légiférant, il convient de traiter de façon détaillée toutes les questions ou seulement les plus importantes d'entre elles.

Après avoir étudié plusieurs systèmes juridiques en Europe, je suis arrivé à la conclusion que, passé un certain stade, plus on aborde de questions plus on trouve de lacunes. Il n'y a pas de système parfait; d'un point de vue quantitatif, la Loi type de la CNUDCI traite la quasi-totalité des questions importantes touchant l'unification, mais il est évident que, dans chaque système juridique, des questions nouvelles surgissent continuellement.

Pour trouver des adjonctions utiles, il m'a fallu trouver une méthode. Une méthode possible consiste, pour le spécialiste, à réfléchir mûrement et à concevoir les questions que la loi doit traiter. Je n'ai pas retenu cette solution; j'ai plutôt analysé les lois nationales déjà adoptées en matière d'arbitrage commercial international, lois qui s'inspirent de la Loi type de la CNUDCI, et je me suis concentré sur les paragraphes et les dispositions additionnels qu'on trouve dans ces lois. Jusqu'à présent, plus de 20 parlements ont adopté des lois inspirées de la Loi type de la CNUDCI; on peut ainsi constater que de nombreuses questions, qui sont abordées dans ces lois, ne l'ont pas été ou l'ont été d'une manière différente dans la Loi type.

Mais qu'il me soit permis, pour commencer, de parler du champ d'application de la Loi type. Comme on le sait, la Loi type a pour champ d'application l'arbitrage commercial international. C'est cela que nous allons unifier ou que nous avons déjà unifié à certains égards. L'unification présente évidemment un gros avantage, et j'ai vu dans les ouvrages de droit combien il importe de disposer de règles unifiées pour l'arbitrage commercial international par opposition à l'arbitrage national. Je l'ai constaté dans les écrits d'auteurs allemands et autres. Mais il y a également intérêt à disposer de règles unifiées dans le cadre de certaines législations, qu'elles traitent de situations internationales ou de situations nationales. D'où la question : la Loi type peut-elle ou non s'appliquer à l'arbitrage national ou est-il possible d'en étendre l'application, notamment, aux pays où l'arbitrage national ne s'inscrit dans aucune tradition et ne pourrait-on l'appliquer aussi bien pour l'arbitrage national que pour l'arbitrage international ? J'ai tenté d'analyser la loi de ce point de vue et je puis vous dire que nous autres Hongrois sommes arrivés à la conclusion, après avoir étudié la question pendant plus d'un an et demi en nous reportant aux écrits de nombreux auteurs hongrois, que la Loi type ne contient pas de règles qui demandent à être modifiées, ou alors une ou deux seulement. Toutes les autres règles sont susceptibles d'application aux fins de l'arbitrage national également. Aussi le projet de loi dont le Parlement hongrois est saisi s'inspire-t-il de la Loi type sur l'arbitrage - la loi une fois adoptée devant toutefois servir aussi bien pour l'arbitrage international que pour l'arbitrage national. Je ne crois pas qu'il faille limiter aux arbitrages internationaux l'utilisation de la Loi type.

Je ne me propose pas ci-après d'analyser quels paragraphes doivent être légèrement modifiés en vue de leur application à des fins nationales également, mais ils ne sont pas nombreux.

S'agissant des modifications ou adjonctions éventuelles, la première question est de savoir comment promulguer la Loi type, car elle-même n'aborde

pas cette question. J'ai trouvé trois solutions. Celle que je préfère consiste à accepter ladite loi en l'état. Elle présente l'énorme avantage de la transparence. On se rend dans un pays et l'on trouve dans la loi un système avec lequel on est déjà familiarisé. C'est donc là la meilleure solution. Mais, même si l'on tient à ajouter certaines dispositions à la Loi type, mieux vaut les ajouter séparément que changer des paragraphes et modifier des dispositions dans son texte même; cette méthode est déjà employée dans des textes législatifs. En d'autres termes, l'on dispose du corps de la loi, la Loi type, et à titre complémentaire on trouve dans les lois nationales certaines dispositions qui indiquent les divergences ou contiennent d'utiles adjonctions. Et j'ai même trouvé - en l'espèce, au Canada - une troisième solution, utile elle aussi du point de vue de la transparence. Elle consiste à indiquer dans la loi elle-même les adjonctions et les modifications en les mettant en italiques ou à montrer au lecteur, d'une manière ou d'une autre, quels sont les textes originaux de la Loi type et quels sont les changements.

Une innovation très importante que j'ai relevée et à laquelle je souscris consiste en l'ajout de règles d'interprétation; et, dans nombre de législations, une des principales règles d'interprétation consiste à renvoyer aux documents de la CNUDCI. En d'autres termes, les juges nationaux sont invités à se reporter aux documents de la CNUDCI lorsqu'ils interprètent la loi, qui s'inspire évidemment de la Loi type. Il existe d'ailleurs, à cet égard, différents systèmes qui ont tous ma faveur. Certains renvoient à tous les documents de la CNUDCI, alors que d'autres renvoient à certains d'entre eux, voire indiquent les documents auxquels ils renvoient. Normalement, ils renvoient évidemment aux documents de la CNUDCI et aussi au commentaire pertinent; dans certaines lois, il est fait référence à la documentation du groupe de travail qui a élaboré la Loi type.

Une adjonction utile très importante, faite dans plusieurs lois, a trait à la jonction de plusieurs instances. Cette possibilité n'a pas été prise en considération par la Loi type, mais j'ai maintenant relevé des solutions très proches dans plusieurs lois. Il s'agit essentiellement d'offrir aux parties la possibilité de joindre plusieurs instances. Si les parties sont désireuses mais dans l'incapacité de ce faire, elles peuvent recourir aux services des tribunaux qui ont l'obligation, lorsqu'ils le jugent opportun, d'opérer la jonction à des conditions qui leur paraissent justes ou de recourir à d'autres méthodes. Par exemple, ils peuvent ordonner la suspension d'une procédure en attendant que l'autre soit engagée, ou connaître de plusieurs causes parallèlement ou successivement - en d'autres termes, ils peuvent déterminer certaines méthodes de jonction. C'est ce qui a été prévu dans différentes lois en Australie, en Californie et dans certaines provinces du Canada, et il en ressort que cette solution a été privilégiée dans nombre de procédures législatives ultérieures.

Autre aspect important et prometteur, les dispositions visant à encourager les règlements par accord des parties et la médiation ou la conciliation. En l'espèce, il s'agit principalement d'inciter les arbitres à employer ces méthodes et à rendre une sentence par accord des parties; et il importe au plus haut point que les arbitres agissant ainsi - à la requête des parties, évidemment - ne soient pas contestés dans une nouvelle procédure.

Une autre question est posée par le recommencement de la procédure, en cas de désignation d'un nouvel arbitre. Je crois que, là aussi, il serait sage de clarifier la situation. Dans une loi, j'ai relevé des dispositions relatives à l'incidence de l'arbitrage sur les délais de prescription, ce qui n'est pas sans intérêt. Et plusieurs lois contiennent des dispositions concernant les frais et les intérêts. Il s'agit là d'une question extrêmement

importante et délicate, aussi délicate que celle de la responsabilité des arbitres. Jusqu'à présent, j'ai trouvé une seule loi où ce problème est abordé. Bien que la question ait été soulevée lors de la rédaction du texte de la Loi type, elle n'a pas, en raison de son caractère délicat, été traitée dans ses dispositions.

Aussi les solutions apportées, dans la Loi type, à certaines questions sont-elles contestées par nombre de législations - et cela se conçoit car, durant les délibérations sur ladite Loi, la Commission était partagée à égalité sur certaines des solutions. Et l'on constate avec intérêt que les législations internes de nombreux de pays apportent des réponses. Mais quelles sont donc les questions ?

Une question est de savoir comment choisir la loi applicable. On se rappellera que la solution proposée par la Loi type - dès lors que les parties ne sont pas d'accord sur la loi applicable - consiste à choisir celle-ci par recours aux règles de conflit de lois.

Une autre question est celle de la procédure en cas de récusation. En vertu du système instauré par la Loi type, si l'une des parties est autorisée à saisir la justice, soit à propos de questions de compétence, soit en cas de récusation, le tribunal arbitral demeure en droit d'examiner l'affaire et de poursuivre la procédure. Cette solution est extrêmement utile du point de vue de l'efficacité de la procédure arbitrale, mais certaines législations ne l'admettent pas. De même, par exemple, le droit bulgare n'accepte pas que les motifs d'annulation puissent être rectifiés ou éliminés comme le prévoit le paragraphe 4 de l'article 34.

Un autre problème est de savoir quelles questions peuvent être considérées comme relevant de l'ordre public. Dans les pays de common law, en particulier, il a été jugé nécessaire de déclarer expressément que l'abus de confiance, la corruption et l'atteinte à la justice nationale sont des questions d'ordre public. Voilà qui me remet en mémoire un autre fait très intéressant, à savoir que, jusqu'à présent, la Loi type a été acceptée par 99 % des pays de common law et à titre exceptionnel seulement par des pays ayant des traditions juridiques différentes. Je crois qu'il est trop tôt pour tirer des conclusions, mais il faut prendre acte de ce fait. Si cette tendance perdure, il faudra en analyser les causes. Elle me paraît pour le moins révélatrice et mérite, à mon avis, d'être analysée plus avant.

J'ai mentionné 10 ou 12 adjonctions qu'on trouve non seulement dans une, mais dans plusieurs législations et lois inspirées de la Loi type. Faute de temps, j'omettrai d'en mentionner cinq ou six autres que j'ai relevées, mais les résultats de mon analyse sont pris en compte dans les conclusions que voici.

Comme je l'ai indiqué au début, je ne crois pas qu'il faille, à ce stade, ajouter quoi que ce soit au texte de la Loi type. Celle-ci a fait ses preuves. On ne saurait s'attendre à aucune modification ni aucun rejet spectaculaire, ni dans l'action législative des parlements nationaux, ni de la part des pays qui envisagent d'élaborer des lois sur l'arbitrage commercial international et en sont aux préparatifs. Sept ans après l'adoption de la Loi type, il est trop tôt pour examiner quelles modifications pourraient être apportées et quelles adjonctions faites à son texte même. Toute adjonction, quand bien même elle serait utile, compromettrait gravement et l'uniformité et la transparence. Il en résulterait des divergences entre les lois nationales, ne serait-ce qu'en raison du choix de textes antérieurs ou de l'adoption de textes postérieurs. La situation serait différente, comme je l'ai déjà

indiqué, si l'on envisageait de faire, dans le cadre de la promulgation de lois nationales inspirées de la Loi type, des adjonctions utiles au texte.

Une politique que je puis recommander, compte tenu de la législation existante, consiste à suivre aussi étroitement que possible la Loi type. Qu'il me soit permis de signaler qu'en Hongrie, pays que je connais le mieux, nous avons étudié la possibilité d'adopter une loi d'arbitrage fondée sur la Loi type et que, dans un premier temps, les idées brillantes ne nous ont pas manqué pour ce qui était d'apporter des modifications à celle-ci. Mais, en définitive, nous sommes arrivés à la conclusion qu'il valait bien mieux, dans un souci d'unification et de transparence, s'en tenir à la Loi type et n'y apporter que les seules modifications vraiment indispensables dans le contexte de notre tradition nationale.

J'ajouterai que, si je recommande de suivre aussi étroitement que possible la Loi type, les traditions juridiques, les institutions fondamentales et les lois nationales peuvent néanmoins imposer et justifier d'utiles adjonctions à celle-ci en vue de son intégration dans le système juridique interne. Un certain nombre de ces adjonctions viennent de vous être présentées.

J'ai signalé un autre type d'adjonction utile. Certaines législations abordent des sujets qui ne sont pas traités dans la Loi type. Les dispositions en question peuvent demeurer uniques, mais d'autres pays, dotés de lois différentes, peuvent suivre l'exemple et adopter à leur tour des dispositions analogues. Cela entre alors dans le cadre du processus d'unification. Dans mon inventaire, j'ai mentionné de telles dispositions, par exemple à propos de la jonction d'instances.

Dans le cadre de l'harmonisation progressive des lois, l'équilibre à trouver entre les solutions uniformes et les idées nouvelles susceptibles d'enrichir le processus d'unification internationale, entre la stabilité et le progrès, revêt une importance primordiale.

3. Praticiens internationaux

GIORGIO BERNINI
Professeur et avocat, Bologne (Italie); Président du Conseil international d'arbitrage commercial

C'est pour moi un grand honneur d'être venu à cette illustre tribune pour m'adresser à un auditoire si distingué. Je me souviens de l'époque mémorable où, de 1968 à 1970, j'ai eu l'honneur de représenter mon pays aux trois premières sessions de la CNUDCI et de tous les éminents collègues avec lesquels j'ai eu le privilège de collaborer, dont certains sont encore présents ici.

Les très intéressants exposés de MM. Albert Jan Van den Berg et Iván Szasz nous ont apporté de nouveaux sujets de réflexion. Je ne puis donc m'empêcher, au risque de réduire au strict minimum mon intervention personnelle, de présenter un bref commentaire de certaines des idées qu'ils ont exprimées.

J'ai été heureux d'entendre que le professeur Van den Berg atténuait quelque peu, de manière très prudente il est vrai, sa conception rigoureuse de la condition de forme énoncée à l'article II de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères

(New York, 1958). Si j'ai bien compris, il semble accepter que l'on puisse envisager également une clause compromissoire par acceptation tacite du contrat dans lequel cette clause est incorporée. Je suis personnellement favorable à cette idée. En vérité, j'irai même peut-être encore plus loin, ainsi que M. Van den Berg le sait depuis que nous avons échangé des idées et publié nos points de vue respectifs sur cette question précise. En substance, j'admets la possibilité que l'article II de la Convention de New York puisse raisonnablement être interprété comme énonçant des conditions maximales de forme auxquelles les législations nationales ne peuvent ajouter aucune condition nouvelle (ou plus rigoureuse) : tout refus d'exécution fondé sur de prétendues irrégularités de forme, dans des cas où seraient respectées les dispositions de l'article, équivaudrait à une violation de la Convention. Par contre, interpréter l'article II comme fixant aussi des conditions minimales de forme limiterait le champ d'application de l'ensemble de la Convention. De surcroît, ce serait aussi une interprétation restrictive de la disposition de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article V, où il n'est fait aucune distinction entre les conditions de forme et les conditions de fond. Je reconnais les avantages d'une interprétation uniforme de la Convention, ainsi que le souhaite M. Van den Berg. Par contre, selon moi, une interprétation rigide de l'article II constituerait un trop grand sacrifice à l'uniformité. Même sur le plan de l'opportunité (que l'on pourrait même définir comme la "politique" de développement de l'arbitrage international), je ne vois aucune raison décisive de décourager une approche plus libérale de la part des législateurs ou des juges nationaux, pour autant qu'est concernée la condition de forme applicable à la convention d'arbitrage. Pour ne citer qu'un seul exemple de juridiction nationale, la Cour de cassation italienne (Corte di Cassazione, 20 gennaio 1977, n. 272, in Riv. dir. int. priv. e proc., 1978, p. 341) a sans difficulté accordé l'exécution en Italie d'une sentence rendue en République fédérale d'Allemagne, bien que la convention d'arbitrage n'ait pas consisté en un accord écrit. La Cour a appliqué la loi de la République fédérale d'Allemagne en tant que loi du pays où la sentence a été rendue, aux termes de laquelle, dans les relations commerciales entre marchands, l'intention de recourir à l'arbitrage n'a pas besoin d'être exprimée par un accord écrit.

Un autre point évoqué par M. Van den Berg mérite aussi quelques commentaires. Si j'ai bien compris, il semblait exclure absolument ce que l'on appelle les sentences flottantes, c'est-à-dire celles qui ne sont pas supposées s'inscrire dans le cadre d'un système national déterminé. Il s'agit là d'une question d'appréciation de la valeur et de la force de la lex mercatoria, c'est-à-dire une source a-nationale de règles et de principes qui sont juridiquement contraignants dans le domaine du commerce international. Je suis personnellement prudent en ce qui concerne l'application de la lex mercatoria; cependant, je ne vois pas de raison de pénaliser les parties ayant recours à l'arbitrage qui voudraient que leur litige soit tranché selon les règles de la lex mercatoria. De surcroît, pour ce qui concerne l'interprétation littérale de la Convention de New York, je me permets d'indiquer que les références sur lesquelles s'appuie M. Van den Berg pourraient être contredites par une lecture attentive de l'article VII, que l'on oublie parfois. Cet article, au contraire, a donné lieu à une jurisprudence intéressante au niveau national. Je citerai, à cet égard, l'affaire française Norsolor (Cour de cassation, 9 octobre 1984, in Rec. Dalloz, 1985, p. 101) où, après des décisions contradictoires, la Cour de cassation a conclu qu'une sentence rendue en vertu de la lex mercatoria et qui avait été annulée par la Cour d'appel de Vienne pouvait être considérée valide et exécutoire au regard de la loi française. Le principe ainsi affirmé est d'une grande importance, car il renforce la "chaîne des exécutions" établie par la Convention de New York. Ce résultat est obtenu en permettant

l'exécution d'une sentence conformément aux règles en vigueur dans le pays où cette exécution est demandée, même si la sentence elle-même a été annulée par les tribunaux d'un pays différent. Développant la métaphore de la chaîne, l'on peut dire que le principe établi par l'affaire Norsolor renforce son maillon le plus faible.

Je regrette de ne pouvoir m'étendre davantage. Cette question est extrêmement intéressante, et j'espère que nous la retrouverons dans le cours de nos débats.

J'en viendrai maintenant à l'exposé de M. Szasz. Il a mentionné l'arbitrage multipartite, qui est assurément une question difficile : les délices et le cauchemar de tout juriste. L'arbitrage multipartite, en tant que catégorie, ne peut pas être défini d'une manière simple. Cette expression peut servir à désigner diverses situations très variées et qui appellent des solutions différentes. Pour ce qui nous intéresse ici, la dichotomie fondamentale est la suivante : la multiplicité peut concerner les procédures d'arbitrage qui demeurent distinctes tout en étant caractérisées par certains éléments communs, ou le nombre des parties au contrat où figure la clause compromissoire.

L'organisation d'une procédure d'arbitrage variera en fonction de chacune des situations que je viens de mentionner. L'arbitre n'est pas un juge. Cette évidence a pour conséquence non moins évidente que la compétence de l'arbitre est strictement limitée à la procédure particulière pour laquelle il a été désigné. Il en est de même *a fortiori* pour les effets de la *res judicata*.

En l'absence d'un consensus général (celui des parties aussi bien que des arbitres), les arbitres eux-mêmes ou les organes administrants concernés, selon le cas, ne peuvent imposer aucune mesure qui aurait pour effet de réunir dans le même contexte arbitral des questions identiques ou connexes qui font l'objet de procédures différentes.

Les mêmes principes s'appliquent *mutatis mutandis* chaque fois que l'intervention de tierces parties est nécessaire dans un arbitrage qui est pendant. Cette intervention est subordonnée au consentement unanime des parties et des arbitres. De surcroît, pour reprendre un adage du droit romain, l'intervention devrait être considérée comme étant *in statu et terminis*, c'est-à-dire qu'il ne serait pas nécessaire, sauf accord contraire et unanime, de reprendre toute la procédure déjà accomplie.

L'expérience a montré l'extrême difficulté, sinon l'impossibilité, d'élaborer une clause d'arbitrage multipartite dans le cadre d'un arbitrage ad hoc. Les variables correspondant à la diversité imprévisible d'événements susceptibles de survenir sont trop nombreuses pour qu'il soit possible de rédiger un texte utilisable.

L'arbitrage administré peut offrir une option pratique, en donnant pouvoir à l'organe administrant pour ordonner la jonction de procédures arbitrales distinctes et/ou l'intervention de tierces parties dans un arbitrage pendant.

La conclusion qui précède est largement influencée par une réalité difficilement contestable. L'arbitrage administré ouvre la voie à l'acceptation de procédures plus rigides et soumises à des règles plus complexes. En toute équité, cependant, la question de l'arbitrage multipartite dépasse la dichotomie entre l'arbitrage ad hoc et l'arbitrage

administré. Ce dont il s'agit est la persistance de la barrière institutionnelle que constitue l'aspect contractuel de l'arbitrage. Pour parvenir à une solution praticable dans le labyrinthe actuel des situations multipartites, il faut atténuer la relation contractuelle entre les parties et les arbitres et élargir les pouvoirs des organes administrants, qui devraient être habilités préalablement et d'une manière générale à ordonner la jonction de procédures connexes ou l'intervention de tierces parties. Mutatis mutandis, la situation est identique chaque fois que les tribunaux sont habilités à ordonner la jonction de causes.

Cette question de jonction soulève un autre débat. Permettez-moi d'indiquer seulement qu'elle acquiert une dimension supplémentaire quand elle est réglée par une intervention ex lege des tribunaux. Cette solution, plus fréquente dans les systèmes de common law, a également été adoptée par une nouvelle législation aux Pays-Bas.

Un principe de ce genre appelle un commentaire qui sort, lui aussi, du cadre du présent exposé.

La nécessité d'une intervention des tribunaux démontre que l'arbitrage, à lui seul, est insuffisant dans les situations qui appellent l'exercice de pouvoirs institutionnels étrangers aux intentions des parties telles qu'elles sont exprimées dans la convention d'arbitrage. En principe, cette situation ne devrait pas être considérée défavorable en soi. Cependant, il faut aussi souligner que ce type d'intervention des tribunaux introduit une dimension différente dans le cadre traditionnel des relations - ou liens, pour utiliser une terminologie consacrée - qui existent entre les arbitres et les tribunaux. La configuration de ce cadre diverge selon les diverses latitudes juridiques, et on pourrait peut-être citer comme seul commun dénominateur l'assistance de la justice pour la désignation des arbitres. Au-delà, les divergences des diverses législations nationales augmentent considérablement. Cela est certainement le cas en ce qui concerne la jonction de différentes procédures arbitrales.

Si la jonction ou des mesures similaires peuvent être ordonnées par les tribunaux sans le consentement des parties, la notion classique d'arbitrage se trouve gravement altérée. On se trouve en fait devant une acceptation préalable (et en blanc) par les parties de la possibilité que la formule initiale d'arbitrage convenue contractuellement soit radicalement modifiée pour ce qui concerne, entre autres, le nombre des parties, la méthode de désignation et le nombre des arbitres, ainsi que la portée du litige. Enfin, mais ce n'est certainement pas le moins important, cette situation peut avoir pour résultat qu'après la jonction, les parties se trouvent confrontées à une décision rendue par des arbitres qui n'ont été ni désignés par elles, ni désignés par l'autorité indiquée dans leur convention d'arbitrage originelle.

Le cadre restreint de cet exposé ne laisse pas beaucoup de place aux jugements de valeur. Cependant, il ne faut pas oublier que l'opportunité d'un arbitrage multipartite et son acceptation sans réserve par les parties ne doivent pas être considérées comme allant de soi. Dans beaucoup de cas, l'attitude des parties à ce sujet est apparue très mitigée. Un débat supplémentaire pourrait être utile pour une évaluation réaliste de la situation.

J'ai presque épuisé mes dix minutes avec le commentaire des exposés d'autres intervenants. Je vous demande de m'en excuser, mais j'ai aussi quelques idées qui me sont propres.

Je suis pleinement d'accord sur le rôle majeur que joue la Convention de New York pour le renforcement et la diffusion de l'arbitrage international. Cependant, il faut saluer comme il convient le rôle fondamental de la CNUDCI en tant que véritable centre nerveux d'un système d'harmonisation dans de nombreux domaines essentiels du droit commercial international et, entre autres, celui de l'arbitrage. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sont des exemples vivants d'une excellente codification des règles de l'art dans le domaine de l'arbitrage. Cependant, face à une importante législation nationale correspondant à une tradition établie, enracinée dans un terrain favorable à l'arbitrage, l'adoption d'un ensemble de règles et de principes exhaustifs et cohérents, comme ceux de la Loi type, peut se heurter à une certaine résistance.

Quoi qu'il en soit, il demeure indéniable que les règles types établies par la CNUDCI constituent des directives dont les législateurs nationaux doivent tenir compte lorsqu'ils prennent des mesures destinées à améliorer les législations existantes, comme le démontre le nombre toujours croissant de pays qui ont adopté la Loi type de la CNUDCI. Il faut espérer que le programme de travail futur de la CNUDCI apportera de nouvelles contributions à l'élaboration d'un ensemble de règles correspondant aux besoins de l'arbitrage dans son contexte contemporain.

J'ai dit que la difficulté inhérente à l'adoption d'un ensemble de règles d'arbitrage au niveau national est directement proportionnelle au nombre et à la complexité de ces règles. Pour cette raison, si aucun effort ne doit être épargné pour obtenir des réformes aussi exhaustives que possible de la législation, le réalisme politique serait peut-être d'envisager une action rapide, de caractère même temporaire, limitée à l'adoption de quelques principes fondamentaux, qui pourrait ouvrir la voie à une réforme de la législation dans les systèmes où l'arbitrage est encore considéré avec suspicion, sinon franchement avec hostilité.

Les principes auxquels je fais allusion sont la traduction des exigences fondamentales d'équité et légalité qui constituent des garanties inaliénables pour les parties aussi bien que pour l'arbitre. Le respect des principes en question favorisera un plus large recours à l'arbitrage international sur le plan juridique, culturel et géopolitique. Ces principes peuvent être résumés de la manière suivante :

a) Les arbitres doivent strictement respecter l'intention contractuelle des parties en ce qui concerne l'accomplissement des procédures de résolution des litiges. En particulier, leur tâche principale est de déterminer si les parties désirent un règlement de leur litige selon une méthode juridictionnelle (arbitrage), par opposition à une méthode non juridictionnelle (conciliation, médiation ou autre méthode de résolution des litiges);

b) Les arbitres ne peuvent régler le litige en équité, ou ex aequo et bono, qu'avec l'autorisation expresse des parties;

c) Les arbitres doivent être indépendants des parties, neutres et impartiaux, et aucune limite ne doit être mise à leur qualification pour des motifs de nationalité, de religion ou d'opinion politique;

d) La méthode de désignation et de nomination des arbitres doit toujours garantir le plein respect des principes susmentionnés;

e) Par la signature de la convention d'arbitrage, les Etats et autres entités publiques doivent être censés avoir renoncé à toutes les prérogatives et immunités souveraines;

f) En matière de commerce international, aucune loi nationale ne doit pouvoir être invoquée à l'encontre des obligations contractuelles librement consenties par des Etats ou autres entités publiques, et lesdits Etats ou entités publiques ne doivent pas être autorisés, après qu'un litige est né, à contester leur obligation de le soumettre à l'arbitrage;

g) Que l'arbitrage international fasse l'objet ou non d'une législation ad hoc, sa spécificité doit être reconnue par les législateurs et les justices nationales, et sa réglementation doit être essentiellement conçue selon des principes compatibles avec les dispositions de la Convention de New York de 1958 et la philosophie qui a inspiré la Loi type de la CNUDCI;

h) Lorsqu'ils établissent des règles de procédure, les arbitres doivent veiller à ce que soient fixées des normes équitables garantissant, entre autres, le droit fondamental des parties à être entendues et de plaider leur cause sur un pied d'égalité;

i) En matière de commerce international, les motifs d'annulation d'une sentence arbitrale doivent être les mêmes que ceux pour lesquels sa reconnaissance et son exécution peuvent être refusées et ils doivent coïncider en substance avec les dispositions de la Convention de New York;

j) Lorsqu'il est invoqué en matière de commerce international, le motif de l'ordre public doit être interprété de manière restrictive et sa portée doit être limitée à l'ordre public international par opposition à l'ordre public national (ou interne).

La question de l'ordre public appelle un examen supplémentaire.

L'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article V de la Convention de New York dispose que l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées peut les refuser si l'affaire en litige n'est pas susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage, ou si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

L'invocation en défense de moyens relatifs à l'ordre public se rencontre dans le domaine de l'exécution des jugements étrangers aussi bien que des sentences arbitrales. Il faut cependant souligner que ces moyens sont rarement invoqués avec succès dans les affaires d'arbitrage. Les justices nationales ont généralement retenu la distinction entre l'ordre public international et l'ordre public interne, selon laquelle les motifs d'ordre public de refus de la reconnaissance et de l'exécution aux termes de la Convention de New York doivent être interprétés de façon restrictive. En d'autres termes, en vertu de cette conception restrictive de l'ordre public, seul l'ordre public international et toutes ses violations peuvent servir de motifs de refus de reconnaissance et d'exécution en vertu de la Convention de New York.

La notion d'arbitrabilité est fréquemment la source de difficultés, car elle varie selon les systèmes. Dans les pays de common law, l'arbitrabilité est définie selon des critères plus larges et plus souples. L'approche est généralement plus restrictive dans les pays de droit écrit. L'arbitrabilité du litige constitue un sérieux problème en ce qui concerne, en particulier, certaines matières pouvant donner lieu à des litiges soumis à arbitrage pour

des problèmes d'interprétation et/ou d'exécution de contrats, qui sont devenus très fréquents dans la vie contemporaine des affaires. Il s'agit, entre autres, du domaine de la propriété industrielle (savoir-faire, assistance technique, licences ou cessions de brevets et de marques de fabrique ou de commerce), ainsi que des questions touchant à l'application de la législation antitrust et de certaines branches de la législation relative aux pratiques commerciales déloyales. Au coeur de ce problème se trouve le fait que, face à des règles impératives (ou obligatoires) souvent liées à des considérations d'ordre public, il est difficile de distinguer entre les litiges qui concernent directement la source d'un droit exclusif (c'est-à-dire l'octroi d'un brevet ou d'une marque) et les litiges où ces droits peuvent être détachés d'un ensemble de dispositions contractuelles, en tant que telles arbitrables. Même dans le domaine de la lutte antitrust et des pratiques commerciales déloyales, il est également difficile de tracer une démarcation entre les litiges strictement liés à des prohibitions impératives touchant à des questions d'ordre public (comme les dispositions pertinentes des lois Sherman ou Clayton aux Etats-Unis, ou les articles 85 et 86 du Traité de la CEE ou les articles 65 et 66 du Traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier), et les litiges qui concernent simplement des droits contractuels entièrement à la discrétion des parties.

En matière d'arbitrage, la question de l'arbitrabilité débouche sur un problème plus vaste, qui est celui de savoir si les arbitres doivent prendre en compte des questions d'ordre public qui ne relèvent pas strictement de la législation applicable à l'objet du litige en cause, chaque fois que ces questions ont une incidence sur la possibilité que la sentence soit exécutée dans un pays autre que celui où l'arbitrage a lieu ou en vertu de lois autres que celles qui sont applicables à l'objet de l'arbitrage. Ce point est d'une grande importance en raison de la multiplicité de ses aspects et il devrait également être examiné à la lumière de la Convention de la CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles adoptée à Rome en 1980. En matière de concurrence, la question est encore compliquée par le fait que la théorie de l'application extraterritoriale de la législation antitrust a pleinement acquis droit de cité des deux côtés de l'Atlantique.

Spécialement en ce qui concerne les systèmes de droit écrit, la notion d'arbitrabilité devra être rattachée à la condition préalable fondamentale que les droits en litige sont susceptibles d'aliénation par les parties, c'est-à-dire qu'il s'agit de droits aliénables par le moyen d'instruments contractuels. Cette conception traditionnellement restrictive, qui peut sérieusement affecter le champ d'application de l'arbitrabilité, tend à s'estomper face à des législations qui fixent des conditions moins strictes permettant une définition plus large des matières susceptibles d'un règlement arbitral. Cependant, même dans le cas d'une adhésion persistante aux critères traditionnels de l'arbitrabilité, comme cela reste le cas dans beaucoup de pays de droit écrit, la doctrine et la jurisprudence ont évolué avec le recours à la notion de conclusion principale par opposition à celle de conclusion incidente. Dans le premier cas, lorsque l'arbitrabilité est exclue, le droit non aliénable est l'objet de la prétention principale, ou bien d'une conclusion incidente qui aura l'effet de res judicata; dans le deuxième cas, lorsque l'arbitrabilité est admise, la question du droit inaliénable est seulement préliminaire et ne fera pas partie de la res judicata.

La distinction est la même chaque fois qu'est fixée une limite à l'arbitrabilité pour les litiges qui exigent, en vertu de la législation applicable, la participation obligatoire du ministère public (qui dans les pays de droit écrit fait partie généralement du système judiciaire). Pour

décider de cette présence obligatoire, la considération primordiale doit être le fait que la matière appelant la participation du ministère public fait l'objet de prétentions qui entreront dans le domaine de la res judicata. Autrement, lorsque les points en cause sont de nature simplement préliminaire et que la décision à leur sujet n'est pas destinée à faire partie de la res judicata, il n'existe aucune obligation que le ministère public participe à la procédure. Le traitement distinct de ces deux situations est essentiel, car l'arbitrabilité n'est exclue que lorsque la participation du ministère public est jugée obligatoire.

Les principes que nous venons d'esquisser permettent, à l'intérieur du même litige, de distinguer les droits aliénables des droits non aliénables, introduisant ainsi une marge d'arbitrabilité dans des domaines qui, autrement, seraient totalement exclus de l'arbitrage, comme les brevets, les marques de commerce et de fabrique, les affaires antitrust et, d'une manière plus générale, les domaines relevant de la réglementation des affaires par les pouvoirs publics, où la sphère des activités relevant de disciplines purement contractuelles semble sévèrement réduite.

Les observations qui précèdent démontrent que la fonction arbitrale en tant que telle serait frappée de graves limitations si une approche pragmatique n'était pas adoptée en ce qui concerne le domaine de l'arbitrabilité. Cette référence au pragmatisme me permettra une dernière observation. La pratique, un mot dont l'écho retentit souvent dans cette illustre enceinte, n'est pas synonyme de pragmatisme. Ce dernier terme définit une doctrine qui privilégie la portée pratique des assertions et des actions sur la réalité des intérêts humains. Cependant, le pragmatisme n'exclut certainement pas le recours à des spéculations théoriques pour l'élaboration des prémisses et des principes dont les effets pratiques sont destinés à avoir une incidence sur les intérêts concrets des parties.

La doctrine élaborée dans les pays de droit écrit, qui permet une extension pragmatique du domaine de l'arbitrabilité, constitue la meilleure illustration de cette idée. Les principes classiques de procédure, de nature principalement théorique, ont été utilisés pour obtenir un résultat éminemment pratique.

Cette conclusion devrait avoir l'effet d'une mise en garde contre une banalité souvent entendue dans les réunions de juristes sous la forme d'un éloge aveugle de la pratique, qui semble oublier que toute pratique judicieuse et correcte doit s'appuyer sur une base théorique impeccable.

JOHN TOWNSEND
Avocat à Washington, D.C.; Law and Corporate Counsel Committee, Association américaine d'arbitrage

La communication préalable ou "discovery" (au sens où les avocats américains emploient cette expression) a commencé d'assumer sa forme actuelle dans les années 30, par réaction à la vieille règle de la plaidoirie à embûches ("trial by ambush"). Progressivement, de l'avis de nombreuses personnes, le remède est devenu pire que le mal. Il n'est pas rare, dans les affaires civiles américaines, que la communication préalable se prolonge pendant des années et occupe les trois quarts du temps que les avocats consacrent à une affaire. Nombre d'avocats non américains horrifiés voient dans la communication préalable la raison essentielle pour laquelle il faut éviter d'engager une action en justice aux Etats-Unis. C'est tout juste si l'expression elle-même n'est pas bannie dans la société européenne policée.

Nombre de ces mêmes avocats voient dans la communication préalable le motif principal pour lequel il faut éviter de soumettre un litige à l'arbitrage aux Etats-Unis. Non sans raison. Les juristes américains, qui siègent en qualité d'arbitres, sont plus susceptibles que des juristes non américains ou des arbitres américains non juristes d'autoriser les parties à se communiquer des pièces. Même parmi les praticiens américains, d'aucuns estiment probablement qu'il y a lieu de fixer des limites à la communication préalable dans l'arbitrage. Dans un récent sondage sur l'arbitrage, organisé à titre officieux par l'Association américaine d'arbitrage, 56 % des personnes interrogées ont été d'avis qu'il faut éviter d'encourager la communication préalable dans l'arbitrage.

En fait, du moins dans les affaires internationales, un consensus semble se dégager en faveur de la communication préalable - ou, pour employer une expression plus généralement admise, d'un échange d'informations préalablement à la procédure orale - dans les limites raisonnables. Il s'agit semble-t-il de fournir à chaque partie des renseignements suffisants sur l'argumentation de la partie adverse pour lui permettre de préparer la sienne et d'éviter d'être prise de court. En même temps, on relève une grande réticence à adopter le système américain, qui autorise une partie à déterminer quelles informations et documents en possession de la partie adverse pourraient lui servir pour son argumentation. Et l'on constate une réticence encore plus grande à autoriser des dépositions à l'américaine : interrogations sous serment de témoins de la partie adverse avant l'ouverture du procès.

Aussi le nouveau Règlement d'arbitrage international de l'Association américaine d'arbitrage dispose-t-il :

a) Que le tribunal peut ordonner à chaque partie de faire tenir à la partie adverse une liste récapitulative des documents et pièces qu'elle entend produire (art. 20, par. 2);

b) Que le tribunal peut ordonner aux parties de produire les autres documents ou éléments de preuve qu'il juge nécessaires ou appropriés.

Ces dispositions sont compatibles avec les Règles de l'Association internationale du barreau en matière de preuves et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (article 24) qui, ensemble, constituent la norme internationale depuis bien des années.

Le Règlement de la CCI est moins évident et se fonde davantage sur le pouvoir qu'a l'arbitre d'utiliser l'arme puissante de la présomption négative pour imposer la production de documents. Mais la pratique de la CCI ne paraît pas sensiblement différente.

Initialement les plaideurs américains ont souvent été embarrassés par leur incapacité de piller à volonté le dossier de la partie adverse et de recueillir des dépositions. Mais les enquêtes auxquelles il a récemment été procédé, dans le cadre d'une révision éventuelle du règlement d'arbitrage interne en matière de commerce et de titres de l'Association américaine d'arbitrage, n'ont pas révélé un important mouvement d'opinion en faveur d'une intensification de la communication préalable.

La pratique américaine et la pratique internationale semblent actuellement se rejoindre, assurant un échange d'informations suffisant pour éviter l'effet de surprise et permettre une coopération équitable, sans toutefois autoriser la communication exploratoire illimitée de pièces qui caractérise souvent les actions en justice aux Etats-Unis. Les avocats, tant américains que non américains, ont incontestablement le sentiment de renoncer à un atout pour atteindre cet équilibre. Mais il en résulte une évolution vers un système relativement souple, rentable et efficace. Aussi un consensus international semble-t-il se dessiner autour d'une solution qui a été formulée clairement, pour la première fois, dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en 1976.

DOMINIQUE HASCHER
Secrétaire de la Commission de l'arbitrage international de la Chambre de commerce internationale, Paris

A l'exception de certaines conventions internationales en matière de transport 1/, les conventions internationales ne font généralement pas état de leur application par des arbitres. La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) réglemente l'exécution judiciaire des conventions d'arbitrage et des sentences arbitrales en vue de faciliter les compromis et de promouvoir la validité internationale des sentences. Comme son nom l'indique, la Convention de New York est censée être appliquée par des tribunaux nationaux. Encore que la Convention de New York ne fasse aucunement mention de son application par des arbitres, un nombre important de sentences se réfèrent à cette convention, l'appliquent et l'interprètent. Pour cette raison, et pour faire pleinement comprendre la portée de ladite Convention, je traiterai de son application et de son interprétation par des arbitres.

Conditions d'application de la Convention de New York par des arbitres

L'article premier de la Convention de New York en définit le champ d'application. Il donne une définition à deux degrés des sentences arbitrales étrangères exécutoires. Une telle sentence, soit est rendue sur le territoire d'un Etat autre que celui où sa reconnaissance ou son exécution est demandée, soit ne doit pas être considérée comme une sentence nationale dans ce dernier Etat. L'article premier ne mentionne pas le type de conventions d'arbitrage qui entrent dans le champ d'application de la Convention. Celle-ci vise les conventions conclues en vue d'un arbitrage dans un pays autre que celui où leur exécution est demandée. En outre, les conventions d'arbitrage, qui engagent au moins une partie nationale étrangère ou se rapportant à un différend découlant du commerce international, demeurent dans le champ de la Convention 2/.

La Convention ne régit pas la procédure d'arbitrage. Aussi, dans une sentence, aux fins de laquelle le règlement de l'Association néerlandaise pour le commerce des huiles, matières grasses et graines oléagineuses avait été appliqué, un tribunal a-t-il déclaré qu'il refusait d'appliquer la Convention de New York pour le motif que celle-ci :

> ... "ne traite que de la reconnaissance et de l'exécution dans un Etat contractant de sentences arbitrales rendues dans un autre Etat contractant. La Convention ne contient pas de dispositions de fond susceptibles d'être appliquées immédiatement pour décider de la compétence des arbitres conformément à la loi du pays où la sentence arbitrale est rendue. Aussi les arbitres ne sont-ils pas liés par la Convention pour déterminer leur compétence. Ils n'ont par conséquent pas à répondre à la question de savoir s'il existe, en l'espèce, une convention écrite au sens du paragraphe 2 de l'article II de la Convention" 3/.

La décision du tribunal arbitral procède de la prémisse que seuls des tribunaux nationaux peuvent appliquer la Convention de New York. En revanche, la plupart des sentences qui traitent de la validité de la clause compromissoire appliquent cette convention. Ces sentences se fondent sur le pouvoir qu'ont les arbitres de se prononcer sur leur propre compétence. En fait, lorsque celle-ci est contestée, les arbitres devraient d'emblée vérifier la validité de la convention d'arbitrage dont leur pouvoir d'arbitrer découle. Lorsque, pour reprendre le libellé du paragraphe 3 de l'article II, la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée, les tribunaux nationaux seront alors compétents 4/. C'est ce qui a été clairement affirmé par les arbitres de la CCI dans l'affaire N° 5103 5/.

> "De deux choses l'une en effet. Ou bien [la convention d'arbitrage] est valable et attribue compétence pour connaître l'une demande alternative aux arbitres : les tribunaux judiciaires doivent alors, si elle est invoquée devant eux, en le constatant, se déclarer incompétents. C'est ce que décide la Convention de New York du 10 juin 1958, dans son article II, paragraphe 3, ... et le tribunal de son côté, dans les mêmes conditions se reconnaîtra compétent. Ou bien au contraire la convention d'arbitrage n'a pas été invoquée par le défendeur, ou est nulle, ou ne vise pas le différend porté devant le juge judiciaire et celui-ci se déclarera compétent par application des règles de son for, tandis que l'arbitre renoncera à connaître de ce litige."

De même, un tribunal arbitral constitué en vertu du règlement de l'Association néerlandaise pour le commerce des cuirs et peaux a déclaré :

> "Le paragraphe 1 de l'article II de cette Convention exige que la convention d'arbitrage soit une convention écrite. Aux termes du paragraphe 2 de l'article II, on entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes. Selon les interprétations généralement faites par les tribunaux des divers Etats contractants, les paragraphes 1 et 2 de l'article II énoncent une règle internationalement uniforme quant à la validité formelle de la convention d'arbitrage, qui ne laisse aucune place pour l'applicabilité du droit interne". 6/

Cette jurisprudence se fonde sur la règle de caractère uniforme formulée à l'article II de la Convention de New York. Ce raisonnement semble avoir été adopté dans une multitude d'autres affaires où les arbitres se sont référés aux conditions énoncées à l'article II pour établir la validité de la convention d'arbitrage 7/. En raison de leur caractère uniforme, les principes formulés à l'article II l'emportent sur les conditions d'espèce

imposées par les législations nationales lesquelles, si elles étaient appliquées, rendraient la convention d'arbitrage caduque et priveraient l'arbitre de sa compétence. D'une manière plus générale, comme on le verra ci-après, les tribunaux arbitraux estiment que les conditions énoncées à l'article II, s'agissant de la forme de la clause compromissoire, expriment des règles rationnelles pour décider de la validité des conventions d'arbitrage. Mais, dans nombre de cas, la convention d'arbitrage peut ne pas satisfaire aux conditions énoncées à l'article II. Aux fins de l'application de ces conventions d'arbitrage, les arbitres ont la possibilité d'invoquer la disposition de l'article VII relative au droit de se prévaloir d'une législation plus favorable.

La validité d'une convention d'arbitrage est l'une des conditions requises pour qu'une sentence ait force exécutoire. A l'évidence, l'article V de la Convention, qui traite de l'exécution des sentences, s'adresse essentiellement aux tribunaux nationaux. Il ressort de l'historique de la Convention de New York que ses auteurs avaient pour souci principal d'améliorer les conditions de circulation internationale des sentences 8/. Pour cette raison, la force exécutoire de la sentence est fréquemment débattue devant les tribunaux arbitraux. Il en est ainsi, en particulier, lorsque la compétence des arbitres est contestée pour le motif que la matière du litige ne se prête pas à l'arbitrage ou lorsque leur décision peut sembler contraire à l'ordre public du lieu potentiel d'exécution. Les juges sont confrontés à la Convention de New York et les arbitres sont par conséquent eux aussi tenus de prendre ses dispositions en considération. La question de l'application de l'article V par les tribunaux arbitraux s'inscrit cependant dans le cadre de la question plus générale de savoir si les arbitres doivent se préoccuper de l'exécution de leur décision. Pour commencer, ils devraient se soucier de la validité de la sentence dans le pays d'origine car, nonobstant l'autonomie, de plus en plus admise de l'arbitrage international, l'annulation de leur décision dans le pays où elle a été rendue empêchera souvent son exécution dans d'autres pays. De fait, le paragraphe 1 e) de l'article V de la Convention de New York interdit la reconnaissance ou l'exécution de la sentence dès que celle-ci a été annulée par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, elle a été rendue. Il convient de noter subsidiairement que l'article II ne peut être invoqué dans le pays d'origine, vu que la Convention de New York n'aborde ni la question de l'annulation de la sentence ni celle de son exécution, dans un tel pays. Une fois réglée cette question primordiale, les arbitres devraient s'attaquer au problème de l'exécution de la sentence rendue. L'article 26 du Règlement de la CCI invite l'arbitre à faire tout ce qui est en son pouvoir pour que la sentence ait force exécutoire. Certes, il incombe aux arbitres de rendre leur sentence en se montrant attentifs aux difficultés posées par son exécution, de manière à ne pas contrecarrer la volonté des parties de faire en définitive trancher leur litige par voie de règlement extrajudiciaire. L'on comprendra qu'en se préoccupant de la force exécutoire de leur sentence, les arbitres se contentent d'examiner les conditions qui règnent dans les lieux d'exécution les plus probables, tels que le pays d'origine des parties, où les actifs sont souvent situés 9/. Dans toutes ces circonstances, un nombre important de sentences renvoient à la disposition pertinente de l'article V 10/. Mais, dans le pays d'origine, l'annulation ne peut intervenir sur la base du non-respect de l'article II, vu que la Convention de New York n'aborde ni la question de l'annulation de la sentence ni celle de son exécution dans ce pays. Les dispositions de l'article V de la Convention de New York ont été reproduites dans d'autres instruments internationaux et incorporées dans des

législations nationales en matière d'arbitrage 11/. Aussi les motifs d'exécution convergent-ils et, à cet égard, les conditions énoncées à l'article V ont pu être expressément prises en considération par les tribunaux arbitraux.

Le champ d'application de la Convention de New York est susceptible d'être limité par deux réserves. Le paragraphe 3 de l'article premier laisse aux Etats contractants la possibilité de limiter l'applicabilité de la Convention aux sentences rendues sur le territoire d'autres Etats contractants (réserve de réciprocité), ainsi qu'aux différends considérés comme étant de caractère commercial en vertu de la loi du for (réserve commerciale). Il appartient aux tribunaux d'un Etat contractant de se demander si les critères d'applicabilité de la Convention de New York sont satisfaits. Il s'ensuit que ces tribunaux sont liés par les conventions internationales ratifiées par le corps législatif de l'Etat du for, ainsi que par les réserves émises lors de la ratification ou de l'adhésion. A la différence des tribunaux nationaux qui représentent un souverain, les arbitres tirent leur pouvoir des parties. Aussi un traité international doit-il être examiné par un tribunal arbitral lorsque ses dispositions sont incorporées dans les systèmes juridiques régissant les questions de fond ou de forme. Aux fins de se prononcer sur la validité d'une convention d'arbitrage, les tribunaux d'arbitrage se réfèrent généralement à un ordre juridique qui tient compte des exigences de l'article II ou de l'article V paragraphe 1 a). La même observation s'applique lorsque l'arbitrage a lieu dans un pays ayant signé la Convention. Dans la sentence N° 6379 de la CCI 12/, les arbitres ont déclaré :

> "Le présent différend est caractérisé par le fait que les parties sont des entités juridiques qui - au moment où la clause compromissoire a été conclue - avaient leur siège en Italie et en Belgique, respectivement, en d'autres termes dans deux Etats contractants autres que l'Etat contractant sur le territoire duquel la sentence arbitrale sera rendue... Aussi toutes les conditions énoncées à l'article II de la Convention de New York de 1958 ... sont-elles remplies en l'espèce."

D'autres tribunaux arbitraux, toutefois, ont appliqué la Convention de New York sans se demander si les juridictions concernées l'avaient ratifiée 13/. Une telle position procède de l'argumentation selon laquelle les principes énoncés dans la Convention de New York présentent un intérêt général pour les arbitres. De plus, la démarche proposée renforcerait l'universalité de ladite Convention. Même les arbitres qui se réfèrent à sa ratification omettent de vérifier si toutes les juridictions concernées l'ont ratifiée. Dans une certaine mesure, ce comportement peut être considéré comme renforçant la position susmentionnée, selon laquelle les arbitres peuvent appliquer la Convention, que la juridiction concernée l'ait ou non ratifiée.

Interprétation de la Convention de New York

Les arbitres ont interprété la Convention de New York conformément à sa lettre et son esprit. La règle de caractère uniforme énoncée à l'article II a été largement admise par les arbitres, qui ont soutenu que les exigences de l'article II l'emportaient sur les dispositions du droit interne 14/. Il résulte de ce caractère uniforme que les conditions énoncées à l'article II, s'agissant de la validité formelle des clauses compromissoires, constituent des exigences aussi bien maximales que minimales. Un tribunal arbitral a cependant décidé que la Convention :

"ne pose pas, dans les paragraphes 1 et 2 de son article II, la condition de la forme écrite de la convention d'arbitrage. En tout état de cause, la Convention n'empêche pas les parties de conclure une convention d'arbitrage sous forme verbale ou autre". 15/

Le paragraphe 1 de l'article VII ne lève pas l'ambiguïté sur le point de savoir si la disposition relative au droit de se prévaloir d'une législation plus favorable doit s'appliquer dans le contexte de l'article II. Deux tribunaux arbitraux ont précisé que le paragraphe 1 de l'article VII affirme la validité d'une convention d'arbitrage dès lors que des conditions moins rigoureuses que celle de la forme écrite énoncée à l'article II sont admises par des lois nationales ou un autre traité international. Dans une sentence rendue en vertu du règlement de l'Institut néerlandais d'arbitrage, les arbitres ont déclaré :

"... au cas où ils parviendraient à la conclusion qu'il n'y a pas de telle convention, ils devront vérifier s'il existe une convention d'arbitrage valable en vertu de quelque loi interne applicable ou de quelque traité autre que la Convention de New York. Cette interprétation est confirmée par le premier alinéa de l'article VII de cette convention". 16/

L'exigence de la forme écrite, formulée à l'article II, a été longuement débattue par les arbitres, ainsi que par les juges nationaux. Un échange de télex est assimilé à un échange de lettres ou de télégrammes, et satisfait par conséquent à ladite exigence 17/. Lorsque les parties n'ont pas émis de réserves à l'égard de la compétence, un tel document peut constituer une convention d'arbitrage au sens de l'article II 18/. Une clause compromissoire peut ne pas être signée dans le cas d'un échange de lettres ou de télégrammes 19/. L'acceptation tacite ou verbale d'un arbitrage ne répondrait pas aux conditions fixées pour un échange de communications écrites. Dans un cas, aussi bien l'acte de confirmation de la vente que ses additifs adressés à l'acheteur contenaient une clause compromissoire. Ces documents n'ont jamais été renvoyés au vendeur ni signés par l'acheteur. Les arbitres ont déclaré :

"A cet égard, nous relevons en outre que l'exigence d'une expression écrite du consentement par les deux parties n'est pas remplie si l'une des parties omet de réagir à un acte de confirmation (qui contient une clause compromissoire) émanant de l'autre partie." 20/

Invoquant l'esprit de l'article II 21/, un autre tribunal arbitral a décidé que le rappel, par une partie, dans une communication écrite ultérieure, d'un contrat contenant une clause compromissoire satisfaisait l'exigence de l'échange de communications écrites formulée à l'article II. Dans d'autres cas, la clause compromissoire figurait dans un contrat d'affrètement auquel le connaissement faisait reférence, ou dans des conditions générales de vente auxquelles les conditions types fournies par l'une des parties faisaient référence, ou dans un contrat auquel un deuxième contrat faisait expressément référence 22/. Dans ces cas, comme un tribunal arbitral l'a soutenu, le libellé de l'article II exige que la partie adverse soit consciente de l'existence d'une convention d'arbitrage :

"Certes, l'article II n'exige peut-être pas l'existence d'un document écrit exposant expressément et intégralement le texte de la convention d'arbitrage. Le document doit toutefois être d'un caractère tel qu'il se prête à une interprétation établissant la volonté des deux parties d'être liées par une convention d'arbitrage." 23/

L'article III de la Convention, qui ne se contente pas d'exposer les règles de procédure à suivre pour l'exécution des sentences, mais exige que l'autorité des sentences auxquelles la Convention s'applique soit reconnue, a également été examiné dans un cas, ce qui prouve que tous les articles et dispositions de la Convention de New York peuvent présenter de l'intérêt pour des arbitres 24/. Des arbitres ont appliqué les règles uniformes de conflit, prises en considération au paragraphe 1 a) de l'article V, pour décider de la loi du droit applicable à la convention d'arbitrage 25/.

Un tribunal arbitral s'est appuyé sur le paragraphe 1 d) de l'article V de la Convention de New York, qui subordonne en premier lieu la procédure d'arbitrage à la convention des parties, pour décider que cette procédure peut être disjointe des législations nationales :

"Cela a été bien exprimé dans la Convention de New York du 10 juin 1958 ... en vertu de l'article V 1 d) de laquelle la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale étrangère ne sera refusée que si la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut de convention, si elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu." 26/

Enfin, s'agissant du paragraphe 2 de l'article V, des arbitres ont souligné que l'exception d'ordre public ne couvre que ce qui est nécessaire pour sauvegarder les principes politiques, sociaux et économiques du système juridique du for 27/.

Conclusion

Il convient d'encourager les arbitres à appliquer la Convention de New York. Les deux préoccupations principales qui sous-tendent cette convention (l'exécution de la convention d'arbitrage et l'exécution de la sentence) prouvent que la Convention est destinée à être appliquée par des tribunaux nationaux. Inversement, les arbitres, qui ne sont pas des autorités publiques, ne sont pas immédiatement visés par ses dispositions. Les arbitres ne sont toutefois aucunement fondés à méconnaître la Convention de New York, vu que celle-ci est en vigueur dans plus de 80 pays et qu'elle exprime un consensus de la communauté internationale sur les questions les plus litigieuses dans l'arbitrage international. Toutes les fois que de tels problèmes se posent, les arbitres devraient se reporter à la Convention de New York, non parce qu'ils sont liés par elle du fait de sa ratification, mais parce qu'il y a lieu de la considérer comme une source d'inspiration. A cet effet, l'application de la Convention par les arbitres - application non envisagée par ses auteurs - constituerait l'instrument principal de l'unification du droit relatif au règlement international des différends en matière commerciale, que la CNUDCI s'est engagée à réaliser.

JAN PAULSSON
Avocat, Paris; Users' Council, London Court of International Arbitration

L'objectif n'est pas d'éliminer les conflits commerciaux. Après tout, pour ce faire, il suffirait d'éliminer le commerce - ce qui n'est pas du tout notre propos. Le problème, c'est plutôt de réduire les perturbations dues aux litiges commerciaux.

L'unification internationale du droit commercial et des pratiques en la matière constitue sans aucun doute un pas en avant sur cette voie. Si l'on considère que le règlement de litiges à l'étranger est semé de chausse-trappes extrêmement dangereuses, susceptibles de venir à bout de la résistance des plus ingénieux, on ne sera certes pas incité à entreprendre des opérations internationales. Mais si, au contraire, on estime qu'un litige occasionnel, statistiquement inévitable, sera réglé de manière équitable et prévisible et que la solution retenue sera mise en pratique, ces obstacles mentaux disparaissent.

Beaucoup a déjà été fait. Divers organes internationaux ont promulgué des règles relatives à l'arbitrage international qui font apparaître un consensus remarquable sur les grands principes d'un règlement neutre des litiges. Et, naturellement, la Convention de New York sur l'exécution des sentences arbitrales est une réalisation formidable.

Mais beaucoup reste encore à faire, notamment dans des domaines autres que les échanges entre pays industrialisés. Je voudrais mentionner ici deux domaines qui présentent une grande importance pratique et dans lesquels il serait des plus utiles de promouvoir une unification plus poussée.

Premièrement, l'application effective de la Convention de New York dans les pays où elle est rarement utilisée. Il ne s'agit pas de savoir ici si la Convention est appliquée correctement ou non, mais s'il est possible de l'appliquer. Un certain nombre de pays ont ratifié la Convention, sans adopter ultérieurement de règlement d'application. De ce fait, les juges ne reconnaissent tout simplement pas la Convention comme ayant force impérative. Un pays a récemment adopté des règlements d'application disposant par erreur que les sentences arbitrales étrangères ne seront exécutées que si les agents diplomatiques du pays d'exécution en poste au lieu de l'arbitrage certifient que la partie demandant l'exécution est un national d'un pays partie à la Convention. Il s'agit là d'un ajout inacceptable aux conditions énoncées par la Convention. Les tribunaux d'un autre pays exigent des frais d'inscription de 10 % avant de prendre une mesure d'exécution, comme si le litige allait faire l'objet de son premier examen quant au fond.

Ces obstacles à une bonne application de la Convention ont de toute évidence des conséquences sérieuses dans la pratique. Le fait est que, dans bon nombre de pays, les avocats, après avoir assuré qu'en principe, leur pays était partie à la Convention de New York, n'ont pas la moindre idée de la manière dont celle-ci pourrait être concrètement appliquée.

Etant moi-même convaincu que ces obstacles sont davantage dus à l'ignorance qu'à une volonté d'obstruction, il me semble qu'il serait des plus utiles que la CNUDCI entreprenne une enquête sur les mécanismes et procédures mis en place par différents pays pour appliquer la Convention de New York. Je ne vise pas ici les critères de fond concernant l'exécution des conventions

d'arbitrage en vertu de l'article II de la Convention, ni l'exécution des sentences en vertu de l'article V. Le Professeur van den Berg et d'autres font déjà un travail admirable en étudiant comment la Convention est appliquée. Il s'agit ici d'une question plus fondamentale : la Convention a-t-elle été incorporée comme il convient dans les mécanismes procéduraux des différents systèmes juridiques ? Une telle enquête permettrait de sensibiliser à ce problème et inciterait peut-être les différents pays à combler leur retard, afin de mieux figurer au "hit parade" des pays appliquant correctement la Convention. Ne s'agit-il pas là en effet de l'aune à laquelle doit être mesurée l'acceptation des procédures judiciaires transnationales ?

Je traiterai en second lieu de la question de l'octroi d'intérêts dans l'arbitrage commercial international. Il s'agit là d'une question pouvant avoir des conséquences pratiques énormes, pourtant trop souvent négligées. Dans de nombreux litiges, la controverse au sujet des intérêts est plus importante, d'un point de vue quantitatif, que l'ensemble des réclamations quant au fond. Ce problème est déjà suffisamment difficile dans le contexte d'un litige purement national, mais il est bien pire à l'échelon international, en raison des profondes divergences entre les lois nationales. Certains systèmes juridiques n'indiquent pas très clairement si les arbitres peuvent ou non octroyer des intérêts. D'autres systèmes établissent des distinctions plus ou moins compréhensibles entre les intérêts calculés avant l'apparition de la réclamation, les intérêts courant durant la procédure et les intérêts après la sentence. D'autres compliquent encore les choses en établissant une distinction entre les demandes de dommages-intérêts spécifiés, qui se limitent à un taux d'intérêt défini, qu'on appelle le taux d'interêt légal, et les dommages-intérêts non spécifiés, pour lesquels l'intérêt peut être fixé aux taux commerciaux. Les choses s'aggravent encore en raison du fait que ces normes, souvent mal comprises même dans les systèmes juridiques nationaux, sont appliquées avec encore moins de certitude par des tribunaux internationaux composés d'arbitres de nationalités différentes. Oserai-je ajouter encore que certains pays considèrent la question des intérêts comme relevant de la législation des recours et est donc régie par la lex fori, alors que d'autres considèrent que l'intérêt doit être régi par la législation applicable au fond ?

Bref, selon le choix de l'arbitre et sa compréhension de la législation applicable, les intérêts peuvent représenter de 0 à 20 % par an. Si l'on considère qu'un litige international peut durer plusieurs années, l'importance pratique de cette question est évidente. Et naturellement, pour ce qui est des intérêts après la sentence, une sentence prévoyant un intérêt de 5 % ou moins peut être une incitation à refuser de l'appliquer.

De ce fait, deux revendications identiques peuvent avoit une valeur très différente selon la loi choisie et la manière dont elle est appliquée. Etant donné la multiplicité des réclamations possibles quant à l'applicabilité, notamment dans le contexte de contrats internationaux complexes dont le centre de gravité est difficile à déceler, il s'agit là à l'évidence d'un domaine où l'harmonisation est essentielle.

Je laisse à d'autres le soin de déterminer qui sera le mieux à même de prendre l'initiative en la matière.

MOHAMED ABOUL ENEIN
Directeur, Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire, Le Caire

Historique

Le Centre régional d'arbitrage commercial international du Caire (ci-après dénommé le Centre du Caire) est une organisation internationale indépendante à but non lucratif. Il a pour objet de contribuer au développement économique des pays d'Asie et d'Afrique en fournissant des services spécialisés pour le règlement des litiges liés au commerce et aux investissements internationaux. Pour ce faire, il offre des procédures équitables et une instance indépendante, soit un système complet offrant un mécanisme rapide, efficace et peu onéreux de règlement des litiges.

La création du Centre du Caire s'est échelonnée comme suit :

a) Janvier 1978. Décision prise à la dix-neuvième session du Comité consultatif juridique Afrique-Asie (ci-après dénommé le Comité) de créer plusieurs centres d'arbitrage dans les pays d'Afrique et d'Asie;

b) Janvier 1979. Accord conclu entre le Comité et le Gouvernement égyptien en vue de la création du Centre du Caire;

c) Décembre 1987. Accord de Siège conclu entre le Comité et le Gouvernement égyptien, garantissant que le Centre du Caire bénéficierait de tous les privilèges et immunités des organisations internationales indépendantes en Egypte;

d) Juillet 1989. Accord conclu entre le Comité et le Gouvernement égyptien concernant la structure et les moyens financiers permanents du Centre du Caire.

On peut dire qu'outre sa fonction principale, le Centre du Caire a une fonction indirecte, pas moins importante compte tenu de ses incidences pour le climat général en matière d'investissement. La fonction principale consiste à offrir un arbitrage et une conciliation conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Des services techniques spécialisés peuvent également être fournis sous les auspices du Centre du Caire.

La fonction indirecte consiste en l'organisation de stages de formation pour des nationaux des pays d'Afrique et d'Asie. Ces stages sont préparés et menés par des experts et arbitres hautement qualifiés de toutes les régions du monde. Ils visent à créer une génération d'arbitres asiatiques et africains qui apporteront une contribution essentielle au progrès des pays de la région. Ces stages visent également à promouvoir l'arbitrage dans la région en général.

Outre ces stages de formation, le Centre du Caire organise également des conférences spécialisées et des séminaires sur divers domaines du règlement des litiges. La banque de données informatisées du Centre du Caire fournit tous les renseignements voulus sur les conventions internationales, les législations nationales, les règles et la jurisprudence dans le domaine du commerce et des investissements de la région, pour ce qui est de l'arbitrage

commercial international et d'autres moyens amiables de règlement des litiges. Ces services sont offerts à tous ceux qui contactent le Centre du Caire, qu'ils soient chercheurs, universitaires, parties à des litiges, personnes privées ou organisations.

Bien que le Comité consultatif juridique Afrique-Asie ait décidé de créer le Centre du Caire dès janvier 1979, il n'a été opérationnel qu'en 1983, en raison des arrangements financiers et administratifs qu'il a fallu mettre au point.

Un arbitrage sous les auspices du Centre du Caire offre les avantages d'un arbitrage ad hoc et institutionnel. Les arbitrages sont administrés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Le Centre fournit également une assistance aux parties pour l'exécution des sentences arbitrales; il s'agit là d'un avantage très important pour les parties dont les arbitrages sont administrés par le Centre du Caire.

Le barème des frais administratifs et des honoraires des arbitres du Centre est très raisonnable par rapport aux autres institutions d'arbitrage. A ce jour, 31 arbitrages internationaux ont été enregistrés par le Centre. La durée moyenne d'un arbitrage est très brève par comparaison avec d'autres institutions d'arbitrage.

Le Centre du Caire a créé en juillet 1989 l'Institut pour l'arbitrage et l'investissement (ci-après dénommé l'Institut) qui fonctionne sous ses auspices. Il s'agissait là d'une mesure visant à développer et renforcer les activités d'organisation de conférences, de séminaires et de stages de formation, ainsi que les activités de recherche. La plus importante initiative en la matière a été la Conférence sur l'arbitrage commercial international et la promotion et la protection des investissements étrangers dans la région Afrique-Asie, organisée en coopération avec le Secrétariat de la CNUDCI au Caire, du 10 au 21 mars 1988.

L'Institut est chargé d'organiser des conférences, séminaires et stages de formation et d'appuyer et promouvoir la recherche et la publication de périodiques et autres ouvrages. L'Institut aide également tous les pays de la région et leurs nationaux en fournissant des informations et des données relatives au commerce et aux investissements internationaux.

Les différents rôles confiés à l'Institut entrent dans la catégorie des objectifs indirects du Centre du Caire; ils sont toutefois d'une importance essentielle pour la réalisation de l'objectif direct du Centre, car ils permettent à ce dernier de développer ses activités de formation et de recherche et de progresser harmonieusement et efficacement vers lesdits objectifs.

Dans ce contexte, ayant une vision prospective de son rôle et de ses objectifs, le Centre du Caire considère comme l'une de ses principales tâches la constitution d'une génération d'hommes d'affaires, de juristes et d'arbitres qualifiés.

Depuis sa création, le Centre du Caire a organisé quatre conférences internationales et neuf stages internationaux de formation. Lors de chacun de ces stages, plus de dix nationalités de la région étaient représentées. D'autres stages de formation devraient être organisés dans d'autres pays.

Lors de toutes ces conférences et de tous ces stages de formation, l'un des principaux sujets était la nécessité d'assurer l'harmonisation et l'unification du droit commercial international. Cela, non seulement en raison des avantages matériels pouvant être tirés de cette harmonisation et de cette unification, mais aussi parce que le commerce international a des incidences importantes sur le développement de la compréhension mutuelle, de la confiance et de la collaboration entre des nations ayant des niveaux de développement social et économique différents. Trois importants instruments sont au coeur de toutes les activités de promotion du Centre : la Convention de New York de 1958, la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer de 1978 et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

Le rôle du Centre du Caire dans la promotion de la Convention de New York

L'importance et l'utilité de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ont été soulignées dans les stages susmentionnés et dans d'autres activités avec les pays de la région, et le Centre a toujours encouragé l'adhésion à cette Convention. Durant les stages, les instructeurs ont expliqué que la Convention de New York, de par son existence même et grâce à son application permanente et à l'élan qui a été donné à sa mise en oeuvre, a permis de promouvoir la courtoisie internationale - notion du droit international public - entre les nations, qu'elles soient signataires ou non. On ne saurait encore ignorer ces normes relatives à la pratique ou à l'administration privée ou institutionnalisée de la procédure arbitrale, notamment le respect mutuel, la retenue et l'autodiscipline, non plus que l'on ne saurait aujourd'hui ignorer ce système d'arbitrage et une tradition vieille de 34 ans.

Ainsi, les juges et les avocats participant à l'exécution des sentences arbitrales étrangères dans la région, qui sont toujours invités à participer aux stages susmentionnés, sont aujourd'hui mieux familiarisés avec la Convention de New York.

Conférence d'Alexandrie de 1992 sur l'arbitrage maritime et la promotion de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer de 1978

Désireux d'élargir sa compétence arbitrale, le Centre du Caire a fait un grand pas en avant en créant à Alexandrie un service spécialisé dans l'arbitrage maritime.

La création de ce service à Alexandrie, principal port égyptien sur la Méditerranée, présente de grands avantages pour les pays de la région Afrique-Asie, qui pourront, pour la première fois, recourir aux services d'un centre spécialisé dans les affaires maritimes, placé sous les auspices du Comité.

Une conférence sur l'arbitrage maritime doit se tenir à l'occasion de l'inauguration du Centre à Alexandrie, en octobre 1992. La Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer sera l'un des principaux sujets de cette conférence.

Rôle du Centre du Caire dans la promotion de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

L'arbitrage international est, par vocation, universel. Nul ne peut douter que l'arbitrage, de par son essence même, est un phénomène dont les dimensions culturelles transcendent la loi au sens strict.

Ainsi, les principes découlant de conventions internationales doivent prévaloir sur les lois nationales relatives à l'arbitrage, de sorte que l'on ne saurait invoquer des particularismes nationaux pour faire obstacle à une procédure arbitrale ou à la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales.

L'un des principaux objectifs dans le domaine de l'arbitrage commercial international est d'éviter que les parties ne recourent à des manoeuvres dilatoires pour faire obstacle à l'arbitrage ou s'opposer à la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères. En outre, il faut toujours s'attacher à réunir les conditions propres à assurer la nomination d'arbitres neutres et impartiaux, afin d'éviter que les parties elles-mêmes ne paralysent l'arbitrage dès le départ en ne désignant pas d'arbitres ou en ne convenant pas du tiers arbitre. Les principes procéduraux doivent toujours être équitables, afin que les parties puissent présenter leur requête et leur défense, sans que l'on oublie jamais que l'arbitrage international est une réalité de tous les jours.

Ainsi, lorsque la Loi type sur l'arbitrage commercial international a été adoptée par la CNUDCI et par l'Assemblée générale, répondant aux principales exigences de l'arbitrage commercial international, cet instrument est devenu l'un des principaux sujets des activités de promotion du Centre. Le Ministre égyptien de la justice a répondu positivement aux mémoires du Centre concernant la Loi type. La suggestion du Centre tendant à créer un comité chargé d'élaborer un projet de loi sur l'arbitrage commercial international pour l'Egypte a été acceptée. Ce comité était présidé par le professeur Mohsen Shafic et comptait parmi ses membres le professeur Samia Rashid, le professeur Samia El-Sharkawi et le Directeur du Centre du Caire. Après plusieurs réunions dans les locaux du Centre, le projet de loi a été rédigé.

Après avoir été examiné par le Service législatif du Ministère égyptien de la justice, ce projet doit maintenant être soumis à l'Assemblée populaire égyptienne qui devrait l'adopter à sa session actuelle. Une fois qu'il aura été adopté, le Centre du Caire organisera une conférence internationale afin de présenter les nouvelles perspectives qu'offre cette loi dans le domaine de l'arbitrage commercial international.

Le projet de loi a été distribué à des départements et institutions intéressés des pays arabes. Certains Etats envisagent eux aussi de rédiger une législation fondée sur la Loi type.

Le nouveau projet de loi égyptien en tant que lex specialis du système juridique égyptien

Le Comité de réforme a décidé de travailler à la réforme des règles relatives à l'arbitrage dans les relations commerciales internationales. Dans le même temps, il a été noté que la modification du Code de procédure civile et commerciale pourrait se heurter à l'opposition de traditionnalistes refusant les tendances modernes que reprend la Loi type de la CNUDCI, qui vise à libérer l'arbitrage des vieux dogmes nationalistes en se proclamant dans une large mesure autonome par rapport aux tribunaux nationaux. Ainsi, le projet

de loi a été élaboré en tant que législation indépendante et lex specialis du système juridique égyptien, applicable essentiellement à l'arbitrage commercial international. Toutefois, le projet de loi peut être appliqué aux arbitrages nationaux si les parties en conviennent.

Le projet de loi pourrait donc être adopté sans que soient modifiées les dispositions du Code de procédure civile et commerciale, qui resteraient applicables aux affaires nationales n'entrant pas dans le champ d'application de la nouvelle lex specialis.

Selon le libellé adopté par le Comité, tous les litiges relatifs au commerce, aux investissements ou aux affaires ou à d'autres relations économiques seraient régis par la nouvelle loi. Le comité de rédaction n'a laissé aucun moyen d'échapper à la nouvelle législation - lorsqu'elle aura été promulguée - en affirmant que la relation n'est pas réputée commerciale en vertu du droit national, avec toutes les conséquences que cela entraîne en ce qui concerne par exemple la non-arbitrabilité ou l'introduction d'une pseudo-distinction entre les questions arbitrables à l'étranger et les questions qui ne peuvent être arbitrables qu'en Egypte.

En outre, le Comité de réforme a décidé que la non-arbitrabilité devrait être définie sur la base d'un critère unique clairement énoncé : les questions ne pouvant faire l'objet d'un règlement. A contrario, toute question que les parties peuvent régler par consentement mutuel, devant un tribunal ou non, serait considérée par nature comme arbitrable, et aucune référence n'est faite à la notion d'ordre public qui a été utilisée dans le passé pour limiter indûment le champ des questions pouvant faire l'objet d'un arbitrage.

Le projet de loi offre également aux parties la liberté de choisir le lieu de l'arbitrage; elles peuvent naturellement choisir un lieu hors d'Egypte.

L'arbitrage international au sens du projet de loi et application territoriale

Le Comité s'est conformé au critère énoncé dans la Loi type pour déterminer les cas dans lesquels l'arbitrage peut être considéré comme international.

Le Comité a jugé approprié de disposer que l'arbitrage est également considéré comme international dans tous les cas où les parties ont convenu de se référer à une organisation ou un centre international d'arbitrage, pour un arbitrage en application des règles de cette organisation ou de ce centre. Ainsi, un arbitrage qu'il a été convenu d'organiser sous les auspices de la CCI, de l'AAA ou du Centre du Caire est toujours considéré comme international, même s'il concerne des parties égyptiennes et une relation qui pourrait normalement être considérée comme interne.

Le Comité a adopté la même politique pour ce qui concerne le champ d'application géographique de la nouvelle loi. Le projet de loi indique clairement que son application n'est pas simplement territoriale, c'est-à-dire qu'il ne vise pas qu'à régir les arbitrages ayant lieu dans le pays. Au contraire, la nouvelle loi pourrait avoir une application extra-territoriale si les parties convenaient de la choisir en tant que loi applicable à l'arbitrage.

Le Comité a adopté une attitude libérale quant à l'exterritorialité de la nouvelle loi égyptienne sur l'arbitrage. Le projet de loi dispose que les parties sont libres de choisir la lex arbitri pour un arbitrage hors d'Egypte.

Conformément à la Loi type de la CNUDCI, le projet de loi précise qu'il n'est pas nécessaire que les parties elles-mêmes choisissent les arbitres. Elle met ainsi fin au recours abusif au paragraphe 3 de l'article 502 du Code de procédure civile et commerciale aux termes duquel la nomination d'arbitres par des tiers est contraire à une règle de droit national réputée être d'ordre public. En outre, le projet de loi reconnaît l'autonomie de la clause compromissoire et dispose clairement que les tribunaux nationaux doivent lui donner plein effet en déclarant non recevable toute action intentée en justice malgré la clause. Il dispose également que toute mise en cause de la validité de la convention d'arbitrage, la détermination de son champ d'application et d'autres questions liées à son interprétation sont tous de la compétence du tribunal arbitral.

Inspiré de la Loi type de la CNUDCI, le projet de loi modifie sur plusieurs points fondamentaux la réglementation juridique de la procédure arbitrale. Au contraire du Code de procédure civile et commerciale, qui interdit toute ingérence judiciaire éventuelle dans la nomination des arbitres, le nouveau projet de loi autorise les tribunaux arbitraux à remplacer la partie défaillante pour ce qui est de la nomination des arbitres.

Le projet de loi élimine également toute controverse quant à l'utilisation de langues autres que la langue officielle, c'est-à-dire l'arabe, dans la conduite d'arbitrages en Egypte et quant à la possibilité de présenter des copies, et non l'original comme le prescrit le Code de procédure civile et commerciale.

Outre les diverses règles de procédure détaillées et autres précisions apportées dans la Loi type de la CNUCDI et reprises dans leur intégralité par le projet de loi égyptien, le Comité de réforme a introduit de nouvelles règles de grande importance pratique pouvant être résumées comme suit :

a) Conformément à la réforme française de 1981, le projet de loi égyptien soumet toutes les questions relatives à la procédure arbitrale à la compétence d'une des trois Cours d'appel (Le Caire, Alexandrie, Assiout), au choix des parties et, faute d'accord, à la Cour d'appel du Caire seulement;

b) Tous les délais fixés pour l'exécution de certains actes ont été réduits dans le projet égyptien de trente jours, comme l'envisage la Loi type de la CNUDCI, à quinze jours;

c) Dans le cas où le tribunal arbitral a prononcé une sentence préliminaire qui est ultérieurement attaquée devant la Cour d'appel compétente, le jugement de rejet du recours a définitivement force exécutoire. Selon le projet de loi, les motifs invoqués pour intenter un recours ne peuvent être invoqués une nouvelle fois pour demander la nullité, une fois que la sentence arbitrale finale a été prononcée;

d) Il a été jugé important de spécifier que le tribunal arbitral est libre de conduire les audiences sans être tenu de respecter les formalités prévues en la matière par le Code de procédure civile et commerciale;

e) Le Comité de réforme a introduit un article, sans équivalent dans la Loi type de la CNUDCI, qui codifie un principe essentiel : la nécessité de traiter les deux parties sur un pied d'égalité absolu, en accordant à chacune la possibilité de présenter pleinement ses moyens.

Le Comité de réforme a jugé appropriée la notion adoptée par la Loi type de la CNUDCI concernant la nécessité de prévoir un délai raisonnable durant lequel la partie ayant perdu l'arbitrage peut intenter un recours contre la sentence devant les tribunaux nationaux. Afin de limiter cette période d'incertitude, le projet de loi exige, en tant que principe général, que la partie en question dépose sa demande d'annulation de la sentence arbitrale dans un délai de quatre-vingt-dix jours suivant la réception de la sentence.

Le projet de loi égyptien introduit notamment les innovations suivantes :

a) La sentence arbitrale ne devient finale que dans les deux cas suivants : expiration du délai de quatre-vingt-dix jours sans qu'ait été déposée une demande d'annulation; ou rejet par la Cour d'appel d'une demande d'annulation. Avant cela, la sentence ne peut être exécutée par les tribunaux;

b) Une fois que la sentence est devenue finale en application de la règle énoncée ci-dessus, son exécution peut être demandée au moyen de procédures considérablement simplifiées, sauf dans un cas exceptionnel, s'il est prouvé qu'elle est contraire à l'ordre public du pays dans lequel l'exécution est demandée.

Enfin, on notera à ce propos que la Cour de cassation égyptienne a clairement indiqué à diverses occasions qu'il fallait interpréter restrictivement la notion d'ordre public. Selon la jurisprudence du tribunal suprême égyptien, cette notion est similaire à celle d'"ordre public international" tel que l'interprètent les autorités judiciaires et la doctrine françaises.

4. Débat

PROFESSEUR GILBERTO BOUTIN
Panama

Qu'il me soit permis de faire quelques observations sur la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), pour autant qu'elle concerne l'Amérique latine. La Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (Panama, 1975) s'inspire de la Convention de New York qu'elle a, grâce à la délégation équatorienne, intégrée dans son texte. S'agissant de l'Amérique latine, il faut s'en féliciter, ne serait-ce que parce que l'arbitrage, par la voie soit de la Convention de Panama, lieu de passage obligé du règlement des différends, soit de la Convention de New York, a eu deux effets positifs : la coopération dans le domaine juridictionnel et l'intégration du droit latino-américain dans le domaine du droit commercial. Ces deux conséquences sont essentielles, ne serait-ce qu'en raison de la survivance, en Amérique latine, d'une loi territoriale, héritée de l'époque coloniale espagnole, qui, en l'absence de ladite Convention, n'aurait peut-être pas permis l'intégration d'un droit moderne supranational.

Il subsiste certaines difficultés, surtout à Panama, en sa qualité de centre financier et maritime et centre de réassurance. Je mentionnerai en particulier le problème de la nationalité de la sentence arbitrale et celui du

non-respect des formes régulières, illustrations, en fait, de situations qui, d'un point de vue juridictionnel, ne font l'objet d'aucune définition claire. La doctrine européenne, notamment la doctrine française, a grandement contribué à l'éclaircissement de cette question et, partant, sans aucun doute, à l'intégration du droit latino-américain.

ANON BROCHES
Ancien Vice-président et Conseil juridique de la Banque mondiale, Washington, D.C.

Je serai très bref. J'ai demandé la parole pour indiquer que je ne souscris pas aux vues d'Albert Jan van den Berg, qui fait autorité dans le domaine de la Convention de New York, s'agissant de son interprétation du champ d'application des sentences arbitrales non nationales ou nationales. Dans l'intervalle, l'opinion que je tenais à exprimer l'a été par le professeur Bernini, si bien qu'il me paraît inopportun de faire perdre du temps à la réunion en m'étendant sur ce point.

LUIS COVA ARRIA
Président du Centro Permanente de Arbitraje Marítimo, Caracas

J'ai demandé la parole pour exposer quelques idées en ce qui concerne l'arbitrage dans les pays en développement. L'orateur qui a pris la parole avant moi a traité de l'arbitrage par le Centre régional du Caire. De fait, des centres régionaux d'arbitrage sont actuellement créés dans les pays en développement. Malheureusement, l'arbitrage est devenu un commerce. Cette affirmation n'a pas seulement cours dans les pays en développement : d'éminents juges auprès de centres d'arbitrage tels que celui de Londres n'hésitent pas à se rendre fréquemment dans divers pays en faisant valoir que Londres ou New York ou d'autres centres devraient être retenus comme centre d'arbitrage. Cela suppose évidemment des honoraires d'avocats élevés, le transport des témoins et ainsi de suite. Soyons francs : pour les pays en développement, cela signifie des frais supplémentaires. Aussi le besoin s'est-il fait sentir de créer des centres d'arbitrage dans les pays en développement. Cela ne va pas sans difficultés évidemment, car les centres traditionnels offrent incontestablement des avantages. Ils ont créé ce que l'on appelle la lex mercatoria. Il s'agit en quelque sorte d'une loi, et c'est cela qui est vendu dans un certain sens. La communauté commerciale a tendance à considérer qu'il s'agit là de la loi idéale. Nous croyons comprendre que la lex mercatoria devient de plus en plus la loi commune : principe que les lois d'autres pays, de droit romain ou de tradition continentale, ne semblent pas appliquer bien souvent.

Dans un domaine très spécifique du droit international, à savoir le droit maritime, une association, l'Association ibéro-américaine pour le droit maritime a été créée en 1987. L'une de ses fonctions principales, dès sa création, a consisté à promouvoir l'arbitrage maritime. L'Association a créé un centre d'arbitrage maritime, centre permanent connu sous le sigle CEAMAR, ayant son siège à Caracas et ayant pour tâche de s'efforcer de régler un grand nombre de problèmes maritimes.

La création de ce centre présente évidemment un avantage car, pour nos pays, cela équivaut à remplacer les procédures judiciaires ordinaires qui, du point de vue de l'efficacité, de la rentabilité et du professionnalisme, sont souvent mal adaptées. Il semble qu'un tel centre serait plus rentable. L'on trouve déjà, dans la région, des personnes ayant acquis, parfois au fil de longues années, la formation nécessaire pour concurrencer les centres traditionnels d'arbitrage déjà mentionnés et mettre fin à la domination qu'ils exercent actuellement.

Je tenais à vous informer de l'existence de ce centre et à inviter les membres du groupe ibéro-américain ici présents à ratifier la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), ainsi qu'une autre convention, évoquée ici par le représentant du Chili, Rafael Eyzaguirre, à savoir la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (Panama, 1975) qui est bien plus complète que la Convention de New York. Son champ d'application est plus vaste et elle offre des possibilités d'arbitrage institutionnel, arbitrage autorisant le recours à des centres d'arbitrage.

BONITA THOMPSON
Vancouver Centre for Commercial Disputes, British Columbia International Commercial Arbitration Center, Vancouver, Colombie britannique (Canada)

Je voudrais tout d'abord, au nom du Canada et des personnes actives dans le domaine de l'arbitrage international, exprimer notre profonde gratitude à la CNUDCI et à son secrétariat pour l'oeuvre qu'ils ont accomplie en matière d'arbitrage commercial international. Sans les travaux de la CNUDCI, nous autres Canadiens n'aurions pas, aujourd'hui, la possibilité de participer à l'arbitrage commercial international tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de nos frontières, au même titre que d'autres qui le font depuis si longtemps. Nous vous en remercions très vivement, vous et votre secrétariat.

Si j'interviens à ce stade c'est en raison de l'expérience que j'ai acquise en qualité d'universitaire, puis de rédacteur de projets de lois ayant travaillé sur la Loi type de la CNUDCI au Canada, puis de directeur exécutif d'un institut d'arbitrage à Vancouver et, ultérieurement, de consultant dans un cabinet privé. Je voudrais aborder un domaine qui, je crois, est actuellement négligé. En collaborant avec des parties commerciales dans les diverses activités professionnelles que j'ai exercées, j'ai constaté que nous autres juristes avions tendance à méconnaître les réalités commerciales. Celles-ci reflètent souvent les raisons pour lesquelles des différends surgissent : malentendus, communications insuffisantes et tout un éventail d'autres sujets de mécontentement non initialement perçus comme étant des droits ou des différends sur des droits, mais qui, lorsqu'ils sont confiés à des avocats, sont traités dans ces termes. Aussi, encore qu'il faille s'employer à unifier et uniformiser la définition des droits, importe-t-il également de parler des moyens que nous pouvons employer pour régler les différends nés des contrats.

Dans ce domaine, je me suis beaucoup intéressée à l'élaboration des méthodes fondées sur le consensus et la collaboration, qui peuvent être associées à des méthodes de règlement définitif telles que l'arbitrage. Je crois qu'il faut commencer par faire connaître ces divers types de méthodes fondées sur le consensus, leur fonctionnement, leurs objectifs, ainsi que les modalités selon lesquelles elles peuvent être dûment incorporées dans une convention, afin que les parties ne passent pas un temps excessif à se demander quelle méthode permettrait de régler leurs différends, mais puissent plutôt se concentrer sur le fond de ces derniers.

A mon avis, il conviendrait peut-être, en cette auguste enceinte, d'étudier la possibilité de fournir aux parties, dans l'arène commerciale internationale, une assistance qui leur permette d'élaborer des variantes de méthodes fondées sur le consensus et associées à des méthodes de règlement définitif, et de les incorporer dans leurs clauses et leurs contrats. Il me semble que, si nous parvenons à donner un mode d'emploi pratique et intelligible de toute une gamme de ces méthodes, nous nous engagerons dans la voie d'une harmonisation des relations commerciales au plan international, et les parties consacreront moins de temps et d'énergie à l'élaboration, au dernier moment, de la méthode voulue. Nous nous trouvons ici sur le terrain de la pratique préventive du droit.

CESAR GUZMAN-BARRON
Sobrevilla, Lima (Pérou)

Je représente le Centre d'arbitrage commercial du Pérou, qui est affilié au Centre international de la Commission interaméricaine d'arbitrage. Le Pérou est partie au plein sens du terme de la Convention de Panama de 1975 et de la Convention de New York de 1958. Je tiens à partager avec vous l'expérience acquise par le Pérou en matière d'arbitrage.

Pour commencer, je voudrais signaler que, par décret-loi du 4 mars 1992, le Pérou a adopté la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, qui marque une étape importante dans le domaine de l'arbitrage international. Les travaux qui ont abouti à l'adoption du décret-loi ont été riches d'enseignements, que nous voudrions partager avec vous. Si la Loi type a été adoptée, c'est parce que, quatre ans auparavant, nous avions appris que notre association pouvait faire fonction d'organe de contrepartie de la CNUDCI et que nous avons proposé à notre gouvernement d'incorporer la Loi type dans sa législation.

La question de l'incorporation de la Loi type que nous étudions au sein d'une commission de l'Association du barreau de Lima, est un sujet très important pour le Pérou et, je présume, pour plusieurs pays latino-américains voire d'autres pays en développement. La pratique du règlement judiciaire s'est en définitive révélée très négative. La solution de rechange, à savoir un mécanisme autonome de règlement de conflits, commerciaux ou autres, comme c'est le cas dans l'arbitrage, revêt une grande importance. A ces fins nous devrions analyser une fois de plus l'article 6 de la Loi type, qui dispose qu'un tribunal peut exercer des fonctions de contrôle et traiter d'aspects non spécifiés. A cet égard nous étudions, au Pérou, la possibilité de confier cette tâche à un tribunal "ad hoc", un tribunal spécial, qui serait chargé du contrôle de l'arbitrage, exécuterait toutes les sentences non exécutées sans avoir à recourir à une solution judiciaire et nommerait les arbitres dès lors qu'ils ne le seraient pas par les parties. En d'autres termes, on créerait en fait une juridiction parallèle, indépendante et autonome. Nous estimons que ce n'est qu'ainsi que les hommes d'affaires au Pérou adopteront l'arbitrage pour résoudre leurs conflits. Telle est la position que nous envisageons d'adopter. Il importe de l'avoir à l'esprit dans les travaux de la CNUDCI. Nous avons certes adopté la Loi type, mais nous nous réservons la possibilité d'y apporter des retouches. Nous pouvons en dire autant des enseignements que le Pérou tire de ses relations avec la CNUDCI. Ce Congrès a été pour nous une expérience extrêmement enrichissante.

A l'Association du barreau, nous avons décidé d'organiser un congrès national sur le droit commercial international. A cette occasion, nous examinerons s'il est opportun de signer les conventions sur le transport et les ventes internationales. Voilà où nous en sommes, et nous avons indiqué qu'il existe une relation - non encore entièrement contraignante - entre la CNUDCI et d'autres organes tels que la Chambre de commerce de Paris. Pour cette raison nous avons décidé, au Pérou, de créer une commission d'appui appelée à faire fonction d'organe de contrepartie officieux de la CNUDCI. Malheureusement, en raison d'autres affaires importantes, nous n'avons pas participé de façon suivie aux activités de cette dernière.

Il faudrait un groupe national de contrepartie. C'est là que se retrouveraient ceux que nous aurions aimé entendre à ce congrès : les sociétés qui utilisent ou non les conventions, les universités et les organes spécialisés. C'est pourquoi - et vous voudrez bien m'excuser d'aborder une question autre que l'arbitrage - nous voudrions souligner qu'il faudrait à un moment ou à un autre, à l'issue de ce congrès, faire mention de la nécessité pour des pays comme le Pérou, qui ne peuvent participer activement à la CNUDCI, de disposer de groupes d'appui composés de représentants des milieux juridiques, des milieux d'affaires, des universités et des pouvoirs publics, qui portent un intérêt particulier au développement des activités très importantes de cette Commission.

J. B. DADACHANJI
Avocat à la Cour suprême, New Delhi

Monsieur le Président, nous avons entendu les remarquables exposés des professeurs van den Berg et Ivan Szasz. En ma qualité de juriste praticien participant à des procédures d'arbitrage, je voudrais relever les difficultés d'ordre pratique que l'article 2 de la Convention de New York pose dans les pays en développement.

L'article 2 ne précise pas en quoi consiste une convention nationale, une convention internationale ou une convention à connotation internationale, comme certains auteurs l'ont dénommée. Aussi les tribunaux des pays en développement adoptent-ils des vues très différentes en la matière. En Angleterre, par exemple, il suffit que l'un des deux résidents dans ce pays soit étranger pour qu'en vertu de la Loi de 1975 une convention soit considérée comme internationale. Aux Etats-Unis d'Amérique, si je comprends bien, même si deux ressortissants américains signent une convention d'arbitrage, celle-ci est considérée comme une convention internationale dès lors que son objet est situé en dehors des Etats-Unis et suppose des droits et des obligations dans un pays tiers.

Tout autre est l'appréciation portée dans les pays en développement où la convention, à moins de déboucher sur une sentence étrangère, ne saurait être considérée comme une convention internationale, mais sera assimilée à une convention nationale, notamment parce que, dans nombre de pays en développement, en vertu des législations nationales, les accords de collaboration avec les pays développés contiennent une clause - clause type en quelque sorte - aux termes de laquelle la législation du pays en développement régit le contrat. C'est là que réside la difficulté. Si la loi du pays régit le contrat, la législation en matière d'arbitrage et la loi territoriale régiront l'arbitrage, et la sentence sera nationale et non étrangère.

Telles sont les vues qui ont actuellement cours dans le domaine du règlement des litiges. La CNUDCI devra assurément procéder à quelque enquête en vue de recommander ce qu'il convient de faire. Le professeur van den Berg a affirmé qu'il s'agit d'une question d'interprétation. Mais où l'interprétation nous conduit-elle ? Il se pourrait qu'il y ait conflit d'opinions judiciaires dans un même pays; cela est arrivé dans le mien (en Inde). Il peut aussi y avoir des conflits d'opinions judiciaires entre différents pays. Dans un pays, le tribunal pourrait adopter une certaine position quant à savoir ce qui constitue une sentence étrangère ou une convention nationale. Un autre pays pourrait adopter une position différente. Comment allons-nous régler ces conflits d'interprétation ? Est-il nécessaire de constituer un tribunal international et d'effectuer des recherches et d'attribuer à ce tribunal le pouvoir de décider de l'interprétation de la Convention de New York ? Ou bien est-il possible d'apporter, dans le cadre du Règlement de la CCI, des modifications complémentaires et d'attribuer au tribunal le pouvoir d'interpréter les clauses conventionnelles ? Ou devrait-on adopter une convention distincte qui définirait ces problèmes - compte tenu notamment du fait que, dans les pays en développement, on conclut de plus en plus d'accords de coentreprise avec une participation étrangère - et qui déterminerait que la législation du pays régira le contrat ?

L'autre problème est celui de la force exécutoire des sentences et de la contestation de leur force exécutoire. L'expression "ordre public", commentée par les orateurs qui ont pris la parole avant moi, est une expression très élastique et souple. Nombre de sentences ont été annulées. Par exemple, une sentence rendue à Londres accordait des dommages-intérêts à une partie londonienne au titre de la violation d'un contrat par une entité du secteur public d'un autre pays, au motif que les administrateurs étaient tous fonctionnaires, et que ces fonctionnaires, portant deux casquettes à la fois, avaient interdit l'exportation du produit en question vers l'Angleterre. L'arbitre londonien a déclaré qu'il n'y avait pas, en l'espèce, de force majeure. En effet, les administrateurs de la société étaient aussi fonctionnaires du ministère. Lorsqu'il s'est agit de faire exécuter la sentence dans le pays du secteur public en question, le tribunal a estimé qu'elle était contraire à l'ordre public car, selon la loi de l'Etat, les sociétés du secteur public, bien que propriété de l'Etat à 100 %, constituaient des entités entièrement distinctes. Je tiens à souligner ces difficultés d'ordre pratique. L'orateur qui a pris la parole avant moi a estimé que la CNUDCI est la solution à ces problèmes. J'en dirai autant et, en ma qualité d'avocat, je recommanderai le choix de cette voie. Mais qu'en est-il des accords existants, du Règlement de la CCI et de la Convention de New York ?

Notes

1/ Convention des Nations Unies de 1978 sur le transport des marchandises par mer (Règles de Hambourg), art. 22; Convention de 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route, art. 33; Convention internationale de 1961 concernant le transport des voyageurs et des bagages par chemin de fer (CIV), art. 61; Convention internationale de 1970 concernant le transport des marchandises par chemin de fer (CIM), art. 61; Convention internationale de 1970 concernant le transport des voyageurs et des bagages par chemin de fer (CIV), art. 57; Convention des Nations Unies de 1980 sur le transport multimodal international de marchandises, art. 27; et Accord de Budapest de 1971 sur la coopération en matière de navigation maritime commerciale, art. 13.

2/ A. J. van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 (Deventer, Kluwer, 1981).

3/ Yearbook Commercial Arbitration, vol. III (Deventer, Kluwer, 1978), p. 225.

4/ A. J. van den Berg, "Should an international arbitrator apply the New York Arbitration Convention of 1958?", J. C. Schultsz et A. J. van den Berg, éd., The Art of Arbitration (Deventer, Kluwer, 1982), p. 39.

5/ Journal du droit international N° 4, 1988, p. 1207.

6/ Yearbook..., vol. III, p. 137.

7/ Yearbook..., vol. III, p. 212,; Yearbook..., vol. VI, p. 142; Yearbook..., vol. XI, p. 185; Yearbook..., vol. XIII, p. 1293; Yearbook..., vol. XIV, p. 156 et 191; Yearbook..., vol. XVI, p. 13; sentence N° 6531 de la CCI; Yearbook..., vol. XVII, p. 221 à 225; sentences arbitrales de la CCI, affaires N° 6752 et 5597 de la CCI, non publiées.

8/ A. J. van de Berg, The New York Arbitration Convention of 1958 (Deventer, Kluwer, 1981).

9/ Sentence N° 4604 de la CCI, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985 (Deventer, Kluwer, 1990), p. 546. Voir également P. Bellet, "Prospects for and enforcement difficulties of the arbitral award", Colloque d'arbitres, mai 1990, Institut du droit et de la pratique des affaires.

10/ Sentence N° 2730 de la CCI, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985 (Deventer, Kluwer, 1990), p. 490; sentence N° 5485 de la CCI, Yearbook..., vol. XIV, p. 156; sentences N^{os} 6733 et 6223 de la CCI, non publiées; sentence N° 6697 de la CCI, Revue de l'arbitrage N° 1 (1992), p. 135.

11/ Voir la Convention européenne de 1961, la Convention de Panama de 1975 et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

12/ Sentences N° 6379 de la CCI (Yearbook...), vol. XVII, p. 212 à 220.

13/ Sentences Nos 5385, 6223 et 6733 de la CCI, non publiées.

14/ Yearbook..., vol. IV, p. 191; vol. VII, p. 137; sentence N° 6379 de la CCI, voir plus haut note 12.

15/ Yearbook..., vol. III, p. 212.

16/ Yearbook..., vol. VI, p. 142. Le tribunal arbitral de l'Association néerlandaise pour le marché des cuirs et des peaux a en outre déclaré : "Il y a eu lieu d'ajouter que si la Convention de New York devait ne pas être appliquée en vertu du paragraphe 1 de son article VII, la validité formelle de la clause compromissoire devrait néanmoins être confirmée". (Yearbook..., vol. VII, p. 137.)

17/ Yearbook..., vol. XVI, p. 13.

18/ Sentence N° 6531 de la CCI, Yearbook..., vol. XVII, p. 221 à 225.

19/ Sentence N° 5597 de la CCI, non publiée.

20/ Yearbook..., vol. VI, p. 142.

21/ Yearbook..., vol. VII, p. 137.

22/ Yearbook..., vol. X, p. 89,; Yearbook..., vol. XIV, p. 191; Yearbook..., vol. XVI, p. 13.

23/ Yearbook..., vol. VI, p. 142; voir également Yearbook..., vol. XI, p. 185.

24/ Sentence N° 4589 de la CCI, Yearbook..., vol. XI, p. 148.

25/ Sentence N° 5485 de la CCI, Yearbook..., vol. XIV, p. 156; sentence N° 3383 de la CCI, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, p. 394; sentence N° 5385, non publiée; sentence MAC, Yearbook..., vol. XIV, p. 209.

26/ Sentence N° 1512 de la CCI, Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, p. 33.

27/ Yearbook..., vol. XIV, p. 156.

VI. LE ROLE FUTUR DE LA CNUDCI

A. L'évolution du rôle de la CNUDCI

PROFESSEUR KAZUAKI SONO
Sapporo (Japon); Conseiller juridique assistant, Fonds monétaire international; Secrétaire de la CNUDCI, 1980-1985

Le professeur Boss a noté durant le Congrès que 3 000 milliards de dollars sont transférés chaque jour par l'intermédiaire du Clearing-House Interbank Payment System (CHIPS) à New York seulement, et ce, vers tous les coins du monde. Sur ces 3 000 milliards de dollars, la part des paiements liés au commerce traditionnel n'est que de quelques points de pourcentage. Tous les autres virements sont effectués à d'autres fins, maintenant que la liberté de mouvement des capitaux transcende les frontières nationales. Le commerce traditionnel de marchandises n'est plus l'élément moteur de la répartition mondiale des ressources.

Avant la naissance des Etats souverains modernes, l'ordre et la stabilité étaient préservés du fait de l'adhésion à des pratiques universellement acceptées. Depuis, chaque Etat exerçant sa souveraineté a promulgué des lois régissant l'activité économique dans les limites de ses frontières. Auparavant, l'interaction économique entre les Etats était assez simple et se faisait essentiellement par l'échange de marchandises. L'idée d'une uniformisation des législations nationales du commerce international et les premières tentatives en la matière, datant des années 20, se fondaient sur cette ordre de choses. L'année 1966, durant laquelle la Commission a été créée, appartient à cette période. Alors s'ouvrait la porte du commerce Est-Ouest, une légère brise soufflait sur le rideau de fer.

Durant ses premières années, la CNUDCI s'est donc attachée presque exclusivement à élaborer des règles dans des domaines pour lesquels les législations nationales étaient bien développées, notamment la vente internationale de marchandises et le transport de marchandises par mer. Dans ces domaines, la jurisprudence et les conséquences pratiques des règles en vigueur étaient bien connues. La CNUDCI pouvait se vanter d'être reine dans son domaine. C'était une période où l'on unifiait le droit privé de chaque nation dans le domaine du commerce traditionnel, sans remettre en cause l'ordre juridique commercial international en vigueur.

Toutefois, le système de Bretton Woods, qui se fondait lui aussi initialement sur un ensemble d'ordres nationaux séparés, s'est effondré, alors même que le cadre des activités économiques était en pleine transformation compte tenu de la liberté des investissements étrangers directs et de la libéralisation des mouvements de capitaux. Le coup décisif a été porté lors de l'adoption du système des taux de change flottants en mars 1973. Depuis, grâce aussi aux progrès techniques en matière de communications et de transports, la globalisation de l'activité économique s'est rapidement étendue à la plupart des échanges commerciaux dans le monde et la structure de ces échanges en a été sensiblement modifiée.

Afin de tenir compte de l'évolution de l'activité économique mondiale et des nouvelles tendances, le programme de travail de la Commission s'est éloigné progressivement des domaines commerciaux traditionnels. On a par exemple élaboré des guides juridiques sur les installations industrielles et sur les transferts électroniques de fonds. Le Groupe de travail de la CNUDCI sur le nouvel ordre économique international, qui a été créé en 1980, a jugé

approprié d'élaborer, en tant que premier projet, le Guide judirique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles.

On ne saurait nier que l'utilisation d'un terme à forte connotations politiques tel que "nouvel ordre économique international" pour désigner un des groupes de travail de la CNUDCI faisait suite aux pressions politiques, au sein du système des Nations Unies, visant à pousser la CNUDCI à entreprendre des activités dans le domaine de ce nouvel ordre. Toutefois, comme il ressort clairement du rapport de sa première session, le Groupe de travail n'a pas estimé qu'il serait productif de se contenter d'un échange de cris de guerre ou de slogans politiques alors à la mode. Et ce climat politique a donné à la Commission une excellente occasion d'élargir son programme de travail au-delà des domaines traditionnels, compte tenu de l'évolution des relations économiques mondiales. La mission historique du Groupe de travail du nouvel ordre économique international s'achèvera cette année avec l'adoption d'une Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés. Permettez-moi d'ajouter à ce propos que, dans le cadre des négociations du cycle de l'Uruguay, on s'efforce d'élaborer des règles uniformes équitables et transparentes, dans des domaines tels que l'inspection avant expédition et les procédures d'octroi de licences d'importation, et ce en se conformant, avec une fidélité étonnante, à la philosophie qui sous-tend le projet de la CNUDCI sur la passation des marchés.

Le commerce mondial a connu des mutations profondes depuis les débats animés des années 70 sur le nouvel ordre économique international. Dans ce contexte, on notera avec intérêt que le Comité des aspects juridiques du nouvel ordre économique international, de l'Association de droit international, qui a été créé lors de la Conférence de Belgrade de 1980, l'année même où était créé le Groupe de travail de la CNUDCI sur le nouvel ordre économique international, a déjà changé de nom et s'appelle maintenant Comité des aspects juridiques du développement durable, depuis la Conférence de l'Association qui s'est tenue au Caire le mois dernier. L'heure est peut-être également venue pour la CNUDCI, étant donné que, l'année prochaine, le programme relatif au nouvel ordre économique international devrait être achevé, de rebaptiser son Groupe de travail en l'appelant peut-être "Groupe de travail sur l'économie mondialisée" et en le chargeant d'étudier les conséquences de l'intégration mondiale de l'économie et l'intérêt des approches juridiques actuelles, ainsi que les ajustements auxquels il faudra peut-être procéder compte tenu des réalités.

Si l'activité économique transcende maintenant les frontières nationales, le droit devrait faire de même et se délocaliser. Par exemple, si la notion d'équité continue d'être appliquée à un échelon local, de la manière traditionnelle, il est tout à fait concevable qu'elle prenne de plus en plus les couleurs du protectionnisme. Au départ, la réglementation économique de chaque nation avait essentiellement pour objet d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, ce qui était tout à fait justifié à l'époque du commerce traditionnel. Toutefois, depuis peu, on s'efforce de plus en plus de donner à ces réglementations un champ d'application extra-territorial, ce qui suscite déjà des conflits de compétence risquant d'embrouiller complètement les parties à des activités économiques.

Dans le domaine du règlement des litiges commerciaux internationaux, le succès des activités de la CNUDCI en matière d'arbitrage commercial international est arrivé à point nommé, car il coïncidait avec la période de mondialisation de l'activité économique durant les années 70. Par sa souplesse, l'arbitrage permet souvent aux arbitres de s'écarter de lois

nationales pas toujours pratiques, notamment pour le règlement de litiges découlant de contrats modernes complexes. Et, par le biais des sentences arbitrales, la notion de primauté de la raison réapparaît à l'échelon international, loin du positivisme juridique et des dogmes traditionnels.

Pour les opérations complexes que l'on rencontrait rarement dans le passé, on a tendance à recourir au "principe général du droit", la lex mercatoria, ou au "principe de la bonne foi et de l'équité", notamment par le biais des clauses compromissoires. Durant le Congrès, j'ai été personnellement informé par une source fiable que de 5 à 10 % des litiges soumis à l'arbitrage comportaient déjà de telles clauses. La personne qui m'a donné ce renseignement a dit "de 5 à 10 % seulement", mais, pour moi, c'est là un pourcentage très important. Pourtant, la teneur même de ces principes est loin d'être claire. Il est intéressant de noter dans ce contexte que des organes internationaux tels qu'UNIDROIT et la Communauté européenne s'attachent actuellement à en préciser la teneur en énonçant des principes du droit contractuel international, sous l'influence de la Convention des Nations Unies sur les ventes qui continue de contribuer sensiblement à la réorientation de la jurisprudence traditionnelle axée sur les dogmes, et pas seulement dans le domaine des ventes. L'Association de droit international a également commencé d'élaborer des principes contractuels généraux, par le biais - il est intéressant de le noter - de son comité de l'arbitrage commercial international.

Comme l'a indiqué le professeur Don King, on éprouvera sans doute bientôt le besoin de créer un tribunal mondial du commerce, initialement pour les cas dans lesquels auront été invoqués, durant l'arbitrage, une lex mercatoria nationale ou des principes généraux du droit contractuel. Durant ce Congrès, nous avons déjà entendu une suggestion du professeur Roy Goode portant sur la création d'un tribunal international chargé d'interpréter les textes juridiques uniformes.

L'économie mondialisée met à bas l'ordre ancien. Le processus actuel d'unification de la Communauté européenne, qui prévoit un abandon graduel et volontaire de souveraineté de la part de ses membres, constitue en partie une adaptation à cette réalité. Nous avons déjà entendu une déclaration passionnante du professeur Uwe Schneider à ce propos. Les déclarations des professeurs Manuel Olivencia Ruiz et Joaquin Bonell vont également dans ce sens. Les vagues de "déréglementation" ou de "libéralisation" dans les domaines administratif et économique à l'échelon national ne constituent que des étapes préparatoires visant à jeter les fondations du futur ordre mondial. La libéralisation en tant que telle n'est pas un objectif ultime. Une fois libéré de ses entraves traditionnelles, le monde devra étudier, en fondant ou non sur une nouvelle idéologie, quelle direction devrait prendre notre village planétaire. Dans le domaine de l'activité économique, il est déjà tout à fait concevable que l'on discute d'une loi uniforme antimonopole à l'échelon international. Nous devrions réfléchir sur la disparité entre d'une part une activité économique intégrée au plan mondial et, d'autre part, des systèmes réglementaires nationaux indépendants les uns des autres.

Tournons-nous vers l'avenir. Il nous faut être novateurs et étudier le type d'ordre juridique souhaitable pour le XXIème siècle, qui permette le bon fonctionnement du commerce mondial dans l'intérêt de toutes les régions.

Durant le Congrès, nous avons entendu plusieurs propositions intéressantes portant sur les différents sujets que pourrait examiner la CNUDCI. Par exemple, le professeur King a déclaré que nous ne devrions plus craindre d'examiner des domaines tels que la protection des consommateurs, que

la CNUDCI avait sagement évité de traiter jusqu'ici. Le professeur Hellen Hartnell a noté qu'il faudrait élaborer des normes uniformes internationales relatives à la validité quant au fond du contrat et traiter notamment de questions telles que la bonne foi, l'équité et la fraude, qui se rattachent à l'ordre public. Elle a indiqué que, quelles que soient les raisons pour lesquelles de telles questions ont été laissées à la législation nationale, nous ne devrions plus avoir peur de nous lancer dans un débat sur l'ordre public mondial, à la lumière des changements intervenus. Il a également été proposé d'entreprendre des travaux dans le domaine des droits de la propriété intellectuelle, des brevets, des marques commerciales, des faillites internationales, des sûretés, des services de courtage et même de la législation fiscale transnationale.

Naturellement, la CNUDCI ne saurait traiter de tous ces sujets et elle ne devrait pas s'en saisir uniquement parce qu'ils ont été proposés. En outre, bien que, jusqu'ici, la réalisation de projets selon la méthode du coup par coup n'ait pas nécessairement porté atteinte à l'ordre juridique fondamental, nous devrions prendre conscience du fait que les propositions qui nous sont maintenant faites se fondent sur l'évolution du commerce mondial. Aussi, une approche au coup par coup serait-elle dangereuse, à moins que nous ne nous soyons accordés auparavant sur une philosophie commune. En outre, il existe d'autres organes qualifiés dans divers domaines spécialisés. Par exemple, si l'on prend pour objectif l'élimination des divergences dues à des conflits de juridiction dans le domaine de la faillite ou de l'insolvabilité internationales, la Conférence de La Haye est sans doute l'organe le plus adapté, étant entendu que ce projet ne devrait pas se limiter au domaine traditionnel du choix des lois nationales. Dans le domaine des sûretés, UNIDROIT pourrait être invité à entreprendre des travaux, compte tenu de son expérience approfondie dans des domaines étroitements liés tels que le leasing et l'affacturage. Quoi qu'il en soit, nos nouvelles tâches découlant des nouvelles structures du commerce, il nous faut adopter une approche intégrée et concertée, comme l'a dit M. Jeffrey Ritter. Sinon, les efforts de chacun seront non seulement inefficaces, mais même contre-productifs, notamment s'il s'agit d'arriver à un ordre juridique adapté à l'économie mondialisée.

Par l'intermédiaire d'un organe tel que le Groupe de travail de la CNUDCI sur l'économie mondialisée dont j'ai proposé la création, peut-être pourrions-nous commencer de déterminer les cadres, approches ou notions juridiques traditionnels qui étaient appropriés jusqu'ici et qui sont peut-être maintenant dépassés ou qui ne sont plus adaptés compte tenu de l'évolution de la situation et envisager des approches ou philosophies fondamentales tenant compte de cette évolution avant d'élaborer des règles particulières. Il est à l'évidence nécessaire de réviser fondamentalement certains critères toujours fondés sur les ordres juridiques nationaux et revenir sur la distinction traditionnelle entre droit privé, droit public, droit économique et droit international public.

La CNUDCI, en tant que principal organe juridique dans le domaine du commerce international et compte tenu de son important rôle de coordination des activités des autres organisations internationales dans ce domaine, rôle qu'elle n'a pas encore exercé dans son intégralité, pourrait prendre modestement la tête de cet effort. L'évolution devrait être graduelle, afin d'éviter les frictions. En outre, le calendrier de chaque projet concret sera très important. Mais l'économie mondialisée nous invite sans ambiguïté à adopter de nouveaux modes de pensée, quelle que soit notre formation juridique. L'Organisation des Nations Unies a besoin d'un organe qui soit délibérement tourné vers l'avenir. J'estime que le Congrès constitue un tournant décisif sur cette voie.

B. Promotion d'une meilleure connaissance et d'une acceptation plus étendue des textes de droit uniforme

SECRETAIRE DE LA CNUDCI

Nécessité d'une promotion

Permettez-moi de commencer par une question quelque peu hérétique. Pourquoi une promotion est-elle nécessaire si la demande d'un droit commercial uniforme est tellement criante ? Après tout, je n'ai jamais entendu parler d'un service d'incendie qui aurait engagé une agence de publicité. Examinons donc quelles sont les réserves qui peuvent être opposées à l'acceptation d'un droit uniforme : où sont les obstacles ?

Les obstacles généraux identifiés par René David

Nous pouvons reprendre ici ce qu'a dit René David : le premier obstacle est le conservatisme routinier, le préjugé et l'inertie. Il ne pensait pas pas seulement aux pouvoirs publics ou aux fonctionnaires des ministères qui, comme nous le savons, sont surchargés de travail et peuvent avoir parfois d'autres priorités. Ce qu'il voulait dire était que "les juristes et les hommes d'affaires sont attachés au statu quo, à l'ordre des choses qu'ils connaissent et auquel ils ont adapté leur comportement et leurs méthodes. Ils considèrent toute réforme avec méfiance, attentifs avant tout au dérangement qu'elle causera, plutôt qu'à ses aspects bénéfiques et aux progrès qu'elle est destinée à apporter... Cette attitude est manifeste à propos de l'unification internationale du droit. Chacun est d'accord avec l'unification, sous réserve qu'il s'agisse d'un alignement des autres sur son propre droit national." 1/

Ce conservatisme peut prendre une forme un peu plus subtile, qui consiste à faire l'éloge du nouveau droit uniforme et à le recommander aux autres Etats. Un journal titrait ainsi, à propos du Congrès de Lausanne du Conseil international pour l'arbitrage commercial en 1984 : Une loi type à l'usage des autres.

René David a identifié un deuxième obstacle, qui est la "diversité des nations avec leurs structures économiques, sociales et politiques différentes et leurs conceptions divergentes de la justice". L'unification se heurte à une troisième difficulté, qui est la "diversité des méthodes employées par les juristes des différents pays pour l'élaboration et le développement du droit". "Cet obstacle", dit-il, "peut être considérable, mais il ne devrait pas être insurmontable si des intérêts puissants appellent une unification - les méthodes doivent être régies par l'homme, mais l'homme ne doit pas être régi par les méthodes." 2/

Objections spécifiques à un texte particulier

Il y a ensuite les objections spécifiques à un texte particulier. On préfère s'en tenir à un texte imparfait mais familier, ou on rejette un texte nouveau comme étant un compromis artificiel basé sur un plus petit commun dénominateur et ne s'appuyant sur aucune jurisprudence. Je me souviens que la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage a été parfois qualifiée de "loi espéranto" et de "snack CNUDCI". J'ai d'abord pensé que le critique ignorait les efforts qu'avait coûté la mise au point de l'espéranto ou qu'il n'était pas un gourmet. Ensuite, j'ai appris qu'il était le coauteur d'une nouvelle loi nationale élaborée selon les recettes de la cuisine familiale traditionnelle, qui sont : ne regardez pas en dehors de votre assiette, ni de

votre cuisine, et ne demandez jamais aux clients - et surtout pas aux clients étrangers - leur opinion et leurs souhaits.

Examinons maintenant la thérapie, c'est-à-dire le moyen de surmonter ou de réduire ces obstacles.

Une proposition française originale pour un traitement radical

En premier lieu, il existe une proposition originale de traitement radical, qui a déjà été présentée à la deuxième session de la CNUDCI par le représentant de la France, qui se trouvait être René David. Il concluait que seul un changement fondamental de méthodologie aurait une chance de réduire le décalage entre la lenteur de l'évolution du droit international et les exigences du monde moderne, spécialement dans le domaine du commerce international. Il suggérait que les Etats décident, par le moyen d'une convention générale, d'accepter les règles établies par la Commission, ou sous ses auspices, comme un corpus de droit commun. Ces règles ne s'appliqueraient qu'aux transactions internationales, et un Etat pourrait se soustraire à leur application et prendre l'initiative de récuser un instrument particulier, en indiquant les règles qu'il appliquerait à sa place.

La proposition française a été avancée deux ou trois fois lors des premières sessions de la CNUDCI et, ainsi que l'a indiqué M. Alan Farnsworth, elle a chaque fois obtenu une attention respectueuse sans recueillir une adhésion enthousiaste. M. Farnsworth a dit ensuite (en 1972) qu'il était "douteux que le moment soit venu de déroger de manière aussi radicale à la technique traditionnelle de ratification Etat par Etat. Malheureusement, il est également douteux que la technique traditionnelle permette de relever le défi que s'est fixé la CNUDCI de promouvoir l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international." 3/

Ma conclusion personnelle serait que le moment n'est probablement pas encore venu. Peut-être, au XXIème siècle, examinera-t-on à nouveau cette proposition, en en limitant peut-être quelque peu la portée, par exemple, aux Etats qui participent à une conférence réunie pour l'adoption d'une convention particulière et qui votent en faveur de cette convention à ladite conférence (mais cette méthode même pourrait aller à l'encontre du but recherché). Je pense donc que nous devons rechercher des moyens moins radicaux, et beaucoup de formules ont été évoquées durant ce Congrès, de telle sorte que je me bornerai ici à en résumer quelques-unes.

Une approche moins radicale dans le travail de préparation

Premièrement, l'évaluation de l'opportunité et de la faisabilité d'un projet devrait être menée avec réalisme et discernement. Le présent Congrès ne représente que l'une des nombreuses manières dont les enseignements de la pratique et les points de vue des spécialistes peuvent contribuer à l'élaboration du programme des travaux futurs de toutes les organisations internationales qui sont actives dans notre domaine. Particulièrement pertinents à cet égard sont les commentaires et les points de vue des milieux intéressés, aux deux sens du terme.

Nous nous tournerons là encore vers René David : "La routine est le pire et le plus dangereux ennemi de l'unification du droit, qui pourra donc le plus vraisemblablement être obtenue sur de 'nouveaux sujets' où il n'existe pas de tradition nationale consacrée et où apparaît aussi de manière plus évidente la nécessité de construire un nouveau système de droit adapté aux besoins d'un monde nouveau." 4/

Il faut donc déterminer avec beaucoup de soin le domaine qu'il s'agit d'unifier et choisir de manière réaliste la forme ou l'instrument de cette unification. De nombreuses et très intéressantes observations ont été présentées à propos de la différence entre une convention et une loi type, et les moyens législatifs et non législatifs d'unification.

Le plus important est ensuite d'utiliser, dans la préparation d'un texte, le trésor commun d'expérience des spécialistes appartenant à des régions et des systèmes juridiques différents, venus de tous les Etats et de toutes les organisations internationales intéressés, pour élaborer un texte de grande qualité apportant des solutions justes et praticables. Ce texte devra être rédigé dans un vocabulaire simple et comporter des versions équivalentes en arabe, chinois, anglais, espagnol, français et russe (toutes ces langues devant être utilisées pendant la préparation du texte).

Il est impossible de promouvoir avec succès, ainsi que nous l'avons écrit il y a quatre ans dans un document du secrétariat, des textes qui sont de qualité contestable. J'ajouterai qu'ils ne devraient faire l'objet d'aucune promotion car ce serait, de la part de l'organisme qui les a formulés, un comportement irresponsable, source de confusion et de désharmonie et qui desservirait la cause de l'unification en général. Par contre, je pense qu'un bon texte justifie le coût élevé de son élaboration. Ce coût, d'ailleurs, est plus important que beaucoup de personnes ici présentes l'imaginent. J'estime, par exemple, que la Convention des Nations Unies sur les ventes a coûté aux seules Nations Unies, c'est-à-dire non compris les coûts encourus par les délégations, 4 millions de dollars des Etats-Unis environ. Après avoir dépensé cette somme, je pense assez justifié de dépenser un peu plus pour faire connaître ce texte, car ainsi qu'il a été souvent dit durant ce Congrès, la véritable réponse est : information, information et information.

Information, information et information

L'information doit être diffusée auprès de tous les milieux intéressés durant les travaux préparatoires, et leurs commentaires et suggestions doivent être sollicités. Cette information doit toucher tous les destinataires et utilisateurs finals d'un texte déterminé, les praticiens, les milieux professionnels, et j'ajouterais spécialement les juges. Elle doit également expliquer à toutes les personnes intéressées les buts et les avantages généraux d'un droit commercial uniforme.

Permettez-moi de mentionner quelques-uns des messages que doivent répandre les disciples de l'"église de l'unification". Premièrement, faire connaître et expliquer le nouveau texte, souligner le sérieux de sa préparation et la richesse de l'apport des spécialistes, en décrire les intentions sous-jacentes et écarter les malentendus. Voici quelques exemples de malentendus qui sont fréquents : les Règles de la CNUDCI sur l'arbitrage concernent seulement les procédures ad hoc. La réponse est : non, elles ne concernent plus exclusivement l'arbitrage ad hoc. Ou bien : mon propre droit offre une certitude juridique, un droit nouveau est donc inutile. Eh bien, dans de nombreux cas au moins, il s'agit seulement d'un mythe si l'on y regarde de plus près.

M. Iván Szasz a cité l'exemple de l'examen par 10 professeurs hongrois de la Loi type sur l'arbitrage. Au début, ils faisaient beaucoup de réserves et voulaient modifier de nombreuses dispositions et, pour finir, ils se sont tenus très près du texte de la Loi type. Je puis personnellement vous assurer, pour avoir été le témoin de ce genre d'opération dans un assez grand nombre de juridictions, que partout il en a été exactement de même.

Si l'on explique mieux la genèse et le contenu d'une règle et les considérations générales qui l'ont inpirée, je pense que les textes deviennent plus facilement acceptables une fois qu'ils ont été mieux compris. Il est possible de faire ressortir que de nombreux compromis ne sont pas des plus petits communs dénominateurs. Un nombre assez important de solutions de compromis sont très novatrices et meilleures qu'aucun des deux points de vue opposés qu'il a fallu concilier. Un bon exemple, à cet égard, est le paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type sur l'arbitrage. Le fait que la liste des participants aux réunions de la CNUDCI sur l'arbitrage n'était pas loin de représenter le "Who's who de l'arbitrage" est, bien entendu, moins impressionnant pour ceux des experts qui n'étaient pas dans la salle où ont été élaborés le droit et les règles de l'arbitrage.

On peut ensuite expliquer la nécessité de s'écarter du droit interne traditionnel et essayer de faire comprendre que le "droit comparatif" pertinent n'est pas le droit familier à chacun, mais le droit étranger quel qu'il soit, étranger aux deux sens du terme, dans la mesure où il peut apparaître étrange ou inconnu. Il faut souligner qu'un droit uniforme acceptable est rapidement connu de toutes parts et que sa connaissance est de plus en plus affinée par une collecte centralisée des décisions des tribunaux de nombreux pays. Pour les lois types, le "facteur hi-fi" n'est pas à sous-estimer. Mieux vaut rechercher le degré le plus élevé de fidélité par rapport à la structure, au libellé et au contenu de la loi type. Ce point est parfaitement corroboré par cette conclusion de la Commission de réforme du droit de Hong-kong : notre droit ne nous pose aucun problème, nous n'avons entendu aucune critique, mais cette loi type est facilement acceptée par les utilisateurs étrangers, et c'est la principale raison pour laquelle nous l'avons promulguée à Hong-kong dans une nouvelle ordonnance.

Enfin, il faut faire prendre conscience qu'un contrat ou une transaction internationaux ne sont pas naturellement enracinés dans un droit interne particulier et qu'un droit uniforme est mieux adapté à leur spécificité internationale. De brefs exemples suffiront à cet égard. Prenons un contrat de vente internationale qui concerne habituellement le transport de marchandises, souvent sur une longue distance. Dans le cas de défauts mineurs de conformité, la réponse traditionnelle consistant à permettre la résolution du contrat avec nécessité de renvoyer les marchandises est économiquement moins bonne que la solution de la Convention qui consiste à maintenir le contrat et à compenser la perte par le paiement de dommages-intérêts. De même, les conditions générales applicables aux ventes à l'importation ou l'exportation vers toutes sortes de pays reçoivent une formulation plus adéquate sur la base de la Convention des Nations Unies sur les ventes, qui est très largement connue et utilisée, que sur celle d'un droit interne particulier. Encore plus manifeste est la nécessité d'un droit uniforme dans le cas de transactions multilatérales comme les virements ou, de manière encore plus claire, les lettres de change; les droits et obligations des diverses parties à un seul et même instrument négociable qui circule ne peuvent être déterminés de manière satisfaisante que par un système unique de droit qui va de conserve avec cet instrument, par opposition au système insatisfaisant actuel de "départementalisation" du droit.

Les méthodes actuelles et leurs améliorations possibles

Permettez-moi de vous indiquer maintenant ce que sont les méthodes actuelles de la Commission et du secrétariat afin de faire la liste de leurs activités actuelles, ce qui peut être en soi utile pour votre information, et d'examiner ensuite des améliorations possibles.

Activités de la Commission et de son secrétariat

Premièrement, il y a la publication des textes de lois types et de documents connexes. C'est, par exemple, le Registre des textes des conventions et autres instruments relatifs au droit commercial international publié au cours des premières années de la CNUDCI; il s'agissait à l'époque de textes d'autres organisations. Nous avons ensuite les comptes rendus officiels des conférences diplomatiques pour l'adoption de conventions et le livre de la CNUDCI dont une distribution préliminaire de la deuxième édition a été faite aux participants au Congrès. Nous avons les annuaires de la CNUDCI, qui contiennent les documents ordinaires de chaque année particulière, y compris le compte rendu des activités des autres organisations et l'état des conventions. Nous avons également des brochures avec des notices explicatives. Tous ces documents, nous dit-on, sont extrêmement utiles aux fonctionnaires très occupés des ministères qui doivent préparer un mémorandum explicatif en vue de l'adoption d'une nouvelle législation. Ensuite, nous avons le recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, qui sera bientôt publié.

Enfin, nous sommes les coauteurs de documents promotionnels d'autres organisations. Par exemple, la CNUCED a publié une étude sur les incidences économiques et commerciales des Règles de Hambourg et de la Convention des Nations Unies sur le transport multimodal international de marchandises. Le Secrétariat du Commonwealth publie des dossiers d'accession, et nous avons contribué à la préparation d'un de ces dossiers dont M. Muna Ndulo est l'auteur, concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes. Il en existe un autre de M. H. E. Joko Smart sur les Règles de Hambourg, et le plus récent est de M. Gavan Griffith, solliciteur général de l'Australie, sur la Loi type sur l'arbitrage.

Puis, comme vous le savez, nous organisons ou patronnons conjointement des séminaires régionaux ou nationaux et des programmes analogues. Les séminaires régionaux et nationaux ont leurs avantages et leurs inconvénients en matière de coût-efficacité, de participation et d'effets concrets. Nous pensons, au secrétariat, qu'il faut utiliser ces deux formules en les adaptant aux besoins dans chaque cas particulier. J'ai tout lieu de penser que nous organiserons beaucoup plus de séries de séminaires nationaux dans l'avenir.

Il y a ensuite la présentation de textes de la CNUDCI par des représentants, des membres du secrétariat et d'autres personnes à des conférences, réunions et symposiums organisés par d'autres organisations. Nous ne les avons pas comptées, mais j'estime qu'au moins 60 organisations ont patronné des manifestations où il a été débattu de textes de la CNUDCI. Ce seul nombre, je pense, corrobore ce qu'a dit M. Malcom Evans, secrétaire général d'UNIDROIT, à propos de l'extrême nécessité d'une coordination, et je suis pleinement d'accord sur ce point. Cela suppose que l'on puisse connaître ces manifestations suffisamment à l'avance; je pense qu'il s'agit là du principal problème dans ce domaine particulier. Par contre, ce n'est probablement pas le cas dans un autre domaine de la coordination, à savoir la répartition du travail pour la préparation des textes (mais cela est une autre histoire).

Nous avons assuré et continuons d'assurer une assistance technique. En particulier, cette assistance prend la forme de consultations au cours du processus de réforme législative. Cette assistance peut être de caractère un peu plus général, par exemple la préparation d'une analyse comparative de la Convention de La Haye de 1964 relative à une loi type sur la vente internationale de marchandises et de la Convention des Nations Unies sur les

ventes qui était utile pour les Etats utilisant la LUVI, ou une comparaison entre les Règles de La Haye et les Règles de Hambourg. Il peut s'agir d'un travail plus spécifique comme l'analyse de rapports de commissions de réforme législative ou des commentaires de projets de législation.

Nous renseignons également des juristes et, parfois, des représentants du monde des affaires venus nous rendre visite. Il y a un mois, nous avons reçu des représentants de l'industrie belge. Je pense qu'il est très utile de ne pas parler seulement aux fonctionnaires et aux juristes des ministères et de rencontrer aussi des représentants du monde des affaires.

Enfin, nous formons des stagiaires et recevons des chercheurs; malheureusement, cela est à leurs frais car nous ne disposons pas de fonds.

Activités d'autres organisations concernant des textes de la CNUDCI

J'ai seulement mentionné ce que font actuellement le secrétariat ou la Commission pour mieux faire connaître l'action menée dans le domaine de l'uniformisation du droit. Il ne faut pourtant pas oublier les nombreuses autres activités que mènent d'autres organisations de leur propre initiative et sans notre assistance. Il s'agit, par exemple, de recommandations ou d'approbations officielles par d'autres organisations, de séminaires nationaux ou régionaux ou réunions d'information similaires, de textes, d'enseignements et de recherches dont les auteurs ou les initiateurs sont souvent des représentants. Si l'on considère ce qui a été fait ou ce qui se fait encore actuellement, il est incontestable que certains résultats ont déjà été obtenus. Je me souviens qu'au début, il y a dix-sept ans, quand je disais travailler pour la CNUDCI, certaines personnes me demandaient : qu'est-ce que c'est ? Certains soupçonnaient peut-être qu'il s'agissait d'une organisation pour le boycott des agrumes à cause de son étrange nom anglais. Aujourd'hui, le fait que la CNUDCI soit très largement connue ne doit pas nous inciter à nous reposer sur nos lauriers. Nous devons regarder vers l'avenir et faire encore davantage.

Amélioration possible des activités de la CNUDCI : les renforcer en gardant la même orientation

Pour ce qui est des activités que je viens de décrire, je pense que la réponse est simple. Nous devons les renforcer en gardant la même orientation, sous réserve des ressources humaines et financières disponibles, lesquelles sont limitées avec neuf administrateurs et un budget serré. Il en est de même pour la dernière partie de mon exposé, dans laquelle j'indiquerai de possibles activités additionnelles.

Activités additionnelles possibles

Je vous demande de bien vouloir considérer que ce que je vais vous présenter n'est pas un plan d'action. Rien n'a été décidé et, certainement, aucun financement n'a été obtenu pour des projets qui exigeraient des fonds supplémentaires. Il s'agit simplement d'idées à envisager, dont certaines sont de mise en oeuvre plus facile que d'autres.

Nouvelles publications

Premièrement, et ici je reprends une proposition faite par Singapour il y a environ quatre ans, nous pourrions publier un bulletin de la CNUDCI, quoique l'on pense malheureusement qu'il existe déjà trop de bulletins à l'ONU et que nous aurions un problème de financement. Ce bulletin contiendrait non

seulement les ratifications et les promulgations, des informations sur les obstacles rencontrés, l'indication de nouveaux résumés d'affaires, de nouvelles publications et de séminaires consacrés à des textes de la CNUDCI, mais aussi, plus particulièrement, un condensé des travaux actuels de la CNUDCI, c'est-à-dire un résumé facile à assimiler des projets en cours. Après tout, rares sont ceux qui ont le temps de prendre connaissance de tous les documents préparatoires pertinents pour savoir ce qui se fait et quels sont les buts recherchés. Dans le cadre de ce bulletin, ou sous la forme de feuilles volantes, nous pourrions avoir des documents de deux pages sur des textes déterminés, des guides explicatifs concernant des manuels juridiques, des conventions et des lois types. Ces documents pourraient être reproduits dans des revues du barreau ou des revues professionnelles.

Deuxièmement, nous pourrions avoir un tableau comparatif des promulgations nationales de lois types de la CNUDCI, des modifications des listes ou des additions à celles-ci pour pouvoir surveiller l'acceptation des lois types et, ce qui est plus important, assurer une transparence. La loi type serait ainsi davantage utilisée comme norme; ainsi que l'a indiqué le juriste d'une grande société à une conférence sur l'arbitrage, il avait un rêve d'utilisateur, qui était de pouvoir disposer d'une petite brochure contenant toutes les législations du monde sur l'arbitrage qui lui permettrait, par rapport à la structure de la loi type, de voir rapidement où se trouvaient les différences et les additions.

Ensuite, des bibliographies méthodiques pourraient être établies pour chaque texte de la CNUDCI.

La Commission n'a jamais été favorable à des commentaires officiels. Nous avons eu un commentaire de M. Kazuaki Sono sur la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, mais il n'y a jamais eu, par la suite, aucun commentaire officiel d'un texte final. Cependant, je constate une tendance, au moins en ce qui concerne les lois types, en faveur d'un commentaire. Cela est certainement vrai pour le projet concernant la passation des marchés, de même que pour les virements, et j'ai l'impression qu'un souhait analogue prend forme en ce qui concerne la Loi type sur les lettres de garantie.

Ensuite, l'on pourrait envisager une analyse de l'interprétation par les tribunaux des textes de la CNUDCI, accompagnée éventuellement de recommandations pour une interprétation uniforme. Il en a été beaucoup question durant ce Congrès. A mon avis, il n'est pas réaliste d'envisager, dans un proche avenir, l'existence d'un tribunal international rendant des décisions obligatoires en matière d'interprétation, mais un tribunal de ce genre ou un organe similaire pourrait rendre des avis consultatifs qui, bien entendu, n'auraient pas de force contraignante, mais devraient avoir une valeur persuasive.

Ensuite, l'on pourrait disposer bientôt en ligne de l'état des conventions, de la bibliographie et des informations similaires. Si l'on regarde plus loin, on pourrait imaginer un centre international de documentation pour le droit commercial comme il en existe dans d'autres domaines, par exemple pour le droit du travail à Genève.

Coopération avec les groupes nationaux de soutien

Un point très important est le renforcement de la coopération avec les personnes ou les groupes qui assurent une liaison dans les pays où nous disposons de contacts, souvent avec des membres de la Commission ou d'anciens

représentants (il existe une corrélation élevée entre la participation à la Commission et l'adoption de textes, ainsi que nous l'avons montré dans une note du secrétariat il y a quatre ans). Pour ce qui est des autres pays, nous devrions établir des relations étroites avec les fonctionnaires des ministères et autres personnes intéressées, en leur fournissant régulièrement une information complète sur nos activités et en les consultant à propos des mesures les plus appropriées pour mieux faire connaître et accepter les textes de la CNUDCI. Après tout, ils sont les mieux placés pour connaître les besoins dans un pays donné et savoir qui serait compétent pour engager une action en vue d'une ratification. Il a été question, durant le Congrès, de ce que pourraient être ces groupes ou ces personnes, par exemple dans les observations de M. César Guzmán-Barrón Sobrevilla à propos de ce qui se fait au Pérou.

Conseils spécialisés et autres formes d'assistance technique

Il serait possible d'essayer de répondre aux demandes, émanant en particulier de pays en développement, d'avis spécialisés sur la réforme de la législation ou d'autres formes d'assistance technique. Il pourrait s'agir, par exemple, de faire le travail suivant : examen et révision de la législation commerciale dans un pays ou une région déterminés; assistance technique pour la mise en place des bases d'une infrastructure juridique, par exemple une institution arbitrale, une entité chargée de la passation des marchés ou un office des investissements; coopération technique avec les commission économiques de l'ONU et d'autres organisations régionales, et des organismes mondiaux comme la Banque mondiale et l'Organisation maritime internationale et leurs conseillers régionaux. A ce propos, le premier point à examiner serait les possibilités de financement, par le PNUD ou d'autres institutions d'aide multilatérale, ou peut-être par des institutions d'aide bilatérale ou même des bailleurs de fonds privés.

Assistance dans le domaine de l'enseignement et de la recherche

Enfin, je pense que ce pourrait être une bonne idée de fournir une assistance pour l'enseignement et la recherche dans le domaine du droit commercial international. Il serait possible de commencer par un recensement mondial des enseignements donnés dans les universités et autres institutions, pour déterminer dans quelle mesure le droit uniforme est enseigné ou étudié. On pourrait aussi penser à la fourniture d'une assistance pour la création d'enseignements de ce genre. A cet égard, on pourrait envisager un autre séminaire semblable à celui qui s'est tenu en 1975, dont le but était d'enseigner la manière d'enseigner. On pourrait aussi préparer une compilation de matériels d'enseignement recommandés et prendre l'initiative de dissertations et d'études analogues concernant des textes de la CNUDCI et les sujets possibles de ses travaux futurs, comme je crois que le fait la CEE.

Enfin, et c'est ma dernière idée à cette heure, on pourrait organiser ou patronner conjointement des cours d'été sur le droit commercial uniforme, semblables peut-être à ceux qui sont organisés à La Haye sur le droit international privé ou le droit international public. J'avoue que le droit commercial uniforme me semble au moins aussi important que le droit international privé au sens traditionnel. Ces enseignements devraient être orientés vers la pratique et, pour cette raison, leur durée ne devrait peut-être pas excéder deux semaines. Je pourrais même envisager dans l'avenir quelque chose qui existe déjà pour le droit maritime, à savoir un institut mondial de droit commercial ou une école des Nations Unies de droit commercial.

Conclusion

Permettez-moi de conclure en vous révélant ce que nous disons souvent au secrétariat, à savoir que nous poursuivrons nos efforts d'unification aussi longtemps que ceux-ci ne seront pas trop préjudiciables au commerce international.

A propos d'efforts, et pour être plus sérieux, je désire profiter de cette occasion pour remercier mes collègues et coéquipiers pour le travail extraordinaire qu'ils ont réalisé pour la préparation de ce Congrès. Nous nous engageons à poursuivre nos efforts pour aider la Commission dans sa mission historique, qui est de contribuer à l'établissement d'un ensemble exhaustif de droit uniforme pour le commerce mondial au XXIème siècle.

C. Aspirations et priorités des pays en développement - des représentants de diverses régions récapitulent ce que les pays en développement attendent de la CNUDCI

ABBAS SAFARIAN NEAMAT ABAD
Chef du Département des traités du Ministère des affaires étrangères, Téhéran (République islamique d'Iran)

Je souhaiterais rendre hommage au vingt-cinquième anniversaire de la création de la CNUDCI.

Je voudrais également formuler les voeux les plus vifs pour la Commission afin qu'elle puisse réaliser, dans les années qui viennent, ses objectifs principaux concernant l'unification des lois et des règles régissant les relations commerciales au sein de la communauté internationale. Cette unification ne peut en effet intervenir que par un rapprochement concret des régimes juridiques différents du monde par l'élaboration des conventions internationales, des lois uniformes, ainsi que par la concrétisation des recommandations juridiques utiles et nécessaires sous forme de guides juridiques et de lois modèles.

Durant ses vingt-cinq années d'existence, la CNUDCI a réussi à franchir des pas importants et déterminants, en ce qui concerne le processus de l'unification du droit du commerce international. Ainsi, elle a pu, d'une manière appréciable, oeuvrer pour l'harmonisation des divers systèmes juridiques existants.

Une simple étude comparative entre la situation du commerce international en 1966 et celle d'aujourd'hui montre combien l'oeuvre de la CNUDCI a été couronnée de succès dans l'accomplissement de sa mission.

Les pays en développement, dont le mien, sont parfaitement conscients de l'importance des tâches auxquelles s'est engagée la CNUDCI, car le commerce international joue en fait un rôle primordial pour le rapprochement non seulement économique, mais aussi culturel et humain dans la communauté internationale.

En tant que représentant d'un pays en développement membre de la CNUDCI, je tiens donc à rappeler qu'il y a d'autres pays en voie de développement et moins développés qui, en dépit de leur volonté réelle, ne peuvent pas malheureusement assister activement aux sessions de la CNUDCI, à cause du manque de ressources financières. Il est donc nécessaire, comme d'ailleurs l'a souligné à plusieurs reprises l'Assemblée générale, de chercher des voies

et moyens appropriés afin d'offrir à ce groupe d'Etats la possibilité de participer aux débats qui se déroulent dans cette instance juridique du commerce international. C'est en effet dans de telles conditions, parce que tous y ont pris part, que la CNUDCI pourra être sûre d'avoir pris des décisions conformes aux aspirations découlant des divers systèmes juridiques du monde.

La situation politique mondiale a fait l'objet, ces dernières années, de profondes évolutions, lesquelles ont pris des dimensions nouvelles en 1991, où la conception socialiste de l'économie a pris fin. De ce fait, un nombre assez considérable d'Etats se sont proclamés indépendants avec de nouvelles visions économiques. Ils ont fortement besoin d'aides et de coopération afin de pouvoir surmonter des conjonctures économiques défavorables, mais transitoires. Là aussi, je pense que la CNUDCI devrait leur venir en aide, du moins sur le plan de l'information.

Aujourd'hui, nous vivons une époque de détente où la période de la guerre froide a pris fin et, partant, les menaces de conflits armés ont considérablement diminué. Cela nous encourage à penser que, tôt ou tard, la logique du dialogue va succéder à celle des armes. Un monde ainsi libéré de la course aux armements consacrera davantage d'efforts à sa vie économique, d'où un renforcement notable du commerce international. Dans de telles conditions, la CNUDCI aura, elle aussi, une nouvelle responsabilité; en l'occurrence, l'élaboration des règles uniformes et des conventions internationales susceptibles de faciliter les échanges commerciaux dans un contexte juste et équitable, où seront pris en considération les intérêts réciproques de tous les partenaires, qu'ils s'agisse des pays riches et industrialisés ou des pays en développement et moins développés. Il faut noter également que les pays développés riches y ont intérêt. La stabilité socio-économique du monde, à long terme, exige en effet que les pays développés harmonisent, eux aussi, leurs relations économiques Nord-Sud, de façon à répondre aux souhaits nouveaux de la communauté internationale. Autrement dit, il faut qu'ils accordent une importance renforcée au processus de la construction de l'économie de leurs partenaires pauvres. Les perspectives économiques en l'an 2000 s'annoncent en effet très différentes de ce que nous connaissons aujourd'hui. Selon certains experts en économie internationale, la fin de la guerre froide pourrait se voir substituer une guerre commerciale. Certes, les effets de cette évolution affecteront différemment, d'une part, les pays développés du Nord, dotés d'une économie puissante accompagnée d'une technologie avancée et, d'autre part, les pays du Sud, dits en voie de développement ou moins développés.

D'une manière générale, en Asie, l'activité commerciale se divise en deux sections distinctes : d'abord, le commerce régional, et puis, le commerce à l'échelon mondial, notamment avec l'Occident au sens large. Cela étant dit, la plupart des pays asiatiques s'efforceront, à l'avenir, de développer leurs relations commerciales avec des partenaires même très lointains, mais il faut tout de même noter que les pays du continent sont très différents les uns des autres en ce qui concerne leurs revenus nationaux. Au Japon, le revenu par tête s'élève à plus de 20 000 dollars. En Corée du Sud et à Taiwan, ce chiffre s'abaisse jusqu'à 2 500 dollars et, en Asie du Sud-Est, les revenus par tête ne dépassent pas quelques centaines de dollars.

Il semble donc raisonnable, voire même nécessaire que, pendant la décennie à venir, une partie des ressources de la paix, obtenues grâce à la réduction des dépenses militaires, soit consacrée aux besoins des pays en développement, lesquels devraient aussi être encouragés à améliorer leurs conditions d'échanges commerciaux. Dans le domaine du commerce international,

il faudrait donc offrir aux pays moins développés et en voie de développement plus d'opportunités, afin qu'ils puissent contribuer, eux aussi, à leur propre redressement économique et, partant, à l'équilibre et à la stabilité de l'économie mondiale.

S'agissant de la technologie du transfert électronique des fonds, qui constitue aujourd'hui un élément nécessaire à l'amélioration du commerce international, nous sommes d'avis qu'il faut introduire, là aussi, une démarche plus positive et constructive, tant au niveau national qu'à l'échelle régionale et internationale. A cet égard, nous partageons parfaitement l'idée selon laquelle l'exportation de la technologie doit s'effectuer à des coûts appropriés et supportables. Nous n'ignorons pas que nos conventions ainsi que nos règles et lois unificatrices ne feront l'objet d'un large appui international que si la majeure partie des pays du monde possèdent une technologie avancée, notamment dans le domaine bancaire et celui des télécommunications.

Il est évident que si le tiers monde n'est pas en mesure d'assister activement aux travaux de la CNUDCI, le résultat des débats qui s'y dérouleront s'effectuera toujours en faveur de ceux qui sont munis des systèmes de recherche les mieux organisés. Ce qui présente le danger qu'à l'avenir, l'ordre mondial du commerce ne sera pas à même de satisfaire les intérêts de certains partenaires commerciaux. Ce serait un résultat dommageable au regard des objectifs principaux de la CNUDCI, qui s'est donnée effectivement la tâche de faciliter les échanges commerciaux avec tous les pays du monde.

Comme je l'ai déjà dit, en tant qu'un élément décisif du développement des relations internationales, le commerce pourra jouer un rôle indiscutable au profit des pays en développement, à condition bien entendu que la structure du commerce international soit basée sur des principes justes et équitables. Et c'est seulement dans ces conditions que la société humaine pourra atteindre ses buts concernant une véritable justice sociale dans le domaine économique et la garantie de la paix et de la sécurité mondiales.

Je voudrais également relever quelques points quant aux aspirations des pays en développement à propos de la terminologie utilisée par la CNUDCI. L'on constate en effet que souvent les textes sont munis des termes et des notions avec lesquels le droit du commerce de certains pays n'est pas encore familiarisé; il en est de même pour l'utilisation des moyens de travail sophistiqués et de la technologie très moderne. Il s'avère nécessaire que le secrétariat de la CNUDCI déploie des efforts afin que ses projets de lois ou de conventions soient rédigés le plus possible en accord avec les concepts juridiques de tous les Etats du monde.

Compte tenu du temps très limité dont je dispose, je voudrais donc conclure en faisant très brièvement quelques suggestions de la manière suivante, dans le cadre du programme de la CNUDCI, à l'occasion de la Décennie des Nations Unies pour le droit international :

Premièrement, l'organisation doit prendre en charge, comme par le passé et même davantage encore, des séminaires ou des colloques régionaux, afin de fournir tous les renseignements nécessaires aux juristes et praticiens des pays en développement quant au contenu et au mode d'application du processus d'unification et sur l'intérêt qu'il présente pour eux.

Deuxièmement, il faut noter, semble-t-il, que la CNUDCI devrait désormais réserver une place particulière, dans son ordre du jour, à l'élaboration des

normes uniformes portant sur certains problèmes économiques contemporains, en l'occurrence les dispositions régissant les relations entre les investisseurs étrangers et les pays où ils investissent.

Troisièmement, il faudra peut-être se donner l'idée d'élaborer également un texte uniforme afin d'harmoniser internationalement les changes de devises étrangères. Cela présente un intérêt majeur pour les pays démunis d'un système unique de change de devises.

Enfin, je termine par ma quatrième et dernière proposition, qui est d'ailleurs l'idée maîtresse de ma déclaration. Puisque je parle ici dans la salle de l'Assemblée générale, je voudrais donc m'adresser non seulement à la CNUDCI, mais aussi à la Commission du droit international et à tous les autres organismes chargés de codifier le droit international, pour attirer leur attention sur un fait très important, qui est le suivant :

Il faut absolument que le processus de l'élaboration et de la codification progressives du droit international tienne compte, entre autres, des principes du droit islamique.

En effet, comment négliger une culture juridique si ancienne et si riche, qui constitue aujourd'hui la source principale du droit d'une cinquantaine de nations du monde ? La première étape sera l'harmonisation et une large diffusion du contenu du droit islamique.

ANA ISABEL PIAGGI DE VANOSSI
Professeur et juge, Buenos Aires

L'Argentine est heureuse de pouvoir participer à ce Congrès, tenu pour rendre hommage à l'oeuvre de la Décennie des Nations Unies pour le droit international. Mon pays s'est engagé à assainir son économie nationale et développer l'économie de la région. A cette fin, il tient à exprimer les vues exposées ci-après.

La CNUDCI a élaboré des règles uniformes sur certains des aspects les plus importants du commerce international. Cela étant, son mandat vise, pour une bonne part, la formation et l'assistance. La CNUDCI devrait présentement intensifier ses efforts dans ces domaines en organisant ses propres colloques ou des séminaires régionaux, afin de familiariser les juristes et autres parties intéressées avec les problèmes qui se posent et les progrès qui ont été accomplis dans le domaine du droit commercial international. Ce serait là l'un des moyens d'accélérer le processus de ratification des conventions.

Les programmes d'assistance technique pourraient ainsi avoir pour but principal de mettre l'accent sur la promotion des conventions internationales existantes et autres instruments élaborés par la Commission.

Il conviendrait de mettre en place un plus grand nombre de programmes de bourses d'études, afin de permettre à de jeunes juristes des pays en développement de bénéficier d'une formation et d'un enseignement pratique en droit commercial international. De plus, le secrétariat pourrait inviter les gouvernements des pays développés à demander à leurs entreprises commerciales et financières si elles seraient disposées à admettre des stagiaires originaires de pays en développement. On pourrait également envisager l'organisation éventuelle, par l'Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche, de séminaires sur le droit commercial international à l'intention de ces pays.

La formation de spécialistes revêt une importance particulière pour nous, la pénurie de tels personnels étant l'un des problèmes les plus graves dans le domaine du commerce international. C'est dans cet esprit et en ayant conscience à la fois des bénéfices possibles et des difficultés en la matière que nous exprimons ces besoins.

En formulant ces observations, l'Argentine est sensible aux efforts louables et concrets que la CNUDCI a déployés, durant les vingt-cinq premières années de son existence, pour surmonter les obstacles et s'acquitter de son mandat.

L'Argentine appelle de tous ses voeux un renouvellement des efforts en faveur d'une entente dans le domaine du droit commercial international.

Comme vous le savez, les possibilités de formation, comme les spécialistes, dans le domaine des questions juridiques internationales sont nettement moins nombreuses dans les pays en développement que dans les pays développés. Cette situation est inversement proportionnelle aux besoins car, dans nos pays, le progrès est la condition même de la survie, alors que dans les pays développés il s'agit simplement de relever encore le niveau de vie.

Comme vous vous en rendez compte, les valeurs humaines en jeu sont différentes, et la CNUDCI peut apporter une assistance notable à ces pays qui luttent pour s'engager dans la voie du développement économique et social. Pour citer une métaphore employée par un ancien président de l'Assemblée générale, ne pas saisir ce fait semblerait aussi téméraire que voyager en première classe dans un avion ayant des bombes à son bord.

La Commission peut, par la voie de services consultatifs sous diverses formes, organiser de nombreuses activités de formation dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies. Elle a ainsi la capacité de modifier l'orientation et le cours de la collaboration internationale parmi les pays en développement.

Proposition de travaux futurs. Vu la compétence technique de la Commission et les termes de son mandat et vu l'importance que la privatisation revêt pour la restructuration des pays en développement et leur croissance économique, la délégation argentine estime qu'il serait utile d'entreprendre une étude des dispositions contractuelles qui apparaissent fréquemment dans les conventions internationales de privatisation. Nul ne contestera qu'il s'agit là d'un sujet d'une importance vitale, et la CNUDCI pourrait fort bien juger opportun, dans le cadre de ses travaux de fond, d'établir un guide juridique pour la rédaction des contrats de privatisation. L'élaboration de contrats internationaux de ce type soulève généralement des problèmes complexes en ce qui concerne tant la relation juridique entre les parties que les obligations créées, qui sont souvent contractées pour une période prolongée.

Le guide envisagé pourrait avoir pour objet d'identifier les problèmes juridiques soulevés par la privatisation et d'examiner selon quelles modalités ils pourraient être résolus. En signalant les problèmes et en indiquant des moyens de les régler - par la proposition de solutions tenant compte des différences entre les divers systèmes de droit qui existent dans le monde - un tel guide serait un instrument utile au stade de la négociation du contrat et durant les phases de sa rédaction. Il aiderait ainsi les pays qui ont entrepris de privatiser leurs entreprises et garantirait le respect des intérêts légitimes de l'acheteur. C'est un fait connu que les arrangements de privatisation sont actuellement conclus dans un vide juridique partiel.

Si nous proposons que ce document assume la forme d'un guide, c'est parce que les Etats n'ont pas encore disposé d'un temps suffisant pour définir leurs positions en la matière et parce que l'établissement d'un ensemble unique de règles appelées à régir un éventail aussi large de situations soulèverait de grandes difficultés.

L'Argentine engage la Commission à continuer de prendre tout particulièrement en considération les intérêts des pays en développement et lui serait reconnaissante de bien vouloir, lorsqu'elle examinera son programme à long terme, tenir compte des problèmes particuliers qui se posent à ces pays.

B. M. KOENTJORO-JAKTI
Assistant du Ministre du commerce, Jakarta (Indonésie)

La communauté mondiale prend de plus en plus conscience que, dans le développement progressif du droit commercial international, le principe de l'égalité des Etats devrait avant tout être interprété comme le droit pour chaque Etat et de chaque peuple, non seulement d'exister, mais aussi de se développer. L'Indonésie, ancienne colonie et pays en développement, est fermement convaincue que la codification du droit commercial international devrait viser à établir un ensemble de règles destinées à régir les relations internationales, en veillant à promouvoir l'équité, et en prévoyant réparation et compensation pour les inégalités entre pays en développement et pays développés.

Afin d'encourager l'harmonisation et l'unification du droit commercial international, l'Assemblée générale de l'ONU a, en 1966, chargé la CNUDCI d'établir un code de droit commercial applicable à l'échelle mondiale. La contribution précieuse de la CNUDCI à l'harmonisation des normes juridiques applicables aux opérations commerciales internationales a fait beaucoup pour faciliter le développement du commerce international et des relations économiques entre les pays. Un autre objectif de la CNUDCI était de favoriser l'instauration de relations plus étroites avec la CNUCED. Ses travaux ont comporté : la Convention de 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises; le Protocole de Vienne de 1980 modifiant cette Convention; la Convention des Nations Unies de 1978 sur le transport de marchandises par mer; la Convention des Nations Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises; et la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Tous ces instruments sont entrés en vigueur, de même que la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, tandis que ce n'est pas encore le cas de la Convention des Nations Unies de 1988 sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux ni de la Convention des Nations Unies de 1991 sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international.

Il est évident que les travaux de la CNUDCI visaient principalement à répondre aux besoins de partenaires commerciaux effectuant des opérations internationales privées. Il est évident aussi que seul un petit nombre des Etats nouvellement indépendants de la région asiatique ont ratifié les conventions, y ont adhéré ou les ont signées. A cet égard, la Convention de New York de 1958, qui a été ratifiée par 15 Etats, dont l'Indonésie, et qui a été signée par un Etat, fait figure d'exception. Aucun des pays asiatiques n'a déposé ses instruments de signature, de ratification ou d'adhésion à la Convention de 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, au Protocole qui la modifie ou à la Convention des Nations Unies de 1988 sur les lettres de change internationales et les billets à ordre

internationaux. Quatre pays ont signé les Règles de Hambourg de 1978, quatre Etats ont signé ou ratifié la Convention des Nations Unies de 1980 ou y ont adhéré, et un Etat a signé la Convention des Nations Unies de 1991 sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international.

Cela signifierait-il que les pays asiatiques se préoccupent davantage des questions de commerce international qui répondent mieux à leurs besoins particuliers ? Les Etats Membres ont montré leur intérêt en participant aux délibérations de la Commission, mais des contraintes financières les empêchent de jouer un rôle plus actif à chaque session.

Le problème est donc peut-être tout simplement que l'on considère que les priorités de la CNUDCI ne correspondent pas aux besoins et aux intérêts essentiels des pays en développement, y compris de ceux de la région asiatique et l'Indonésie, ou du moins qu'elles ne sont pas fondamentales pour eux. C'est pourquoi à notre avis, la solution consisterait à identifier les principaux domaines qui intéressent les pays en développement et qui relèvent aussi de l'harmonisation et de l'unification du droit commercial international ainsi que de la compétence de la CNUDCI. Je mentionnerai à titre d'exemples les contrats commerciaux internationaux en général, les marchandises, l'industrialisation, les sociétés transnationales, le transfert de technologies, la propriété industrielle et intellectuelle, les paiements internationaux, les transports internationaux, l'arbitrage commercial international, le droit international privé et les installations commerciales.

Je suis convaincu que la prise en compte de ces préoccupations, non seulement correspondrait aux priorités et aux aspirations qui sont celles des pays en développement dans leurs efforts fondamentaux du développement, mais qu'elle les inciterait à participer davantage aux travaux de la CNUDCI. Alors seulement pourraient être élaborés des instruments juridiques utiles, tels qu'une convention ou une loi type.

Les pays en développement de la région asiatique, en ce qui les concerne, sont fortement tournés vers le commerce international, et ils s'intéressent particulièrement à nombre des questions et activités essentielles dont traitent la CNUCED et le GATT. C'est donc dans ces domaines cruciaux pour les pays en développement comme pour les pays développés, que la CNUDCI pourrait attirer les pays en développement et obtenir leur participation. Il pourrait en résulter des accords bilatéraux, régionaux ou multilatéraux.

Une autre contrainte, comme on l'a vu, tient au processus et aux procédures de ratification de telles lois et conventions dans le cadre des systèmes législatifs des pays en développement. Pour faciliter l'adoption de tels instruments, il faudrait rechercher un terrain d'entente et définir les besoins spécifiques de ces pays. De telles mesures iraient donc dans le sens, particulièrement à long terme, des objectifs d'harmonisation et d'unification du droit commercial international que poursuit la CNUDCI.

Une bref rappel de l'évolution, dans les pays nouvellement indépendants d'Asie, de la réflexion sur le développement nous aidera peut-être à mieux comprendre les choses. Les nouveaux Etats nés après l'occupation coloniale ont d'abord jugé impératif d'affirmer leur indépendance et de consolider leur souveraineté. Dans le domaine économique, ils y sont parvenus grâce à des stratégies telles que le remplacement des importations, ce qui a entraîné une prolifération de barrières tarifaires protectrices. Lorsque les inconvénients de ces mesures sont devenus évidents, de nombreux pays ont adopté des politiques commerciales davantage tournées vers l'extérieur et plus ouvertes.

De telles politiques comportaient certes un plus grand risque pour les industries balbutiantes et même pour la souveraineté, mais elles ont assuré un développement rapide, en raison principalement d'un accroissement des recettes d'exportation.

De cette façon, l'expérience du développement en Asie a, visiblement, été jusqu'ici concluante. La République de Corée et Singapour, qui sont deux des quatre nouveaux pays industriels d'Asie, illustrent parfaitement cette tendance. Cela ne signifie pas que le consentement à appliquer les règles du GATT est facilement acquis. En fait, si notre engagement en faveur d'un système commercial international ouvert, réglementé et non discriminatoire ne peut être mis en doute, certains des pays développés, qui sont également des parties contractantes du GATT, ont cherché divers moyens de tourner ces règles par des barrières tarifaires, l'encadrement des échanges, etc. En outre, si de nombreux pays en développement d'Asie, parmi lesquels l'Indonésie, ont unilatéralement libéralisé leurs activités et procédures commerciales internationales, de nombreux pays développés n'ont pas, en retour, assoupli les règles d'accès à leurs marchés.

Les pays en développement d'Asie ont donc, d'une certaine façon, été contraints d'accorder une priorité plus élevée à la mise en oeuvre de politiques commerciales dans le contexte du droit commercial international public. Mais on peut aussi voir dans leur attitude un moyen indirect d'atteindre l'objectif de la CNUDCI, à savoir l'harmonisation et l'unification des relations commerciales internationales privées, qui s'inscrit dans le contexte du droit commercial international privé.

Dans le même ordre d'idées, l'Indonésie s'est adaptée avec un certain succès aux importants changements dynamiques et fondamentaux qui se sont produits dans l'économie mondiale à la fin des années 70 et au début des années 80, en orientant sa politique économique vers un système plus libre, plus ouvert et plus réglementé.

Après son indépendance et pour le meilleur des motifs, l'Indonésie a opté pour le remplacement des importations, le traitement préférentiel des sociétés publiques et de fortes subventions. Avec la récession de la fin des années 70 et des années 80, elle a misé, pour son développement, sur la compétitivité et les exportations. Elle a élaboré et appliqué des mesures de dérégulation pour stimuler les recettes d'exportation, diversifier l'économie et accroître la participation des hommes d'affaires indonésiens. A cet égard, il est intéressant de noter que l'Indonésie et ses partenaires étrangers implantés dans le pays ont la possibilité d'appliquer les conditions dont ils sont convenus dans le cadre du droit international, dans le respect de l'ordre public du pays. De plus, tout conflit résultant de telles opérations internationales peut être soumis à l'arbitrage en vertu de la Convention de New York de 1958.

En 1991, les efforts de l'Indonésie ont porté leurs fruits. La composition des exportations de produits s'est profondément modifiée : la part des produits non pétroliers, qui ne représentaient que 20 % du total en 1982, est passée à plus de 60 %, et alors que les exportations non pétrolières étaient dominées dix années plus tôt par les produits primaires, elles consistent principalement aujourd'hui en biens transformés et manufacturés. En outre, le commerce à l'exportation n'est plus seulement le fait de grandes entreprises, mais aussi de moyennes et même de petites entreprises.

Les résultats obtenus jusqu'ici sont encourageants. La nouvelle orientation de la politique commerciales, qui a l'appui des milieux affaires,

a instauré un environnement favorable aux activités commerciales internationales, et l'Indonésie a bon espoir que les progrès qu'elle a accomplis feront d'elle l'un des nouveaux pays industriels d'Asie. D'autres pays d'Asie sont eux aussi sur cette voie.

L'observation de tels phénomènes devrait, je pense, amener la CNUDCI à conclure que, sous la pression de certains changements importants survenus dans la situation économique mondiale, les pays en développement de la région asiatique se sont fixé des priorités pour atteindre leurs aspirations en matière de développement. La CNUDCI pourrait donc peut-être jouer un rôle de catalyseur, en encourageant les efforts visant à appliquer les recommandations de la CNUCED, telles que celles qui concernent les pratiques commerciales restrictives, conformément à la résolution 35/63 de l'Assemblée générale, en date du 5 décembre 1980, et promouvoir leur acceptation par les pays développés. Un précédent a déjà été créé par les pays en développement lorsqu'ils ont accepté les politiques commerciales et les règles du GATT. En agissant ainsi, nous espérons sincèrement que la CNUDCI pourra s'acquitter de ses principales obligations et de ses principaux objectifs en préparant son rôle pour le XXIème siècle.

ROBERT RUFUS HUNJA
Mission permanente du Kenya auprès des Nations Unies

Avant de faire part de mon opinion sur les aspirations et priorités futures de la CNUDCI, je dresserai un bref bilan, si vous le permettez, des vingt-cinq dernières années du point de vue de la délégation d'un pays en développement.

Quand on lit la résolution 2205 en date du 17 décembre 1966 de l'Assemblée générale, par laquelle a été créée la CNUDCI, il apparaît très clairement que la Commission a été chargée, au paragraphe 9, "de prendre en considération les intérêts de tous les peuples, en particulier ceux des pays en voie de développement, en favorisant un large développement du commerce international".

Dans ce paragraphe réside l'un des principaux motifs de la création de la Commission. A la lecture des travaux préparatoires qui ont conduit à la résolution que je viens de citer, on constate que l'une des principales raisons qui ont présidé à la création de la Commission, était le fait que le droit commercial international alors en vigueur n'était pas justiciable d'une application ou d'une acceptation universelles. Cela tenait à ce que le droit commercial international existant alors était, pour l'essentiel, élaboré par des associations commerciales et autres organisations, en majorité de l'Ouest, et qu'il représentait d'abord de ce fait leurs intérêts. Ainsi, dans l'intérêt de l'équité ainsi que de l'acceptation et de l'application universelles, le droit commercial international devait tenir compte du changement de la nature et de la structure du commerce mondial. La Commission a donc été chargée de prendre en considération les intérêts particuliers des pays en développement qui étaient, pour une large part, les nouveaux acteurs dans le commerce mondial.

Après vingt-cinq années d'existence, il n'est que juste de se demander dans quelle mesure la Commission a réussi à s'acquitter de cette tâche importante. Ma conclusion, sur ce point, est qu'elle n'a réussi que partiellement. Permettez-moi d'évoquer brièvement certaines des raisons qui m'ont conduit à faire cette affirmation.

Le premier problème tient à ce que je ne peux qu'appeler l'absence de volonté de la part de la communauté internationale pour changer les lois commerciales non équitables. Je prendrai comme exemple de cette mauvaise volonté la Convention des Nations Unies sur le transport des marchandises par mer (les Règles de Hambourg). C'est une convention (comme l'a dit très éloquemment le professeur Joko Smart hier) dans laquelle la CNUDCI a mis en place un nouveau régime juste, équitable et pratique sur le transport des marchandises par mer. Mais que s'est-il passé depuis son adoption en 1978 ? Bien qu'il doive entrer en vigueur avant la fin de cette année, on ne peut manquer de noter que la majorité des Etats parties sont des pays africains, auxquels se sont joints quelques pays d'Amérique latine et les pays anciennement socialistes d'Europe orientale. La non-ratification par les grands pays commerciaux de cette convention particulière est très révélatrice.

L'autre problème sérieux est un problème de représentation. Les Etats et les hommes d'affaires ne se sentiront tenus d'adopter et d'appliquer le droit commercial international que s'ils trouvent leur compte dans la vaste négociation préludant à la création de ce droit. Cela signifie que les pays en développement doivent participer à l'élaboration du droit commercial international si l'on veut qu'ils l'adoptent et l'appliquent. Pour cela, il ne suffit pas qu'ils soient représentés au sein des groupes de travail de la Commission, il faut qu'ils le soient aussi dans le tout premier groupe d'étude qui fixe les tâches et l'orientation de la plupart des projets. A propos de la représentation au sein des groupes de travail de la Commission, le Secrétaire général de l'ONU a présenté en 1991 un rapport à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, dans lequel il déplorait la représentation insuffisante des pays en développement. Cette situation peut être imputée au manque de crédits pour envoyer des experts aux réunions. Tous ceux d'entre vous ici présents dont les gouvernements peuvent faire quelque chose doivent donc intercéder auprès d'eux pour la CNUDCI, car si l'absence d'acceptation et d'application universelles se prolonge, la CNUDCI aura manqué l'un de ses objectifs les plus fondamentaux et les plus essentiels.

Je dois aussi dire que du point de vue des pays en développement, les thèmes abordés récemment par la Commission n'ont pas illustré leurs besoins les plus pressants. Cela ne veut pas dire que les transferts électroniques de fonds, l'échange des données électroniques ou les contrats électroniques, entre autres, ne sont pas des sujets importants et utiles. Ils sont très importants, au contraire, et sont dans la logique de la révolution technologique des dernières décennies. Mais pour la plupart des pays en développement, et en particulier ceux du continent africain, les obstacles aux échanges et les lacunes et problèmes auxquels ils se heurtent dans le commerce international sont beaucoup plus simples. La CNUDCI ne doit pas seulement tenir compte des intérêts des pays en développement lorsqu'elle aborde les thèmes dont elle est déjà saisie, mais elle devra aussi, à l'avenir, s'occuper des questions qui présentent un intérêt particulier pour ces pays, par exemple les contrats de vente de marchandises équitables et les droits de propriété intellectuelle.

Je souhaiterais aussi mentionner brièvement une ou deux questions cruciales pour le continent africain et où la CNUDCI pourrait jouer un rôle important. La tendance croissante à la formation de blocs commerciaux et de blocs d'investissements régionaux en Amérique, en Asie et en Europe n'a pas échappé aux Africains. Devant ce risque de se trouver marginalisée dans le commerce mondial, l'Afrique a décidé de tirer parti de toutes les possibilités et de tous les avantages que pouvait procurer le développement d'un commerce intra-africain. Des organisations régionales telles que la Zone d'échanges préférentiels pour les Etats de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe et

la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest sont orientées vers la promotion des échanges entre Etats africains, afin de créer un marché commun africain dans les premières années du siècle prochain. La CNUDCI pourrait être d'une grande aide aux Etats membres de ces organisations et aux organisations elle-mêmes, dans le processus d'unification régionale du droit commercial qu'ils ont entrepris. Je voudrais demander instamment à la CNUDCI de coopérer sur les questions de financement avec d'autres organismes des Nations Unies tels que le Programme des Nations Unies pour le développement et le Centre sur les sociétés transnationales qui, avec les secrétariats des organisations régionales, pourraient trouver les moyens d'utiliser efficacement les compétences de la CNUDCI en matière de développement et d'unification du droit commercial.

Pour conclure, je dois dire que si la CNUDCI a, au cours des vingt-cinq dernières années, produit d'excellents textes de qualité dans son domaine de compétence, il faudrait réfléchir et faire preuve d'ingéniosité pour trouver le moyen de prendre en compte à l'avenir les intérêts plus larges des pays en développement.

D. Suggestions finales concernant les activités futures de la CNUDCI

I. W. HARRACKSINGH
Avocat, Trinité-et-Tobago

Il n'est pas nécessaire que j'ajoute mes éloges à ceux qui ont déjà été adressés à la CNUDCI. On a suffisamment parlé de ses travaux et des résultats obtenus. Je ferai simplement observer qu'étant donné le temps regrettablement long qui s'écoule entre l'élaboration d'un texte et son acceptation universelle, il pourrait être utile d'envisager de répartir les ressources de la Commission entre, d'une part, la promotion de l'acceptation universelle de ses textes et, d'autre part, l'élaboration de textes nouveaux.

Je souhaite aussi aborder la question du règlement des différends. Le Congrès a examiné de façon très compétente les retards pris lorsque les différends doivent être tranchés par les juridictions locales, mais j'aimerais ajouter que, lorsqu'une opération internationale donne lieu à un différend, les donneurs d'ordre, à savoir le vendeur ou l'acheteur, le bailleur ou le locataire, deviennent de simples mandataires des banques, des compagnies d'assurance ou des compagnies de transport. Je demande donc instamment que l'on persuade ces organismes de prendre plus activement part à l'élaboration de tous futurs codes.

Enfin, j'aimerais rendre un hommage tout particulier au professeur Clive Schmitthoff et proposer que l'on envisage de créer en son honneur un fonds de dotation ou un fonds pour l'octroi de bourses d'études.

SERGEI KELADA
Bélarus

C'est avec satisfaction que j'ai écouté aujourd'hui l'intervention de Gerold Herrmann sur les moyens de faciliter la diffusion d'informations sur l'unification des textes juridiques. J'exprime ici le voeu que le secrétariat de la CNUDCI crée un programme de services de consultants, dans le cadre duquel on pourrait mettre au point un stage de formation sur lequel les facultés de droit pourraient s'appuyer lors de l'étude de textes rédigés par

la Commission. Un tel stage serait utile à de nombreux pays, y compris au mien et à d'autres Etats de l'ex-Union des Républiques socialistes soviétiques. Autant que nous sachions, le Centre pour les droits de l'homme de Genève effectue ce genre de travail et élabore des manuels de formation dans le domaine des droits de l'homme. En adoptant cette approche, la CNUDCI se ferait une excellente publicité et disposerait d'une documentation pratique fort précieuse. Les pays pourraient alors faire élaborer des manuels à l'intention de leurs étudiants sur la base de la documentation de la CNUDCI. Il est important que les juristes aient une très bonne connaissance des documents de la Commission et qu'ils en fassent à l'avenir le plus grand usage, notamment au Bélarus. Enfin, nous félicitons le secrétariat de la CNUDCI pour son rapport et ses commentaires sur les Règles de Hambourg.

HOWARD HOLTZMANN
La Haye (Pays-Bas)

J'aimerais faire une suggestion concernant les travaux futurs de la CNUDCI dans le domaine du règlement des différends. Le projet que j'ai à l'esprit ferait fond sur la solidité, la réputation et le succès de la Commission dans ce domaine et renforcerait, à mon avis, l'utilité du Règlement d'arbitrage qu'elle a élaboré. Nous savons tous que l'un des plus grands avantages de ce Règlement est de fournir des règles précises sur certains aspects de la procédure arbitrale, tout en laissant pour d'autres aspects une grande marge de manoeuvre aux arbitres. Une certaine souplesse est, de toute évidence, souhaitable à certains moments, dans la mesure où elle permet au tribunal arbitral d'adapter la procédure de manière à tenir compte de la spécificité de chaque cas et des attentes de parties dont la culture et le système juridique sont différents, notamment, de ceux des arbitres. Toutefois, lorsque les règles sont souples, ce qu'elles doivent effectivement être, les parties peuvent avoir des doutes quant à la procédure que les arbitres vont adopter. La souplesse peut donc engendrer l'imprévisibilité, voire des surprises.

Comment éviter les chausse-trapes de l'arbitrage ? La solution est peut-être assez simple. Déterminons tout d'abord les domaines où le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI permet une grande souplesse et établissons ensuite un guide juridique pratique décrivant une ou plusieurs procédures que les arbitres utilisent avec succès pour les étapes de la procédure où le Règlement leur laisse une marge de manoeuvre. Ce guide aurait pour objectif non pas d'ajouter des règles à celles qui existent ou de remplacer la souplesse par la rigidité, mais de montrer plusieurs moyens d'exploiter rationnellement cette souplesse. J'illustrerai par un exemple la façon dont un guide pratique pourrait fonctionner. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne prévoit pas expressément de conférences préparatoires, mais est suffisamment souple pour permettre au tribunal arbitral d'en organiser. Un guide juridique pourrait analyser les avantages de ces conférences, en décrire le fonctionnement et donner une liste des sujets pouvant y être traités, que les arbitres pourraient ensuite, dans certains cas, retenir. Il pourrait aussi fournir des informations sur les modalités de présentation de la preuve dans une procédure d'arbitrage, sujet inscrit depuis longtemps à l'ordre du jour de la Commission. Il pourrait en outre servir à décrire diverses procédures ayant été jugées utiles dans un arbitrage multipartite, autre sujet déjà inscrit à l'ordre du jour de la Commission.

Ce ne sont là que quelques exemples de sujets qui pourraient être traités dans un guide pratique, qui aurait plusieurs fonctions utiles. Tout d'abord, il pourrait aider à réduire les incertitudes dans les domaines où le Règlement

permet une certaine souplesse. Il pourrait ensuite aider à promouvoir l'uniformité, ce qui est une manière efficace d'éliminer toute possibilité de surprise. Il pourrait améliorer ce que M. Szasz a appelé la transparence. La CNUDCI a encouragé la souplesse. Aidons maintenant les parties et les arbitres à utiliser sagement cette souplesse. La CNUDCI a l'expérience et les ressources intellectuelles pour s'atteler à cette tâche qu'il est possible, à mon avis, de mener à bien; j'estime que le guide sera utile non seulement aux utilisateurs du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, mais aussi à ceux qui se fondent sur d'autres règles offrant également une certaine souplesse.

GUSTAVO CUBEROS GOMEZ
Université nationale de Colombie, Bogotá

On a évoqué aujourd'hui les résultats que les pays attendent des travaux de la CNUDCI, ce qui me rappelle les paroles du Président John Kennedy : "Ne demandez pas ce que votre pays peut faire pour vous, mais plutôt ce que vous pouvez faire pour votre pays." Dans les pays en développement, nous ne parlons pas seulement de demander le plus possible à la CNUDCI. Nous soulevons, dans le domaine juridique, des questions relatives à des règles sur des sujets tels que les marques de fabrique et les brevets, les faillites et les transferts électroniques de fonds; nous demandons aussi à la CNUDCI d'améliorer ses circuits de diffusion et de devenir une source de bourses d'études pour nos étudiants en droit.

Je partage toutes ces préoccupations, je suis conscient de tous ces besoins, mais je pense que le moment n'est pas venu de les évoquer dans le cadre de la CNUDCI. Pour quelles raisons ? Je pourrais en citer beaucoup. A mon avis, les exemples les plus marquants sont les suivants : la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, pour laquelle vingt ans se sont écoulés entre le moment où le problème a été identifié et celui où le texte est entré en vigueur; et la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, qui a été ratifiée par quatre pays seulement. Je pense qu'il vaut mieux pour une entité comme la CNUDCI, ainsi que pour le monde dans lequel nous vivons, qu'il existe dans le domaine du commerce 2 ou 3, ou même 5 ensembles de règles uniformes connues de tous, en vigueur et effectivement appliquées, plutôt que 10, 20 ou 30 instruments théoriques.

C'est pourquoi je crois que la CNUDCI doit s'employer à consolider l'oeuvre très importante qu'elle a accomplie jusqu'à ce jour, plutôt qu'envisager de se lancer dans d'autres domaines, de se développer ou d'élargir encore un peu plus le champ de ses activités. Comment, cependant, assurer cette consolidation par des activités concrètes ? N'oublions pas que nous représentons ici de nombreux gouvernements, associations, systèmes judiciaires ou milieux universitaires. Permettez-moi de faire une simple observation : la question essentielle et, avec tout le respect que je vous dois, la plus importante à mes yeux est le rôle du corps enseignant, des professeurs de droit, car si la CNUDCI crée des ensembles de règles et favorise l'établissement de législations, c'est à nous tous qu'il revient, dans nos pays respectifs, de les diffuser. Si j'insiste sur l'enseignement du droit, c'est parce que je pense que les professeurs sont le lien avec les nouvelles générations qui finiront un jour par se débarrasser de cette tour de Babel juridique dans laquelle nous vivons aujourd'hui. Si nous n'établissons pas le contact avec nos gouvernements ou avec la nouvelle génération de juristes du XXIème siècle, alors, comme l'a fait observer Gerold Herrmann, nous condamnerons la CNUDCI à produire une espèce d'espéranto, une langue idéale que personne ne parle.

MARILDA ROSADO DE SA RIBEIRO
Rio de Janeiro (Brésil)

Il me faut tout d'abord préciser que je suis à la fois professeur de droit international et juriste à la compagnie pétrolière d'Etat PETROBAS. Les observations formulées hier par la délégation péruvienne et le rapport du Secrétaire de la CNUDCI m'ont encouragée à prendre la parole devant vous, en mon nom et en celui des quatre autres professeurs brésiliens qui participent à ce Congrès. J'aimerais aussi faire mention du discours d'Ana Isabel Piaggi de Vanossi, d'Argentine, auquel je m'associe pleinement.

Pour nous, le simple fait de pouvoir prendre part à la conférence est un événement sur le plan à la fois personnel et professionnel. Nous regrettons vivement de ne pas être en mesure de dire que notre pays a signé les importantes conventions examinées ici. Nous tenons cependant à agir concrètement pour remédier à cette situation et inciter le Brésil à changer d'approche en ce qui concerne l'unification des législations. Nous nous proposons donc de former au Brésil un groupe qui appuierait les travaux de la CNUDCI, conformément aux suggestions faites aujourd'hui par Gerold Herrmann. Le groupe consisterait tout d'abord en un institut composé de professeurs de diverses universités, motivés comme nous le sommes, qui pourrait, dans un premier temps, rassembler des hommes d'affaires et établir des alliances stratégiques avec d'autres instituts. Nous rechercherions ultérieurement l'appui d'organismes liés à l'Etat.

Nous pensons que l'on pourrait voir se dessiner, dans la présente décennie, un scénario différent dans lequel le Brésil et tous les pays en développement s'insèreraient mieux au système du commerce international. Je me permets de citer l'exemple de ma propre compagnie, PETROBAS, qui, au cours des vingt dernières années, a montré que les pays en développement peuvent, dans un domaine aussi concurrentiel que celui de l'énergie et du pétrole, acquérir des atouts technologiques leur permettant de former des coentreprises en position d'égalité et d'échanger des données d'expérience avec les grandes sociétés du monde entier.

Nous avons grand besoin, cependant, de renforcer nos connaissances dans de nombreux domaines. Je mentionnerai au moins le financement des projets ainsi que le défi que constitue la mise en place du marché MERCOSUR avec l'Argentine, l'Uruguay et le Paraguay. Nous espérons donc bénéficier de l'appui de la CNUDCI pour faire mieux connaître et accepter au Brésil les textes des lois uniformes et des conventions.

PUTNAM LOWRY
Etats-Unis d'Amérique

Je vous prierai, tout d'abord, de bien vouloir m'excuser si l'une quelconque de mes observations est impolitique et si, par inadvertance, j'offense quelqu'un. En ce qui concerne les sujets proposés pour les travaux futurs, je souhaiterais faire quatre suggestions.

Je propose tout d'abord d'examiner un régime pour la constitution de sûretés ou pour l'utilisation des satellites comme caution dans le cas d'obligations. C'est là un domaine ouvert, qui préoccupe beaucoup certains de nos clients.

La deuxième proposition porte sur l'exécution des jugements. Les Etats-Unis ne sont partie à aucune convention multilatérale sur ce sujet.

Nous pensons que cela peut être dû en partie au fait que notre pays hésite à signer des conventions de droit international privé, mais nous estimons que des améliorations pourraient peut-être être apportées aux textes existants.

Il conviendrait, troisièmement, d'examiner les possibilités de mise à jour de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (1958), notamment en ce qui concerne l'applicabilité des mesures intérimaires décidées par les tribunaux arbitraux.

Il faudrait peut-être, quatrièmement, prendre des mesures pour développer les travaux d'UNIDROIT concernant l'affacturage. J'imagine que l'octroi de sûretés sur les biens mobiliers posera un problème de priorité, dans la mesure où la Convention d'UNIDROIT sur l'affacturage ne traite pas la question de la priorité entre les facteurs.

Je souhaite faire part de notre préoccupation concernant l'approbation des Incoterms par la Chambre de commerce internationale, car ces documents sont protégés par les droits d'auteur. Ainsi, si j'en possède un exemplaire et en fais une photocopie pour la donner à un juge, je contreviens à la législation sur les droits d'auteur. Est-il approprié que nous approuvions un document protégé à titre privé par le droit d'auteur, à moins que la CCI ne soit disposée à permettre la reproduction d'un nombre raisonnable d'exemplaires aux fins de diffusion ? Je sais que cet organisme a consacré beaucoup de temps à son élaboration et qu'il doit le rentabiliser, mais la question que je pose est une question de principe.

Nous devons nous garder de politiser les travaux de la CNUDCI. Son succès s'explique, comme c'est le cas pour de nombreux autres organismes, par le caractère essentiellement apolitique de son action. Vous pouvez comparer les résultats obtenus par la CNUCED et ceux de la CNUDCI ou, peut-être, de l'Union internationale des télécommunications. Les organismes qui réussissent semblent être ceux qui deviennent plus techniques et moins politiques. La CNUDCI doit susciter l'intérêt des individus, car ce sont eux qui exploitent ses travaux et assurent l'application de ses textes. Dans l'Etat du Connecticut, où je ne suis qu'un avocat de province, la loi comporte désormais une section intitulée droit international, et la Loi type sur l'arbitrage commercial international, entre autres, s'y trouve codifiée. L'Association des avocats du Connecticut soutiendra la CNUDCI et se déclare prête à lui fournir son aide, dans toute la mesure de ses moyens.

Je souhaiterais, pour terminer, dire deux mots sur l'analogie avec les pompiers. Vous dites que les pompiers ne font pas de publicité. Ce n'est pas tout à fait vrai. Ils ont des bornes pour les appels d'urgence, ils utilisent le téléphone, ils font paraître des annonces sur les pages intérieures. Lorsqu'ils ont un problème de droit commercial, les membres de l'Association des avocats savent qu'ils peuvent m'appeler. Nous devons faire le même genre de chose. Nous ne ferons pas de publicité de la même manière que les entreprises commerciales, mais nous devrions faire savoir que nous existons, et l'Association des avocats du Connecticut a déjà offert de fournir des services d'appui juridique aux pays qui n'ont pas les moyens d'en mettre eux-mêmes en place et elle continuera de le faire.

PAULIN EDOUEDOU
Gabon

Je vous remercie, Monsieur le Président. Pour commencer, je voudrais m'associer aux observations d'un orateur qui a pris la parole tout à l'heure et qui a parlé du rôle des pays en développement dans le processus

d'unification du droit international. La délégation gabonaise a tiré beaucoup d'enseignements de ce Congrès. Dans ce corps de connaissances, un élément, le mot "unification", a retenu tout particulièrement notre attention. Comme vous le savez, unifier veut dire unir, réunir. Dans notre contexte, celui du droit international, réunir est synonyme d'harmoniser. Or, une question se pose : que pouvons-nous faire pour harmoniser le droit commercial international, en tenant compte de toutes les régions du monde, de tous les Etats du monde, ou du moins d'une majorité d'entre eux ? Il nous faut harmoniser le droit commercial international avec la participation de tous les acteurs de la communauté internationale, y compris les Etats, les organisations internationales, les organisations régionales, voire les organisations subrégionales qui s'efforcent d'atteindre cet objectif.

Il est parfaitement clair que tous les Etats, du moins la majorité des Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies, doivent participer activement à l'élaboration des instruments juridiques appelés à régir les divers domaines commerciaux à l'échelon mondial. La position de faiblesse dans laquelle se trouvent de nombreux Etats, notamment en Afrique, semble néanmoins incompatible avec les deux préoccupations essentielles de la CNUDCI à l'heure actuelle, à savoir l'harmonisation du droit commercial international et la protection des pays en développement les moins avancés, y compris l'assistance qu'il convient de leur dispenser. Comme le Secrétaire général l'a dit dans son discours d'ouverture, "Plus que jamais, la clarté et l'homogénéité sont des attributs essentiels du droit, lequel a pour but, dans la conception que nous en avons, de protéger et d'aider les faibles. C'est ainsi que nous concevons le droit." Il ressort à l'évidence de cette déclaration que la CNUDCI ne saurait valablement harmoniser le droit commercial international sans avoir présentes à l'esprit les vues de cette catégorie d'Etats en situation économique difficile. Une attitude contraire pourrait avoir des conséquences préjudiciables multiples : réticence des Etats à ratifier les textes émanant de la CNUDCI, ratifications assorties de réserves et difficultés lors de la mise en application des textes.

De nombreuses raisons sont à l'origine de la faible participation de certains Etats aux travaux de la CNUDCI. Permettez-moi d'indiquer la plus importante d'entre elles, en vue d'envisager d'éventuelles solutions. Je me contenterai de dire les choses succinctement. Tout d'abord, il y a l'absence d'information. C'est là un obstacle. Nous estimons que, malgré les efforts déployés par la CNUDCI dans ce domaine, l'information ne circule pas bien dans les pays en développement. Il y a aussi le manque de formation. De nombreux entrepreneurs, de nombreux hommes politiques et de nombreux spécialistes ignorent en quoi consiste exactement le rôle d'organes internationaux tels que la CNUDCI. Il en est de même pour les conventions issues de la CNUDCI. Il nous a également semblé que, malgré les efforts déployés, l'assistance est insuffisante. Certes, l'assistance est fonction des moyens disponibles, mais elle est néanmoins insuffisante. A titre de solution, nous voudrions par conséquent envisager une extension du champ de l'information : les Etats seraient informés non seulement par l'intermédiaire de leurs missions diplomatiques, mais aussi directement par l'intermédiaire de leurs ministères ou par d'autres voies.

La CNUDCI devrait donc aussi être un service d'information, qui contribuerait à une meilleure diffusion de l'information et à sa centralisation. Nous estimons qu'il faut faire de l'information une priorité. Les efforts accomplis jusqu'à présent sont louables et doivent être poursuivis par la multiplication du nombre des séminaires et des stages de formation organisés dans les pays en développement.

Nous songeons à une participation plus poussée de la CNUDCI à la formation, par l'organisation de séminaires et de colloques. Nous songeons également à la fourniture, par la CNUDCI, d'une assistance aux pays en développement pour ce qui est de l'introduction et l'application des instruments de droit commercial, encore insuffisamment présents dans nombre de ces pays.

PROFESSEUR FERNAN NUÑEZ PINEDA
Honduras

Il est parfois très difficile d'intervenir à l'issue d'une réunion, étant donné que pratiquement tout a été dit. Je dirai cependant, pour me présenter, que je suis secrétaire de la Commission centraméricaine du droit commercial et chef d'un département à l'Université du Honduras.

Je suis préoccupé par le fait qu'il est question, à ce Congrès, de pays développés, de pays en développement et de pays peu développés. Je vous pose la question : de quoi parlons-nous ? D'une intelligence peu développée et d'une intelligence développée ? Je voudrais faire une suggestion. Au prochain congrès, nous devrions tenir compte de la participation des pays d'Amérique centrale et des Caraïbes, car si on parle de pays peu développés, nous en faisons partie. Mais l'ironie veut qu'un petit nombre seulement de pays développés ont ratifié les conventions internationales pertinentes, alors que les pays peu développés ont été plus nombreux à le faire.

ABRAHAM MONTES DE OCA
Mexique

Je voudrais rappeler très brièvement que le présent Congrès représente une contribution de la CNUDCI aux activités de la Décennie des Nations Unies pour le droit international et que la tenue de ce qui constitue la première réunion mondiale de ce type est particulièrement opportune dans le cadre de cette Décennie. J'ai deux propositions à faire. Premièrement, qu'il me soit permis, en ma qualité de membre du Comité national mexicain pour la Décennie, d'inviter toutes les personnes ici présentes à proposer, dès leur retour dans leur capitale, leurs services pour la création de comités nationaux pour le droit international. A ce jour, le nombre des comités nationaux institués pour la Décennie est malheureusement très réduit; trois pays seulement ont institué un tel comité. La présence de tels organes est extrêmement souhaitable et opportune, car ils peuvent servir de cadre à l'acquisition d'une connaissance approfondie du droit commercial international. A cet égard, je note la présence, parmi les membres mexicains de la CNUDCI, de M. Abascal Zamora, l'un des pionniers et diffuseurs du droit commercial international au Mexique.

Ma deuxième proposition est en fait une proposition du Comité mexicain auprès de la CNUDCI, que je vous transmets. Il s'agit d'inviter la CNUDCI à étudier l'opportunité de formuler un programme universitaire pour l'enseignement du droit commercial international, programme qui pourrait être proposé aux universités des pays intéressés.

MARGARET KENT
Avocat, Etats-Unis d'Amérique

En encourageant, dans ses travaux futurs, une compréhension et une acceptation plus larges de textes juridiques uniformes, la CNUDCI devrait

reconnaître l'existence de relations entre le droit commercial et l'imposition des activités commerciales et traiter de ces relations. Le droit commercial a une incidence sur le droit fiscal. Je me contenterai de citer quelques exemples qui témoignent de cette interdépendance.

Premièrement, aux Etats-Unis, le transfert de droits réels est un événement critique qui déclenche l'imposition. L'on s'en remet donc aux Incoterms, mais une structuration artificielle des opérations peut être organisée. Deuxièmement, les entreprises peuvent actuellement structurer la vente de biens à des sociétés affiliées et autres entités, de manière à déplacer les revenus vers la juridiction où l'imposition est la plus favorable, réduisant ainsi les recettes des pays qui auraient dû encaisser des impôts. Troisièmement, la rareté des relevés dans le transfert électronique de fonds, notamment à destination ou en provenance de paradis fiscaux, facilite l'exode des capitaux, la dissimulation des avoirs dans les procédures de faillite ou de divorce et, bien évidemment, l'évasion fiscale de la part des clients de certaines banques internationales. Une réglementation fiscale uniforme permettrait de remédier à ces abus en prévoyant le signalement des opérations aux autorités fiscales. La CNUDCI devrait engager les participants à ce Congrès à participer également à la conférence qui abordera simultanément les questions fiscales et les questions commerciales.

PROFESSEUR MANUEL OLIVENCIA RUIZ
Université de Séville (Espagne)

Permettez-moi de recourir à la métaphore du cuisinier et de la soupe pour formuler une conclusion qu'on peut dégager de ce Congrès extrêmement intéressant. Je crois qu'à la CNUDCI nous disposons de très nombreux et excellents cuisiniers qui ont préparé quelques mets raffinés, mais que rares sont jusqu'à présent ceux qui les goûtent. Aussi notre satisfaction - satisfaction au sujet de l'oeuvre accomplie - doit-elle être limitée, car notre objectif d'unification est encore très loin d'être atteint. Je crois par conséquent qu'il nous faut consolider notre oeuvre, comme Mme Adriana Gomez l'a indiqué, et la consolider veut dire la faire connaître. En d'autres termes, il nous faut l'enseigner, au sens pédagogique de l'expression, mais aussi la présenter, en faire la démonstration dans les milieux intéressés, non seulement dans des revues de droit, mais aussi par les voies économiques les plus étroitement liées à nos travaux. La délégation espagnole entend, par exemple, consacrer un numéro de la Revista de derecho mercantil, publiée à Madrid, au vingt-cinquième anniversaire de la CNUDCI ainsi qu'à ce Congrès.

Quant aux travaux futurs, la délégation espagnole voudrait insister sur des sujets complémentaires plutôt que sur des sujets nouveaux. Nous avons traité, avec compétence je crois, des droits matériels ou physiques. Il nous faut maintenant protéger l'exercice de ces droits, rendre ceux-ci effectifs dans la pratique. Je connais les réserves de la CNUDCI à l'égard des problèmes de procédure, mais je crois qu'il est essentiel d'assurer l'exercice desdits droits.

Un autre sujet est celui du droit de la faillite. Je comprends sa complexité et les réserves qu'il suscite, mais son importance internationale est si vitale que nous devrions au moins identifier et définir quelques domaines d'intérêt particulier, afin que le droit de la faillite puisse vraiment avoir un impact international.

M. SAGOVINIA

Je tiens à faire deux suggestions. Premièrement, comme suite à une proposition de la France en suspens depuis quatre ans, l'on pourrait introduire dans les conventions des Nations Unies une disposition stipulant que si les parties à un contrat de commerce international en conviennent expressément, le droit conventionnel s'applique et l'emporte sur le droit de l'Etat du for. Contrairement à l'une des principales objections élevées contre une telle conception, cette disposition ne porterait pas atteinte au droit dit d'autodétermination.

Deuxièmement, il faudrait, dans l'avenir, lorsque nous parlerons de l'économie mondiale et des intérêts économiques divergents des diverses économies dans le commerce international, que nous adoptions des dispositions juridiques empêchant qu'un Etat étranger à un contrat entre deux pays impose des sanctions et nuise au bon déroulement des opérations. Si une loi omettait de prendre en considération ces questions, son acceptabilité au plan international serait gravement compromise.

Notes

1/ R. David et al., éd., International Encyclopedia of Comparative Law, vol. II, chap. 5 (Tübingen, Mohr, 1971), p. 24 et 25.

2/ Ibid., p. 33 et 34.

3/ E. A. Farmsworth, "UNCITRAL - Why? What? How? When?", American Journal of Comparative Law, vol. 20 (Berkeley, 1972), p. 322.

4/ R. David et al., éd., op. cit., vol. II, chap. 5, p. 26.

VII. DISCOURS DE CLOTURE

CARL-AUGUST FLEISCHHAUER
Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, conseiller juridique (Organisation des Nations Unies)

C'est pour moi un privilège que de prononcer le discours de clôture de ce premier Congrès organisé par la CNUDCI. J'en éprouve une joie particulière, vu l'importance de cette manifestation et de son thème pour le développement du droit commercial international dans le nouvel ordre mondial - ordre qui appelle une intensification du commerce et des échanges internationaux si l'on veut relever les défis du développement et atteindre l'objectif de la réduction de la pauvreté dans le monde. Ma joie est multipliée par le fait que le Congrès a été tenu à l'occasion de la vingt-cinquième session de la CNUDCI et marque, par conséquent, la célébration du vingt-cinquième anniversaire de cet organe, devenu le centre de gravité des efforts d'unification du droit commercial international.

Au cours des vingt-cinq dernières années, la CNUDCI et les autres organismes de formulation ont joué un rôle déterminant dans l'élaboration de textes juridiques uniformes dans le domaine du droit commercial international. Aussi a-t-il été opportunément décidé, à la vingt-quatrième session de la CNUDCI, qu'il fallait se ménager l'occasion d'examiner l'état actuel de l'unification des lois et règlements régissant le commerce mondial.

Au cours des cinq derniers jours, vous avez, Mesdames et Messieurs, examiné nombre de questions liées à la formulation et au développement du droit commercial international. Vous avez, entre autres, analysé les divers aspects du processus d'unification du droit commercial et l'intérêt qu'il présente, les aspects pratiques et les progrès récemment enregistrés en ce qui concerne les nombreux textes juridiques de conception et de pertinence universelles dans les domaines de la vente de marchandises, de la fourniture de services, des paiements internationaux, de l'échange de données informatisées, du transport par mer et d'autres modes de transport, ainsi que du règlement des différends. Vous avez pris connaissance des vues des utilisateurs finals quant à leurs besoins pratiques et leurs intérêts concernant les textes uniformes existants et les textes qui pourraient être élaborés dans l'avenir, et vous avez pris connaissance des avis des pays en développement quant à leurs aspirations et leurs priorités au regard des travaux qui pourraient être entrepris dans le domaine de l'unification du droit commercial international.

De plus, vous avez examiné d'autres aspects du processus d'unification, tels que la promotion des textes uniformes, aspect qui a peut-être été quelque peu négligé dans le passé, mais qui semble, comme nos discussions l'ont montré, avoir suscité une prise de conscience croissante non seulement au sein des organismes de formulation chargés d'établir des textes juridiques uniformes, mais aussi dans les milieux gouvernementaux et parmi les praticiens et autres utilisateurs de tels textes. Vous avez également examiné quels sujets pourraient, dans l'avenir, faire l'objet de travaux susceptibles de s'inscrire dans le cadre du programme d'unification de la CNUDCI et d'autres organismes de formulation. Il est apparu, à l'évidence, que l'unification du droit commercial est souhaitable et importante et qu'elle répond aux besoins pratiques du commerce international.

Le Congrès n'avait pour objet que d'offrir une vue panoramique de nombreux domaines du droit commercial international, aussi n'a-t-il souvent pas été possible d'examiner en détail les multiples questions, vues et

suggestions intéressantes qui nous ont été exposées durant cette semaine. J'ai toutefois la conviction qu'elles porteront leurs fruits - telles des semences plantées dans un sol fertile - en déclenchant des débats approfondis au sein de maintes instances et qu'elles stimuleront de nouvelles explorations et évaluations dans les domaines de la recherche, de l'enseignement et de la doctrine.

J'ai également la conviction que la CNUDCI et les autres organismes de formulation tireront de nombreux enseignements des informations et analyses fournies à profusion durant les délibérations de ce Congrès. Les maintes perspectives ouvertes par les très nombreux experts se révéleront sans aucun doute extrêmement utiles pour le choix de sujets appropriés se prêtant à des efforts d'unification et faciliteront ainsi l'établissement de l'ordre du jour pour l'unification au XXIème siècle. Lesdites informations et analyses seront également utiles pour l'évaluation des textes élaborés par la CNUDCI et d'autres organismes de formulation, ainsi que pour la définition de stratégies visant à faire droit aux importantes préoccupations exprimées en cette enceinte. Les discussions faciliteront par ailleurs le choix des moyens requis pour la mise en oeuvre de textes uniformes. Elles ont souligné l'intérêt du rôle de coordination joué par la CNUDCI et serviront à définir les modalités selon lesquelles la coopération entre les divers organismes de formulation à l'oeuvre dans le domaine du droit commercial international pourrait être intensifiée en vue de faire progresser les travaux d'unification.

La nécessité de faire appel à l'expérience acquise au cours des vingt-cinq dernières années n'a peut-être jamais été aussi grande qu'aujourd'hui, dans le nouvel ordre mondial que j'ai évoqué tout à l'heure, car le droit commercial international est destiné à jouer un rôle encore plus grand qu'il ne l'a fait jusqu'à présent dans les échanges internationaux et le commerce mondial.

Les très nombreuses et excellentes observations qui ont été faites au cours des cinq derniers jours sur le thème d'un droit uniforme dans la pratique et la théorie n'auraient pu l'être sans les remarquables communications présentées par les éminents spécialistes du droit commercial international qui se sont exprimés, à ce Congrès, sur leurs sujets, ni sans les contributions tout aussi remarquables des experts qui se sont faits les porte-parole des praticiens internationaux. A tous, je présente mes sincères félicitations et l'expression de ma gratitude pour un travail bien fait.

De nombreuses autres personnes ont contribué au succès de ce Congrès. Une dette de reconnaissance a été contractée envers les présidents des diverses réunions de travail qui, tout en faisant preuve de l'indispensable fermeté, ont su comprendre le désir qu'avaient tant de participants de prendre la parole. Mais le succès et l'atmosphère même d'un congrès dépendent avant tout de la qualité et de la présence active de tous ses participants. Et la qualité des participants à ce Congrès est vraiment très impressionnante, du point de vue tant de leur connaissance du droit commercial international que du nombre des régions représentées. Plus de 500 juristes de toutes les régions du monde ont participé au Congrès. C'est là un sujet de grande satisfaction pour la CNUDCI. Un congrès comme celui-ci offre la chance de rencontrer de vieux amis, dont certains oeuvrent au sein de la CNUDCI depuis sa création il y a vingt-cinq ans et, ce qui est tout aussi réjouissant, de se faire de nouveaux amis. Les amitiés qui voient le jour au sein d'une instance telle que celle-ci contribuent d'une manière non négligeable à l'oeuvre d'unification du droit commercial en renforçant la compréhension de vues et d'intérêts divergents.

J'espère que vous allez garder de ce Congrès le souvenir de maints documents, communications, exposés et idées mémorables. Avant de conclure, je voudrais remercier tous les fonctionnaires, de Vienne et de New York, qui ont contribué à faire du Congrès le grand succès qu'il a été. Je sais qu'ils ont fait tout ce qui était en leur pouvoir pour assurer sa réussite.

Pour conclure, permettez-moi de vous souhaiter à tous, au nom de l'Organisation des Nations Unies et en mon nom propre, un bon retour dans vos foyers et, si vous restez à New York, un séjour agréable. J'ai l'honneur de déclarer clos ce Congrès de la CNUDCI sur le droit commercial uniforme au XXIème siècle.