Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

ANNUAIRE

Volume XVI : 1985

NATIONS UNIES
New York, 1989

NOTE

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

A/CN.9/SER.A/1985

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente : F.87.V.4
ISBN 92-1-233139-4
ISSN 0251-4257
05400P

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION v

Première partie. Rapport de la Commission sur sa session annuelle; observations et décisions concernant ce rapport

DIX-HUITIÈME SESSION (1985) 3

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session (Vienne, 3-21 juin 1985) [A/40/17] 3

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUDCI) : extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement (trente et unième session) [TD/B/1077] 49

C. Assemblée générale : rapport de la Sixième Commission (A/40/935) 49

D. Résolutions 40/71 et 40/72 de l'Assemblée générale, du 11 décembre 1985 50

Deuxième partie. Etudes et rapports sur les sujets étudiés par la Commission

I. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL 55

A. Compilation analytique des observations présentées par les gouvernements et les organisations internationales au sujet du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/263 et Add.1 à 3) 55

B. Commentaire analytique du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/264) 106

II. PAIEMENTS INTERNATIONAUX 147

A. Effets de commerce internationaux 147

Rapport du Groupe de travail des effets de commerce internationaux sur les travaux de sa treizième session (New York, 7-18 janvier 1985) [A/CN.9/261] 147

B. Transferts électroniques de fonds 157

Projet de guide juridique sur les transferts électroniques de fonds : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/266 et Add.1 et 2) 157

III. NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : CONTRATS INDUSTRIELS 209

A. Sixième session du Groupe de travail du nouvel ordre économique international .. 209

1. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa sixième session (Vienne, 10-20 septembre 1984) [A/CN.9/259] 209

2. Projet de Guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles : projets de chapitres : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6) 225

B. Septième session du Groupe de travail du nouvel ordre économique international 261

1. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa septième session (New York, 8-19 avril 1985) [A/CN.9/262] 261

2. Projet de Guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles (A/CN.9/WG.V/WP.15/Add.1 à 10) 281

C. Poursuite des travaux de la Commission dans le domaine des contrats internationaux de construction d'installations industrielles : note du secrétariat (A/CN.9/268) 339

Pages

IV. EXPLOITANTS DE TERMINAUX DE TRANSPORT 341

Huitième session du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux 341

A. Rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa huitième session (tenue à Vienne du 3 au 13 décembre 1984) [A/CN.9/260] 341

B. Documents de travail soumis au Groupe de travail 355

1. Responsabilité des exploitants de terminaux de transport : questions soumises à l'examen du Groupe de travail : note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.52) 355

2. Rapport explicatif de l'avant-projet de convention sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport, établi par le secrétariat d'UNIDROIT : note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.52/Add.1) [à titre de référence seulement] 362

3. Responsabilité des exploitants de terminaux de transport : questions supplémentaires soumises à l'examen du Groupe de travail : note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.53) 362

V. TRAITEMENT AUTOMATIQUE DE L'INFORMATION 365

Valeur juridique des enregistrements informatiques : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/265) 365

VI. COORDINATION DES ACTIVITÉS 381

Aspects juridiques du transfert de technologie : activités actuelles des organisations internationales du système des Nations Unies : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/269) 381

VII. ÉTAT DES CONVENTIONS 395

Etat des conventions : note du secrétariat (A/CN.9/271) 395

VIII. FORMATION ET ASSISTANCE 399

Formation et assistance : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/270) 399

IX. DIFFUSION DES DÉCISIONS 401

Diffusion des décisions concernant les textes juridiques de la CNUDCI et interprétation uniforme de ces textes : note du secrétariat (A/CN.9/267) 401

Troisième partie. Annexes

I. LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL (A/40/17, Annexe I) 409

II. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL CONSACRÉES A L'ÉLABORATION DE LA LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL 415

III. BIBLIOGRAPHIE D'OUVRAGES RÉCENTS RELATIFS AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI (A/CN.9/284) 531

IV. LISTE DES DOCUMENTS DE LA CNUDCI 535

V. RENVOIS : DOCUMENTS DE LA CNUDCI MENTIONNÉS DANS LE PRÉSENT VOLUME ET REPRODUITS DANS UN VOLUME ANTÉRIEUR DE L'*ANNUAIRE* 539

INTRODUCTION

Le présent volume est le seizième des Annuaires de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)[1].

Ce volume est divisé en trois parties. La première partie contient le rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa dix-huitième session, tenue à Vienne du 3 au 21 juin 1985, ainsi que les décisions y relatives de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et de l'Assemblée générale.

La deuxième partie reproduit la plupart des documents examinés à la dix-huitième session de la Commission. Ces documents comprennent les rapports des groupes de travail de la Commission chargés, respectivement, des effets de commerce internationaux, du nouvel ordre économique international et des pratiques en matière de contrats internationaux, ainsi que les observations et les rapports du Secrétaire général et du Secrétariat. Cette même partie présente également quelques documents de travail qui ont été soumis aux groupes de travail.

La troisième partie contient la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage international, qui a été adoptée à la dix-huitième session de la Commission, les comptes rendus analytiques de certaines séances de la Commission, une bibliographie d'ouvrages récents relatifs aux travaux de la Commission, préparée par le Secrétariat, ainsi qu'une liste récapitulative des documents de la CNUDCI et, à titre de référence, une liste des documents de la CNUDCI mentionnés dans le présent volume.

Secrétariat de la CNUDCI
Centre international de Vienne
B.P. 500, A-1400 Vienne (Autriche)

[1]Les volumes ci-dessous de l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* [en abrégé ci-après : *Annuaire* . . . (année)] ont déjà été publiés :

Volume	*Période considérée*	*Publication des Nations Unies, numéro de vente*
I	1968-1970	F.71.V.1
II	1971	F.72.V.4
III	1972	F.73.V.6
III Suppl.	1972	F.73.V.9
IV	1973	F.74.V.3
V	1974	F.75.V.2
VI	1975	F.76.V.5
VII	1976	F.77.V.1
VIII	1977	F.78.V.7
IX	1978	F.80.V.8
X	1979	F.81.V.2
XI	1980	F.81.V.8
XII	1981	F.82.V.6
XIII	1982	F.84.V.5
XIV	1983	F.85.V.3
XV	1984	F.86.V.2

DIX-HUITIÈME SESSION (1985)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session (Vienne, 3-21 juin 1985) [A/40/17][a]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
INTRODUCTION		1-2
Chapitres		
I.	ORGANISATION DE LA SESSION	3-10
	A. Ouverture de la session	3
	B. Composition et participation	4-7
	C. Election du bureau	8
	D. Ordre du jour	9
	E. Adoption du rapport	10
II.	ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL : PROJET DE LOI TYPE SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL	11-333
	A. Introduction	11-13
	B. Observations générales sur le projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international	14-16
	C. Examen des différents articles	17-325
	CHAPITRE I[er]. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	17-81
	Article 1. Champ d'application	17-36
	Article 2. Définitions et règles d'interprétation	37-50
	Article 4. Renonciation au droit de faire objection	51-57
	Article 5. Domaine de l'intervention des tribunaux	58- 65
	Article 6. Tribunal chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage	66-81
	CHAPITRE II. CONVENTION D'ARBITRAGE	82-97
	Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage	82-88
	Article 8. Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal	89-94
	Article 9. Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal	95-97
	CHAPITRE III. COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL	98-148
	Article 10. Nombre d'arbitres	98-99
	Article 11. Nomination des arbitres	100-111
	Article 12. Motifs de récusation	112-119
	Article 13. Procédure de récusation	120-134
	Article 14. Carence ou incapacité d'un arbitre	135-143
	Article 14 *bis*	144-145
	Article 15. Nomination d'un arbitre remplaçant	146-148
	CHAPITRE IV. COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL	149-169
	Article 16. Pouvoir qu'a le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence	149-163

[a] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-huitième session, Supplément n° 17* (A/40/17) [ci-après dénommé le "Rapport"].

Chapitres *Paragraphes*

Article 18. Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires 164-169

CHAPITRE V. CONDUITE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE 170-230
Article 19. Détermination des règles de procédure 170-176
Article 20. Lieu de l'arbitrage 177-181
Article 21. Début de la procédure arbitrale 182-187
Article 22. Langue 188-194
Article 23. Conclusions en demande et en défense 195-201
Article 24. Procédure orale et procédure écrite 202-211
Article 25. Défaut d'une partie 212-216
Article 26. Expert nommé par le tribunal arbitral 217-221
Article 27. Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves ... 222-230

CHAPITRE VI. PRONONCÉ DE LA SENTENCE ET CLOTURE DE LA PROCÉDURE 231-271
Article 28. Règles applicables au fond du différend 231-242
Article 29. Prise de décisions par plusieurs arbitres 243-246
Article 30. Règlement par accord des parties 247-250
Article 31. Forme et contenu de la sentence 251-259
Article 32. Clôture de la procédure 260-264
Article 33. Rectification et interprétation de la sentence et sentence additionnelle 265-271

CHAPITRE VII. RECOURS CONTRE LA SENTENCE 272-307
Article 34. La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale 272-307

CHAPITRE VIII. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES SENTENCES 308-325
Article 35. Reconnaissance et exécution 311-317
Article 36. Motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution ... 318-325
D. Examen de questions diverses 326-330
E. Examen des projets d'articles établis par le Comité de rédaction 331
F. Adoption de la Loi type 332-333

III. PAIEMENTS INTERNATIONAUX 334-342
A. Projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux 334-338
B. Transferts électroniques de fonds 339-342

IV. NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : CONTRATS INDUSTRIELS 343-346

V. RESPONSABILITÉ DES EXPLOITANTS DE TERMINAUX DE TRANSPORT 347-349

VI. COORDINATION DES TRAVAUX 350-361
A. Coordination générale des activités 350-353
B. Valeur juridique des enregistrements informatiques 354-360
C. Activités courantes des autres organisations internationales dans le domaine du transfert des techniques 361

VII. FORMATION ET ASSISTANCE 362-368

VIII. ÉTAT DES CONVENTIONS 369-370

IX. RÉSOLUTIONS PERTINENTES DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, TRAVAUX FUTURS ET QUESTIONS DIVERSES 371-378
A. Résolution de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission 371

Paragraphes

B. Date et lieu de la dix-neuvième session de la Commission 372
C. Sessions des groupes de travail 373-375
D. Diffusion des décisions concernant les textes juridiques de la CNUDCI et interprétation uniforme de ces textes 376-378

Annexes *Pages*

I. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 48
II. Liste des documents de la session 48

Introduction

1. Le présent rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international rend compte des travaux de la dix-huitième session de la Commission, qui s'est tenue à Vienne du 3 au 21 juin 1985.

2. Conformément à la résolution 2205 (XXI) adoptée par l'Assemblée générale le 17 décembre 1966, ce rapport est soumis à l'Assemblée générale; il est aussi présenté pour observations à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.

Chapitre premier. Organisation de la session

A. *Ouverture de la session*

3. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a commencé sa dix-huitième session le 3 juin 1985. La session a été ouverte, au nom du Secrétaire général, par le Conseiller juridique, M. Carl-August Fleischhauer, Secrétaire général adjoint.

B. *Composition et participation*

4. La résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, portant création de la CNUDCI, prévoyait que celle-ci serait composée de 29 Etats élus par l'Assemblée générale. Par sa résolution 3108 (XXVIII), l'Assemblée générale a élargi la composition de la Commission en portant de 29 à 36 le nombre de ses membres. Les membres actuels de la Commission, élus le 9 novembre 1979 et le 15 novembre 1982, sont les Etats suivants[1] : Algérie**, Allemagne, République fédérale d'*, Australie**, Autriche**, Brésil**, Chine**, Chypre*, Cuba*, Egypte**, Espagne*, Etats-Unis d'Amérique*, France**, Guatemala*, Hongrie*, Inde*, Iraq*, Italie*, Japon**, Kenya*, Mexique**, Nigéria**, Ouganda*, Pérou*, Philippines*, République centrafricaine**, République démocratique allemande**, République-Unie de Tanzanie**, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord**, Sénégal*, Sierra Leone*, Singapour**, Suède**, Tchécoslovaquie*, Trinité-et-Tobago*, Union des Républiques socialistes soviétiques** et Yougoslavie*.

5. A l'exception de l'Ouganda, de la République centrafricaine, du Sénégal et de la Trinité-et-Tobago, tous les membres de la Commission étaient représentés à la session.

6. Etaient également présents des observateurs des Etats ci-après : Argentine, Bulgarie, Canada, Chili, Colombie, Côte d'Ivoire, Finlande, Grèce, Guinée, Indonésie, Iran (République islamique d'), Koweït, Liban, Norvège, Oman, Panama, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République de Corée, République dominicaine, République populaire démocratique de Corée, République socialiste soviétique de Biélorussie, République socialiste soviétique d'Ukraine, Roumanie, Saint-Siège, Suisse, Thaïlande, Venezuela et Zaïre.

7. Les organisations internationales ci-après étaient représentées par des observateurs :

a) *Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies*

Commission économique pour l'Europe (CEE)
Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)
Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI)
Centre du commerce international (CNUCED/GATT)

b) *Organisations intergouvernementales*

Banque des Règlements internationaux
Comité consultatif juridique africano-asiatique

[1] Conformément à la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, les membres de la Commission sont élus pour un mandat de six ans. Parmi les membres actuels, 19 ont été élus par l'Assemblée à sa trente-quatrième session, le 9 novembre 1979 (décision 34/308), et 17 ont été élus par l'Assemblée à sa trente-septième session, le 15 novembre 1982 (décision 37/308). Conformément à la résolution 31/99 du 15 décembre 1976, le mandat des membres élus par l'Assemblée à sa trente-quatrième session expirera la veille de l'ouverture de la dix-neuvième session annuelle ordinaire de la Commission en 1986, et le mandat des membres élus par l'Assemblée à sa trente-septième session expirera la veille de l'ouverture de la vingt-deuxième session annuelle ordinaire de la Commission en 1989.

*Mandat expirant la veille de l'ouverture de la session ordinaire de la Commission en 1986.

**Mandat expirant la veille de l'ouverture de la session ordinaire de la Commission en 1989.

Commission des communautés européennes
Conférence de La Haye de droit international privé
Conseil de l'Europe
Institut international pour l'unification du droit privé

c) *Autres organisations internationales*

Association interaméricaine des avocats
Association internationale du barreau
Centre régional d'arbitrage commercial du Caire
Chambre de commerce internationale
Chartered Institute of Arbitrators
Commission interaméricaine d'arbitrage commercial
Conseil international pour l'arbitrage commercial
Fédération internationale des ingénieurs-conseils

C. *Election du bureau*

8. La Commission a élu le bureau suivant[2] :

Président :	R. Loewe (Autriche)
Vice-Présidents :	L.G. Paes de Barros Leaes (Brésil) I. Szász (Hongrie) H.Z. Tang (Chine)
Rapporteur :	E.E.E. Mtango (République-Unie de Tanzanie)

D. *Ordre du jour*

9. L'ordre du jour adopté par la Commission à sa 305e séance, le 3 juin 1985, était le suivant :

1. Ouverture de la session.
2. Election du bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Arbitrage commercial international.
5. Paiements internationaux.
6. Nouvel ordre économique international : contrats industriels.
7. Exploitants de terminaux de transport.
8. Coordination des travaux.
9. Etat des conventions.
10. Diffusion des décisions concernant les textes juridiques de la CNUDCI et leur interprétation uniforme.
11. Formation et assistance.
12. Résolution de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission.
13. Travaux futurs.
14. Questions diverses.
15. Adoption du rapport de la Commission

E. *Adoption du rapport*

10. La Commission a adopté le présent rapport par consensus à ses 333e et 334e séances, le 21 juin 1985.

Chapitre II. Arbitrage commercial international : projet de loi type sur l'arbitrage commercial international[3]

A. *Introduction*

11. A sa quatorzième session, la Commission a décidé de charger le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux d'élaborer un projet de loi type sur l'arbitrage commercial international[4]. Le Groupe de travail a mené à bien cette tâche à ses troisième, quatrième, cinquième, sixième et septième sessions[5]. Il a achevé ses travaux en adoptant le texte d'un projet de loi type sur l'arbitrage commercial international à la clôture de sa septième session[6], après qu'un groupe de rédaction eut établi les versions correspondantes dans les six langues de la Commission.

12. A sa dix-septième session, la Commission a prié le Secrétaire général de communiquer le projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international à tous les gouvernements et organisations internationales intéressées en les invitant à présenter leurs observations et prié le secrétariat d'établir une compilation analytique des observations reçues. La Commission a en outre prié le secrétariat de lui présenter à sa dix-huitième session un commentaire sur le projet de texte[7].

13. A sa session faisant l'objet du présent rapport, la Commission était saisie d'un rapport du Secrétaire général contenant une compilation analytique des observations présentées par les gouvernements et les organisations internationales au sujet du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international (A/CN.9/263 et Add.1 et 2), ainsi que d'un rapport du Secrétaire général contenant un commentaire analytique du projet de texte (A/CN.9/264).

[2]Les élections ont eu lieu aux 305e et 308e séances, tenues les 3 et 4 juin 1985 respectivement. Conformément à la décision prise par la Commission à sa première session, la Commission a trois vice-présidents, ce qui, avec le président et le rapporteur, permet à chacun des cinq groupes d'Etats mentionnés au paragraphe 1 de la section II de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale d'être représenté au Bureau [voir Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa première session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-troisième session, Supplément n° 16* (A/7216), par. 14 (Annuaire 1968-1970, deuxième partie, I, A, par. 14)].

[3]La Commission a examiné cette question à ses 305e à 333e séances tenues du 3 au 21 juin 1985. Les comptes rendus analytiques de ces séances sont publiés sous les cotes A/CN.9/SR.305 à 333.

[4]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quatorzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17* (A/36/17), par. 70.

[5]Les rapports sur les travaux réalisés à ces sessions sont publiés sous les cotes A/CN.9/216, A/CN.9/232, A/CN.9/233, A/CN.9/245 et A/CN.9/246 et Corr.1.

[6]Le projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international figure à l'annexe du document A/CN.9/246 et Corr.1.

[7]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17* (A/39/17), par. 101.

B. *Observations générales sur le projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international*

14. La Commission a réaffirmé sa satisfaction au Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux pour l'élaboration du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international qui, dans l'ensemble, a reçu un accueil favorable et qui est considéré comme une excellente base de travail pour les débats de la Commission.

15. On a déclaré que dans le cadre de l'examen et du remaniement du projet de texte, il fallait s'attacher en premier lieu à garantir le bon fonctionnement de l'arbitrage commercial international. A cette fin, il convient de tenir compte des besoins de ceux qui utiliseront le texte dans leur pratique quotidienne et à qui, en dernière analyse, il est destiné.

16. En ce qui concerne la forme future du texte à adopter, la Commission a décidé de s'en tenir à l'hypothèse de travail du Groupe de travail selon laquelle le texte serait adopté et recommandé sous la forme d'une loi type, et non pas d'une convention, sous réserve d'une modification éventuelle de cette décision à l'issue des délibérations portant sur le fond du projet de texte.

C. *Examen des différents articles*

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

*Article premier. Champ d'application**

17. Le texte de l'article premier examiné par la Commission était le suivant :

"1) La présente loi s'applique à l'arbitrage commercial** international; elle ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent Etat.

"2) Un arbitrage est international si :

"*a)* Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des Etats différents; ou

"*b)* Un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement :

"i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention;

"ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit; ou

"*c)* L'objet de la convention d'arbitrage est lié à plus d'un Etat.

"3) Aux fins du paragraphe 2 du présent article, si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage. Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu."

Champ d'application quant au fond : arbitrage commercial international

18. Si quelques craintes ont été exprimées à propos de la limitation du champ d'application quant au fond aux questions commerciales internationales, la Commission est convenue que le projet de texte devrait être axé et porter uniquement sur l'arbitrage commercial international.

L'adjectif "commercial"

19. Des opinions divergentes ont été exprimées quant au bien-fondé de la note relative au paragraphe 1 en ce qui concerne aussi bien sa forme que son contenu, bien qu'il ait été généralement admis que le terme "commercial" devrait être interprété au sens large. Selon une des opinions exprimées, la note de bas de page devrait être supprimée car, dans de nombreux systèmes juridiques, en particulier dans ceux qui n'utilisent pas la technique de la note de bas de page, elle serait sans valeur juridique. On devrait à la place essayer de donner une définition du terme "commercial" dans le corps même du texte de loi. Une telle définition pourrait par exemple s'inspirer d'une version abrégée du texte de la note de bas de page, ou bien être donnée au moyen d'une référence, au paragraphe 1 de l'article premier, aux litiges issus des échanges ou du commerce. Une autre suggestion a été de présenter la directive pour l'interprétation qui figure dans la note de bas de page, dans un commentaire ou dans le compte rendu des débats.

20. L'opinion qui a prévalu a été que la note de bas de page devrait être maintenue, éventuellement avec certaines modifications. On s'est rendu compte qu'aucune définition acceptable par tous n'avait été trouvée jusqu'à présent et que toute définition comporterait certains risques. On a considéré que la note de bas de page, malgré son effet juridique incertain, pourrait s'avérer utile à des fins d'interprétation, du moins pour les rédacteurs de toute législation nationale destinée à donner effet à la loi type.

21. Il a été proposé d'apporter un certain nombre de modifications de la note de bas de page, que ce texte soit maintenu sous forme de note ou incorporé dans le corps même du texte de la loi. Selon une proposition,

*"Les titres des articles sont destinés uniquement à faciliter la lecture du texte et ne doivent pas être utilisés à des fins d'interprétation.

**"Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes : toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises; accords de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, ferroviaire ou routière."

on pourrait préciser que, conformément au paragraphe 1 de l'article 7, les relations non contractuelles étaient incluses, car le terme "transaction" risquait d'aboutir au résultat opposé. D'autres propositions ont visé à ajouter à la liste des exemples des activités commerciales telles que les services et la transformation, ainsi que les accords de coopération économique internationale.

22. Du fait que certaines législations nationales de tradition romaniste font une distinction entre transactions commerciales et transactions civiles suivant que les parties en cause sont ou non des commerçants, la proposition d'indiquer dans la première phrase que le fait de qualifier une relation de commerciale ne dépendait pas de la nature ou du caractère des parties a reçu un écho favorable. Cette proposition a suscité des objections du fait qu'un tel libellé pourrait être interprété comme faisant référence à la question délicate de l'immunité des Etats. La Commission est convenue qu'il n'était pas question d'aborder cette question dans la loi type et que, si cette proposition était acceptée, il fallait indiquer clairement que cela ne portait pas atteinte aux règles sur l'immunité des Etats. On a craint également que la liste d'exemples de relations commerciales soit interprétée comme affirmant que tout différend qui en résulterait serait susceptible d'un règlement par voie d'arbitrage. Voir le paragraphe 29 ci-après où figure une décision sur cette question.

23. La Commission a constitué un Groupe de travail *ad hoc* composé des représentants de la Chine, de la Hongrie et des Etats-Unis et elle l'a chargé d'établir, compte tenu de la discussion et des propositions mentionnées ci-dessus, une version révisée du paragraphe 1 et la note de bas de page pour examen par la Commission.

24. Le Groupe de travail *ad hoc* a suggéré de remplacer au paragraphe 1 de l'article premier les mots "arbitrage commercial** international" par les mots "arbitrage international dans les questions commerciales**, y compris les services et autres relations économiques". Il a également suggéré de rédiger comme suit le début de la note de bas de page : "**Le terme 'commercial' devrait être interprété au sens large afin de comprendre, sans y être limité, les éléments suivants : toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services, accord de distribution; . . .".

25. On a noté que le texte proposé ne mentionnait pas le terme "arbitrage commercial international" qui était devenu une expression courante dans ce domaine. Après délibération, la Commission a décidé que, malgré les difficultés reconnues, il valait mieux maintenir le texte original du paragraphe 1 de l'article premier et remanier la note de bas de page comme suit : "**Le terme 'commercial' devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial, contractuelle ou non contractuelle. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes : toute transaction commerciale portant sur la fourniture de marchandises ou de services; accord de distribution; . . .".

26. La Commission a jugé qu'après cette modification de la note de bas de page, il était suffisamment clair que la qualité commerciale d'une relation ne dépendait pas de la nature des parties. C'est pourquoi on a estimé superflu de l'indiquer expressément dans le texte du paragraphe 1 de l'article premier ou dans celui de la note de bas de page. La Commission est également convenue qu'ainsi rédigée cette disposition ne portait atteinte à aucune règle relative à l'immunité des Etats.

Paragraphe 2 : "international"

27. La Commission a adopté l'alinéa *a* et a convenu que cette disposition s'appliquerait à l'essentiel des cas qui font l'objet d'un arbitrage commercial international.

28. Des vues divergentes ont été exprimées quant à l'opportunité du maintien du sous-alinéa *b* i. Selon une opinion, la disposition devrait être supprimée pour deux raisons essentiellement. La première était qu'il n'y avait aucune justification à qualifier d'internationale une relation purement interne simplement parce qu'un lieu d'arbitrage a été choisi à l'étranger. L'autonomie des parties n'était pas acceptable dans ce contexte car elle permettrait aux parties de se soustraire aux dispositions impératives de la loi notamment celles qui prévoyaient la juridiction exclusive des tribunaux, sauf dans le cas où la reconnaissance ou l'exécution de la sentence "étrangère" devait être obtenue par la suite dans cet Etat. L'autre raison était que la disposition portait non seulement sur le cas dans lequel le lieu d'arbitrage était déterminé dans la Convention d'arbitrage mais également le cas dans lequel il est déterminé seulement par la suite aux termes de la Convention, par exemple par une institution arbitrale ou par le tribunal arbitral. Il était à craindre que l'on ne saurait ainsi quelle serait la loi applicable ni quels organes judiciaires pourraient être saisis avant que le lieu d'arbitrage n'ait été déterminé. Selon une autre opinion, seule cette dernière raison était convaincante et par conséquent le sous-alinéa *b* i devrait être maintenu en supprimant les mots "ou déterminé en vertu de cette convention".

29. L'avis général a été de maintenir l'intégralité du sous-alinéa *b* i. On a observé que cette disposition portait uniquement sur la question de l'internationalité à savoir si la loi type s'appliquerait aux différends internationaux ou la loi de l'Etat pour les différends internes. On a estimé que le principe de l'autonomie des parties devrait être étendu à cette question. La Commission, en adoptant cette opinion, est convenue cependant que le problème relatif à la non-arbitrabilité qui avait été soulevé d'une manière générale et en particulier au cours de la discussion sur le paragraphe 1 et la note de bas de page (voir ci-dessus par. 22), devrait être résolu en ajoutant une explication dans un paragraphe distinct de l'article 1 qui pourrait être rédigé comme suit : "La présente loi ne porte atteinte à aucune autre loi du présent Etat prévoyant qu'un différend ou un litige donné ne peut être réglé par voie d'arbitrage."

30. En ce qui concerne le sous-alinéa *b* ii et l'alinéa *c*, la Commission est convenue que leur champ respectif n'était pas facile à déterminer clairement. L'alinéa *c*,

notamment, a été jugé impossible à appliquer en raison de son caractère trop vague. Si d'aucuns étaient favorables au maintien de cette disposition, assortie éventuellement de quelques modifications, la Commission, après en avoir délibéré, a décidé de supprimer l'alinéa *c*.

31. Toutefois, afin de compenser la réduction de champ résultant de cette suppression, il a été proposé d'ajouter une clause d'option positive (*opting-in*) soit uniquement à la fin du sous-alinéa *b* ii, soit en remplacement de l'alinéa *c*. On a jugé qu'une telle disposition fournirait un critère plus précis que celui énoncé à l'alinéa *c*. Cette proposition a cependant suscité chez certains la crainte que l'introduction d'un critère aussi subjectif donnerait toute latitude aux parties d'alléguer le caractère international d'une affaire purement interne. D'aucuns, au contraire, ont jugé que cet inconvénient était compensé par les avantages d'un système qui donnait aux parties la certitude que leur transaction serait reconnue comme étant internationale, décision qui ressortissait normalement aux parties en vertu du principe de leur autonomie. Face à cet argument, l'avis a été exprimé qu'il était inconcevable qu'un Etat qui avait jugé nécessaire de conserver une loi spéciale pour les affaires internes puisse permettre aux parties de s'y soustraire.

32. La Commission a demandé qu'un groupe de travail *ad hoc*, composé des représentants de l'Australie, des Etats-Unis d'Amérique, de la Finlande, de l'Inde, et de l'Union des Républiques socialistes soviétiques prépare un projet portant sur une telle clause d'option positive et un projet de disposition sur la proposition de non-arbitralité. Le Groupe de travail a également été prié d'établir, à l'intention de la Commission, un projet de disposition qui énoncerait le caractère de la loi type en tant que *lex specialis* au regard de toutes les questions qu'elle régit.

33. S'agissant de la clause d'option positive, le Groupe de travail *ad hoc* a suggéré de remplacer le libellé de l'alinéa *c* par la nouvelle disposition suivante : "*c)* les parties sont expressément convenues que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays". Bien que la crainte déjà exprimée plus haut au paragraphe 31 ait été à nouveau mentionnée, il a été souligné qu'il était peu probable que les tribunaux donnent effet à une telle convention dans un différend purement interne. Après discussion, la Commission a adopté la disposition suggérée.

34. En ce qui concerne la disposition de non-arbitrabilité, le Groupe de travail *ad hoc* a suggéré d'ajouter le nouveau paragraphe suivant à l'article premier : "La présente Loi ne porte atteinte à aucune autre loi du présent Etat en vertu de laquelle certains litiges peuvent n'être pas soumis à arbitrage ou peuvent être soumis à arbitrage uniquement en application de dispositions autres que celles de la présente Loi." La Commission a adopté le paragraphe proposé.

35. En ce qui concerne la disposition exprimant le caractère de *lex specialis* de la loi type, le Groupe de travail *ad hoc* a suggéré d'ajouter le nouveau paragraphe suivant à l'article premier : "La présente Loi prime sur toute autre disposition de la loi du présent Etat en ce qui concerne les questions régies par la présente Loi." La Commission a décidé de ne pas inclure la disposition suggérée à l'article premier car elle a craint que cette disposition ne relie une délimitation quelque peu imprécise des "questions régies par la présente Loi" à une règle catégorique. Cependant, il a été entendu que du moment que la loi type visait à établir un régime juridique spécial, en cas de conflit, ses dispositions, plutôt que les dispositions applicables aux arbitrages en général, s'appliqueraient aux arbitrages commerciaux internationaux.

Paragraphe 3

36. La Commission a adopté ce paragraphe sous réserve que soient supprimés les mots "à prendre en considération" et qu'il soit bien précisé que la deuxième phrase ne se rapportait pas à la première phrase mais au paragraphe 2.

* * *

Article 2.
Définitions et règles d'interprétation

37. Le texte de l'article 2 examiné par la Commission était le suivant :

"Aux fins de la présente Loi :

"*a)* L'expression 'tribunal arbitral' désigne un arbitre unique ou un groupe d'arbitres;

"*b)* Le terme 'tribunal' désigne un organisme ou organe du système judiciaire d'un pays;

"*c)* Lorsqu'une disposition de la présente Loi laisse aux parties la liberté de décider d'une question donnée, cette liberté emporte le droit pour les parties d'autoriser un tiers, y compris une institution, à décider de cette question;

"*d)* Lorsqu'une disposition de la présente Loi se réfère au fait que les parties sont convenues ou peuvent convenir d'une question, ou se réfère de toute autre manière à une convention des parties, une telle convention englobe tout règlement d'arbitrage qui y est mentionné;

"*e)* Sauf convention contraire des parties, toute communication écrite est réputée être arrivée à destination si elle a été remise soit à la personne du destinataire, soit à son établissement, à sa résidence habituelle ou à son adresse postale, soit encore, si aucun de ces lieux n'a pu être trouvé après une enquête raisonnable, au dernier établissement, à la dernière résidence habituelle ou à la dernière adresse postale connus du destinataire. La communication est réputée avoir été reçue le jour d'une telle remise."

Alinéas a, b *et* d

38. La Commission a adopté les alinéas *a*, *b* et *d* de cet article.

Alinéa c

39. Lors de l'examen de l'alinéa *c*, il a été suggéré d'indiquer par une réserve appropriée que la liberté des parties d'autoriser un tiers à prendre une certaine décision ne s'étendait pas à la détermination des règles du droit applicable au fond du différend, auquel fait référence le paragraphe 1 de l'article 28. La Commission a reporté l'examen de cette suggestion jusqu'à l'examen de l'article 28.

40. Conformément à l'avis exprimé par la Commission lors du débat sur l'article 28, selon lequel la loi type ne devrait pas envisager le cas où les parties pourraient autoriser un tiers à déterminer les règles de droit applicables au fond du différend (voir plus loin par. 242), la Commission a décidé de modifier comme suit l'alinéa *c* : "*c)* Lorsqu'une disposition de la présente loi, à l'exception de l'article 28, laisse aux parties la liberté de décider d'une certaine question, cette liberté emporte le droit pour les parties d'autoriser un tiers, y compris une institution, à décider de cette question."

Alinéa e

41. Pour ce qui est de l'alinéa *e*, il a été fait plusieurs suggestions visant à ajouter certaines règles de procédure, en particulier pour le cas où l'établissement, la résidence habituelle ou l'adresse postale du destinataire ne peuvent être trouvés. La Commission a adopté une suggestion, consistant à préciser qu'en pareil cas l'envoi par lettre recommandée suffisait. Elle n'a pas retenu une suggestion visant à énoncer certains critères pour déterminer ce qui constituait une enquête raisonnable. La Commission a été d'accord avec une proposition selon laquelle il fallait entendre par les mots "dernier (dernière) connus", les données connues de l'expéditeur.

42. Pour réduire le risque que cette disposition joue au détriment d'une partie n'ayant pas connaissance d'une procédure engagée contre elle, il a été suggéré qu'une forme de publicité soit exigée, qu'un certain délai soit fixé pour que la réception fictive devienne effective, ou que l'on envisage une possibilité pour le défendeur de recourir à un tribunal. Une autre suggestion a été de ne pas retenir cette disposition et de s'en remettre uniquement aux prescriptions et garanties des règles de procédure applicables. Une autre suggestion encore, motivée par le fait que la disposition va manifestement beaucoup plus loin qu'une simple définition ou règle d'interprétation, a été d'en faire un article distinct de la loi type.

43. La Commission est convenue après délibération que la disposition ne devrait pas comporter de règles de procédure exagérément détaillées qui pourraient constituer un obstacle à l'incorporation de la loi type dans les systèmes juridiques nationaux. La Commission a chargé un groupe de travail *ad hoc*, composé des représentants de la Tchécoslovaquie, de l'Iraq et du Mexique, d'établir une version modifiée de cette disposition à la lumière de la discussion ci-dessus.

44. Le groupe de travail *ad hoc* a suggéré d'insérer la disposition dans un nouvel article 3 qui se présenterait sous la forme modifiée suivante :

"1) Sauf convention contraire des parties, toute communication écrite est réputée être arrivée à destination si elle a été remise soit à la personne du destinataire, soit à son établissement, à sa résidence habituelle ou à son adresse postale; si aucun de ces lieux n'a pu être trouvé après une enquête raisonnable, une communication écrite est réputée avoir été reçue si elle est envoyée au dernier établissement, à la dernière résidence habituelle, ou à la dernière adresse postale connue du destinataire par lettre recommandée ou par tout autre moyen attestant la tentative de remise.

"2) La communication est réputée avoir été reçue le jour d'une telle remise."

45. La Commission a adopté la disposition suggérée en tant que nouvel article 3. Il a été noté que le motif pour lequel une telle disposition figurait dans un article distinct était qu'elle contenait une règle de procédure et non une définition ni une règle d'interprétation. Il a été également noté que la raison pour laquelle la dernière phrase était insérée dans un paragraphe séparé était de préciser clairement que la phrase portait sur la disposition tout entière. Quant à la position de la Commission selon laquelle le nouvel article 3 sur la réception de communications ne s'appliquait pas à la procédure ou aux mesures judiciaires, mais seulement à la procédure arbitrale, voir plus loin par. 106.

Propositions de définitions supplémentaires

46. La Commission a adopté la proposition visant à indiquer à l'article 2, éventuellement avant la définition du "tribunal arbitral" figurant à l'alinéa *a*, que le terme "arbitrage" désigne tout arbitrage, qu'il soit ou non organisé par une institution permanente d'arbitrage.

47. La Commission n'a pas accepté une proposition visant à déplacer à l'article 2 la définition de la "convention d'arbitrage" figurant au paragraphe 1 de l'article 7.

48. On a proposé que le terme "sentence" soit défini dans la loi type. Une telle définition, qui serait utile pour toutes les dispositions où figure ce terme, pourrait également distinguer entre les différentes sentences possibles, telles que sentence définitive, partielle, provisoire ou interlocutoire.

49. La Commission est convenue que, si l'inclusion d'une définition était souhaitable, une approche plus modeste devrait être adoptée compte tenu de la difficulté considérable qu'il y avait à trouver une définition acceptable et compte tenu que les autres textes juridiques relatifs à l'arbitrage, par exemple la Convention de New York de 1958 et de nombreuses législations nationales, ne définissaient pas ce terme. On a convenu de déterminer dans le cadre de l'article 34, et de toute autre disposition où une telle détermination était nécessaire (par exemple les articles 31 et 33), quels types de décisions étaient couverts par ces articles.

50. S'agissant de la décision d'ajouter un nouvel alinéa *f* relatif aux demandes reconventionnelles, voir plus loin par. 327.

* * *

Article 4.
Renonciation au droit de faire objection

51. Le texte de l'article 4 examiné par la Commission était le suivant :

"Est réputée avoir renoncé à son droit d'objection toute partie qui, bien qu'elle sache ou eût dû savoir que l'une des dispositions de la présente Loi auxquelles les parties peuvent déroger, ou toute condition énoncée dans la convention d'arbitrage, n'a pas été respectée, poursuit néanmoins l'arbitrage sans formuler d'objection promptement ou, s'il est prévu un délai à cet effet, dans ledit délai."

52. Des avis divergents se sont exprimés sur l'utilité de conserver l'article 4. Selon une opinion, cette disposition était trop vague, peut-être même en conflit avec les dispositions pertinentes du droit national et, en ce qui concerne ses effets, trop rigide dans la mesure où son application pourrait nuire à une partie. Pour ces raisons, la question de la renonciation ou *estoppel* devrait être soit laissée entièrement à la législation nationale applicable, soit, si l'on jugeait absolument nécessaire de disposer d'une règle sur la renonciation en ce qui concerne certaines dispositions, traitée seulement dans chacun des articles de la loi type concernant ces dispositions.

53. L'avis qui a prévalu et que la Commission a adopté était qu'il convenait de conserver une règle générale en matière de renonciation du type de celle de l'article 4, car une telle disposition permettrait au processus arbitral d'être efficace et de bonne foi et conduirait à une plus grande uniformité dans ce domaine.

54. Quant au contenu de l'article 4, diverses suggestions ont été faites. En ce qui concerne la connaissance des faits attribuée à une partie, on a estimé qu'il fallait soit supprimer l'expression "ou eût dû savoir", soit la rendre plus précise et moins rigide en l'assortissant d'une exigence de diligence ordinaire ou raisonnable. Notant que ces mots ne figurent pas dans la disposition correspondante du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (art. 30), la Commission a décidé de les supprimer car ils risquaient de créer davantage de problèmes qu'ils n'en résolvaient.

55. On a proposé de supprimer la référence aux dispositions de la loi auxquelles les parties peuvent déroger et à la convention d'arbitrage. La Commission n'a pas adopté cette proposition au motif que la disposition ainsi amputée serait trop vague et que, puisqu'elle couvrait aussi le non-respect des dispositions de la loi auxquelles les parties ne peuvent pas déroger, elle serait trop rigide.

56. On a exprimé l'opinion que le mot "promptement" était trop vague et trop rigide. Aussi a-t-on proposé de fixer un délai ou de faire preuve d'une plus grande souplesse en utilisant une expression telle que "dans un délai raisonnable". A ce propos, on a noté que l'élément de temps était important compte tenu que la notion de délai qui figure à l'article 4 ne figurait dans aucune disposition de la loi type et figurait rarement dans les conventions d'arbitrage. La Commission, après délibération, a décidé d'utiliser la formule "sans délai excessif" au lieu de fixer un délai car aucun délai ne pouvait convenir à tous les cas possibles.

57. En ce qui concerne les effets de la renonciation dans le cadre de l'article 4, la Commission est convenue qu'ils n'étaient pas limités à la procédure arbitrale mais s'étendaient aux procédures judiciaires ultérieures engagées dans le cadre des articles 34 et 36. On a noté, cependant, que, lorsque le tribunal arbitral avait décidé qu'une partie était réputée avoir renoncé à son droit de faire objection, le tribunal pouvait arriver à une conclusion différente après avoir examiné la procédure arbitrale en vertu de l'article 34, ou de l'article 36 sous réserve que la procédure ait été conduite en application de la loi type.

* * *

Article 5.
Domaine de l'intervention des tribunaux

58. Le texte de l'article 5 examiné par la Commission était le suivant :

"Pour toutes les questions régies par la présente Loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit."

59. Des opinions divergentes ont été émises en ce qui concerne l'utilité de cette disposition. La discussion a tourné autour de deux objections. La première objection était que cette disposition, qui traite une question d'une importance pratique fondamentale, n'apportait pas une réponse claire à la question de savoir si dans une situation donnée l'intervention judiciaire était possible ou exclue. La deuxième objection était que cette disposition, prise en commun avec les quelques dispositions de la loi type qui prévoient l'intervention des tribunaux restreignait de manière inacceptable l'étendue du contrôle et de l'assistance judiciaires.

60. D'après la première objection, dans de nombreux cas il n'était pas possible de savoir si une question était régie par la loi. Si une question donnée n'était pas expressément mentionnée dans la loi, il se pouvait que les rédacteurs aient examiné la question et décidé que la loi ne devrait pas la traiter, que les rédacteurs aient considéré la question et décidé de ne pas donner au tribunal compétence pour intervenir ou que les rédacteurs n'aient pas examiné la question du tout. En particulier comme les parties, les tribunaux arbitraux et les tribunaux judiciaires qui seraient appelés à appliquer la loi dans l'avenir n'auraient pas aisément accès à la genèse du texte, ils ignoreraient souvent dans quelle catégorie une question donnée pouvait entrer.

61. En réponse à cette objection, il a été souligné qu'il s'agissait là d'un problème commun à toute *lex*

specialis et, en fait, à tous les textes visant à l'unification de la législation. Comme un tel texte n'était jamais complet à tous égards, une question qui n'était pas régie par ce texte devait être régie par d'autres règles du droit interne. Par conséquent, il était nécessaire, encore que souvent difficile, de déterminer le champ d'application du texte particulier. Pourtant, dans la plupart des cas où la question de l'intervention des tribunaux se posait, la réponse pouvait être trouvée en appliquant les règles normales d'interprétation établies par la loi, compte tenu des principes qui sont à la base de la loi type.

62. Dans la deuxième objection, on a souligné que l'article 5 exprimait une vue excessivement restrictive quant à l'opportunité et à l'utilité de l'intervention des tribunaux au cours d'un arbitrage. Il était de l'intérêt des hommes d'affaires qui engageaient une procédure d'arbitrage commercial international d'avoir accès aux tribunaux pendant que l'arbitrage était toujours en cours en vue de mettre un terme à un abus de la procédure arbitrale. En outre, une limitation de la compétence des tribunaux à intervenir dans une procédure arbitrale pouvait constituer une ingérence injustifiée dans les prérogatives du pouvoir judiciaire et pourrait même être contraire à la constitution de certains Etats. Enfin, même si la compétence du tribunal pour intervenir dans le contrôle d'un arbitrage pourrait devoir être limitée, le tribunal devrait avoir un pouvoir d'agir plus large pour aider l'arbitrage. Il a été suggéré comme un moyen possible d'atténuer la rigueur extrême de l'article 5 de donner aux parties à un arbitrage la faculté de convenir d'une plus large mesure de contrôle et d'assistance des tribunaux dans l'arbitrage que ne le prévoyait la loi type.

63. En réponse à cette deuxième objection, il a été souligné que le recours à l'intervention d'un tribunal au cours d'une procédure arbitrale relevait souvent d'une simple tactique dilatoire et constituait de ce fait plus souvent une source d'abus à l'encontre de la procédure arbitrale qu'une protection contre les abus. L'article 5 avait pour objet de définir nettement l'étendue maximale de l'intervention judiciaire, y compris l'assistance à ce titre, dans les arbitrages commerciaux internationaux en contraignant les rédacteurs de la loi (type) sur l'arbitrage commercial international de dresser une liste de tous les cas pouvant faire l'objet d'une intervention des tribunaux. Ainsi, si l'on éprouvait le besoin d'ajouter une autre situation de ce genre, il fallait qu'elle soit énoncée dans la loi type. Il a été également reconnu que, bien que la Commission puisse espérer que les Etats adopteraient la loi telle qu'elle avait été rédigée, comme il s'agissait d'une loi type et non d'une convention, tout Etat qui rencontrait des problèmes d'ordre constitutionnel avait toute latitude pour étendre le domaine de l'intervention judiciaire au moment de l'adoption de la loi sans pour autant violer une obligation internationale quelconque.

64. En ce qui concerne la suggestion visant à permettre aux parties de s'accorder sur un domaine plus large d'intervention des tribunaux, la question a été soulevée de savoir si l'on pouvait s'attendre à ce que les parties puissent rédiger sur ce point un accord qui traiterait les problèmes de manière satisfaisante. En outre, on a craint que des règles d'arbitrage institutionnelles puissent comporter une disposition étendant le droit d'intervention des tribunaux, certaines parties qui avaient convenu d'avoir recours à ces règles risquant dès lors de se trouver devant une intervention d'un tribunal à laquelle elles ne s'attendaient pas.

65. Après délibération, la Commission a adopté l'article dans sa forme actuelle.

* * *

Article 6.
Tribunal chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage

66. Le texte de l'article 6 tel qu'il était soumis à l'examen de la Commission était le suivant :

> "Le tribunal compétent pour s'acquitter des fonctions mentionnées aux articles 11 3) et 4), 13 3), 14 et 34 2) est . . . (à préciser par chaque Etat lorsqu'il adoptera la loi type)."

67. La Commission est convenue que l'article 6, en invitant chaque Etat à désigner un tribunal chargé des fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage mentionnées dans l'article, était utile et bénéfique pour l'arbitrage commercial international. Suite à une décision ultérieure de prévoir un contrôle judiciaire immédiat de la décision du tribunal arbitral se déclarant compétent (voir plus loin par. 161), une référence à l'article 16 3) a été introduite dans l'article 6.

68. Il a été entendu qu'un Etat n'était pas obligé de désigner un seul tribunal et qu'il était libre de confier ces fonctions à un certain nombre de ses tribunaux ou à une certaine catégorie d'entre eux. Pour préciser ce point, on pourrait ajouter après les mots "le tribunal" les mots "ou les tribunaux".

69. Il a également été convenu qu'un Etat ne devrait pas être obligé de désigner un tribunal aux termes de l'article 2 *b* pour toutes fonctions visées à l'article 6 mais devrait être libre de confier les fonctions envisagées aux articles 11, 13 et 14 à un organe ou une autorité ne faisant pas partie de son système judiciaire, tel qu'une chambre de commerce ou une institution d'arbitrage.

70. Il a été suggéré de reconnaître l'autonomie des parties quant au choix de l'instance dans les cas où il existait plus d'un tribunal compétent pour s'acquitter des fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage. Il a également été suggéré que l'on pourrait résoudre tout conflit positif de compétence judiciaire en accordant la priorité au tribunal qui avait été saisi de l'affaire en premier. La Commission n'a pas accepté ces suggestions car, pour ce qui est du choix de l'instance dans un Etat donné, le problème relevait du domaine national de la réglementation touchant l'organisation judiciaire et l'accès aux tribunaux et, pour ce qui est du problème du conflit de compétence éventuel des tribunaux dans différents Etats, il ne saurait être réglé efficacement par une loi type.

71. La Commission est convenue toutefois qu'il était souhaitable de déterminer les cas où le tribunal ou les tribunaux d'un Etat donné qui avaient adopté la loi type seraient compétents pour s'acquitter des fonctions mentionnées à l'article 6. Il a été noté que cette question était directement liée à la question générale du champ d'application territorial de la loi type. La Commission s'est donc engagée dans une discussion sur cette question générale.

Discussion sur le champ d'application territorial

72. Des vues divergentes ont été exprimées au sujet de la loi type : devait-elle expressément spécifier son champ d'application territorial et, dans ce cas, quel était le facteur qui devait jouer le rôle de critère déterminant ? Selon l'une des vues exprimées, il ne convenait pas que la loi type tranche la question, puisque le champ d'application territorial de la loi, telle qu'adoptée dans un Etat donné, découlait naturellement de sa promulgation, ou était déterminé par cet Etat, conformément à ses orientations générales pertinentes, y compris sa position sur les conflits de lois et la compétence des tribunaux. L'avis qui a prévalu a toutefois été le suivant : il serait souhaitable de traiter la question dans la loi type, afin de parvenir à un plus grand degré d'harmonisation et de contribuer en conséquence à la réduction des conflits de lois ainsi que de compétence.

73. En ce qui concerne le facteur déterminant de l'applicabilité de la loi (type) dans un Etat donné, des participants ont dans une large mesure été favorables à l'application stricte du critère territorial, selon lequel la loi doit s'appliquer quand le lieu de l'arbitrage se trouve dans cet Etat. A l'appui de cette thèse, on a signalé que ce critère était utilisé dans la grande majorité des législations nationales et que, là où les lois nationales permettaient aux parties de choisir le droit procédural d'un Etat autre que celui où a lieu l'arbitrage, l'expérience montrait que les parties recouraient en fait rarement à cette possibilité. Par son caractère libéral, la loi type réduisait encore la nécessité de choisir une législation "étrangère" plutôt que la loi (type) du lieu d'arbitrage; on a signalé que la loi type elle-même donnait aux parties une grande liberté pour déterminer les règles de la procédure arbitrale, y compris la liberté d'adhérer aux règles de procédure d'une législation "étrangère", dans la mesure où elles n'entraient pas en conflit avec les dispositions impératives de la loi type.

74. Selon un autre avis, le lieu d'arbitrage ne devrait pas avoir caractère d'exclusion, en ce sens qu'il interdirait aux parties de choisir la loi d'un autre Etat pour en faire la loi applicable à la procédure arbitrale. Un Etat ayant adopté la loi type pouvait souhaiter l'appliquer également aux cas où les parties choisissaient la loi de cet Etat, même quand le lieu de l'arbitrage se situait dans un Etat différent. On a reconnu que ce choix pourrait faire l'objet de certaines restrictions, notamment en ce qui concerne des notions fondamentales de justice, des motifs d'ordre public et des règles de compétences des tribunaux, intrinsèques au système législatif et judiciaire de chaque Etat.

75. La Commission est convenue que le critère fondamental concernant le champ d'application territorial, quelle que soit sa formulation définitive précise, ne régirait pas les fonctions du tribunal prévues au paragraphe 1 de l'article 8 et aux articles 9, 35 et 36, qui ont été assignées aux tribunaux de l'Etat adoptant la loi type, quel que soit le lieu de l'arbitrage ou la législation applicable à l'arbitrage.

76. En ce qui concerne les fonctions du tribunal visées à l'article 6, c'est-à-dire celles prévues aux paragraphes 3 et 4 de l'article 11, au paragraphe 3 de l'article 13, à l'article 14 et au paragraphe 2 de l'article 34, il a été convenu qu'une décision devrait être prise sur l'applicabilité du critère de base dans le cadre de l'examen de chacun de ces articles. A cet égard, il a été suggéré qu'il serait peut-être souhaitable d'élargir le champ d'application territorial de la loi type en ce qui concerne les fonctions du tribunal mentionnées aux articles 11, 13 et 14, afin qu'il soit possible de bénéficier de l'assistance du tribunal visé à l'article 6 avant même que le lieu de l'arbitrage ou tout autre facteur général de rattachement déterminant l'applicabilité de la loi (type) d'un Etat ait été fixé. Diverses suggestions ont été faites en ce qui concerne la nature de ce facteur de rattachement particulier, à savoir : *a)* l'établissement du défendeur se trouve dans cet Etat; *b)* l'établissement du demandeur se trouve dans cet Etat; *c)* l'établissement du demandeur ou du défendeur se trouve dans cet Etat; *d)* la convention d'arbitrage a été conclue dans cet Etat; *e)* dans certains cas, la résidence habituelle de l'arbitre intéressé se trouve dans cet Etat.

77. Bien que d'aucuns aient émis des doutes quant à la nécessité et à la possibilité pratique de cet élargissement, d'autres ont estimé que cette nécessité existait dans nombre de cas. La Commission est convenue que cette question devrait être tranchée dans le cadre de l'examen des articles correspondants (c'est-à-dire les articles 11, 13 et 14).

78. La Commission a demandé au Secrétariat d'établir, sur la base des débats précités, des projets de dispositions sur le champ d'application territorial de la loi type en général, et notamment des suggestions sur les éventuelles exceptions à son application générale.

79. Le secrétariat a établi à l'intention de la Commission un projet de nouveau paragraphe 1 *bis* de l'article premier, ainsi rédigé :

> "1 *bis*. Les dispositions de la présente Loi s'appliquent si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent Etat. Cependant, les dispositions relatives aux fonctions des tribunaux du présent Etat énoncées aux articles 8, 9, 35 et 36 s'appliquent, que le lieu de l'arbitrage soit situé ou non sur le territoire du présent Etat; les dispositions relatives aux fonctions des tribunaux du présent Etat énoncées aux articles 11, 13 et 14 s'appliquent même lorsque le lieu de l'arbitrage n'est pas encore déterminé, à condition que le défendeur [ou le demandeur] ait son établissement sur le territoire du présent Etat."

Le secrétariat a en outre suggéré que, si la Commission décidait que les tribunaux n'ont pas à fournir l'assis-

tance envisagée aux articles 11, 13 et 14 dans les cas où le lieu de l'arbitrage n'est pas encore déterminé, la version abrégée ci-après du paragraphe 1 *bis* pourrait suffire :

"1 *bis*. Les dispositions de la présente Loi, à l'exception des articles 8, 9, 35 et 36 s'appliquent si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent Etat."

80. Lors de l'examen de la proposition ci-dessus, la Commission a décidé que, pour les raisons énoncées à l'appui des stricts critères territoriaux (voir plus haut, par. 73), l'applicabilité de la loi type devrait dépendre exclusivement du lieu de l'arbitrage tel que défini dans la loi type. La solution qui consiste à élargir l'applicabilité des articles 11, 13 et 14 à la période qui vient avant que le lieu de l'arbitrage ait été déterminé a reçu un certain appui, car il était important de prévoir une assistance des tribunaux dans les cas où les parties ne pouvaient s'accorder sur le lieu de l'arbitrage. Cependant, selon l'avis qui a prévalu, la loi type ne devrait pas traiter de l'assistance pouvant être fournie par les tribunaux avant que le lieu de l'arbitrage ne soit déterminé. A l'appui de cet avis, il a été noté que ni l'établissement du demandeur, ni celui du défendeur ne constituaient un facteur de rattachement vraiment satisfaisant pour déterminer si une assistance des tribunaux devrait être fournie. En outre, une disposition de cet ordre pourrait s'opposer dans la loi type à d'autres règles sur la compétence des tribunaux. On a également fait remarquer que même si l'applicabilité de la loi type n'était pas ainsi étendue, une partie pourrait obtenir une assistance des tribunaux en application de règles autres que celle de la loi type. Les débats antérieurs relatifs à une extension de l'applicabilité des articles 11, 13 et 14 à la période qui précède la détermination du lieu de l'arbitrage sont résumés plus loin aux paragraphes 107 à 110 (article 11), au paragraphe 133 (article 13), au paragraphe 143 (article 14) et au paragraphe 148 (article 15 avec référence à l'article 11).

81. La Commission est convenue, suite à la décision prise, d'élaborer une disposition qui serait incluse à l'article premier et pourrait être rédigée comme suit : "Les dispositions de la présente loi, à l'exception des articles 8, 9, 35 et 36, ne s'appliquent que si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent Etat".

* * *

CHAPITRE II. CONVENTION D'ARBITRAGE

Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage

82. Le texte de l'article 7 examiné par la Commission était le suivant :

"1) Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage, que l'organisation en soit ou non confiée à une institution permanente d'arbitrage, tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

"2) La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence. 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."

Paragraphe 1

83. La Commission a adopté ce paragraphe; elle a renvoyé à son groupe de rédaction une proposition tendant à remplacer les mots "tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever" par les mots "tout différend existant ou futur".

Paragraphe 2

84. La Commission a noté que le paragraphe 2 ne couvrait pas les cas, qui se rencontraient dans la pratique, où l'une des parties ne déclarait pas par écrit qu'elle acceptait l'arbitrage. Etaient par exemple reconnus par certaines législations nationales comme constituant des conventions d'arbitrage valides, les clauses compromissoires contenues dans un connaissement, dans certains contrats relatifs au commerce de produits de base et dans les contrats de réassurance, qui s'imposaient en général à une partie par simple acceptation orale, et dans d'autres contrats conclus comme suite à une offre écrite et une acceptation orale, ou une offre orale et une confirmation écrite.

85. Diverses propositions ont été faites afin d'élargir le champ du paragraphe 2, de manière à couvrir tous ces cas, ou du moins quelques-uns d'entre eux. Il a été par exemple proposé d'adopter la solution retenue dans la version de 1978 de l'article 17 de la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, qui fait référence aux conventions qui sont par écrit ou, dans le commerce international, sous une forme qui correspond à la pratique de ce commerce et dont les parties ont connaissance ou auraient dû avoir connaissance. Cette proposition a reçu un appui considérable car on a estimé qu'elle reflétait la tendance actuelle vers une approche plus libérale de la question de la forme, mais la Commission, après un débat, ne l'a pas retenue. On a estimé qu'il valait mieux retenir une approche plus modeste dans le contexte différent des conditions de forme des conventions d'arbitrage parce que la référence aux usages du commerce était trop vague pour assurer une interprétation uniforme et qu'une partie qui ne serait pas au fait des usages prévalant dans certains commerces ou dans certaines régions risquerait de se voir soutirer un consentement à l'arbitrage.

86. Il a également été proposé d'ajouter à la fin du paragraphe 2 la phrase suivante : "Si une lettre de change ou un autre document, signé par une seule des parties, prouve suffisamment l'existence d'un contrat, une clause compromissoire figurant dans le document, ou une référence dans le document à un autre document contenant une clause compromissoire sera considérée comme un accord écrit". Cette proposition a reçu un appui considérable, mais la Commission, après délibération, n'a pas adopté cette phrase supplémentaire, car il semblait peu probable qu'un grand nombre d'Etats soient disposés à accepter l'idée d'une convention d'arbitrage qui, bien que figurant dans un document, ne serait pas signée, ou du moins approuvée, par les deux parties. On a également fait remarquer qu'il pourrait se poser des problèmes en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution de sentences fondées sur de tels accords en application de la Convention de New York de 1958.

87. Une autre proposition d'une portée plus limitée a été faite : il s'agissait d'inclure les cas où les parties n'avaient pas conclu de convention d'arbitrage sous la forme requise au paragraphe 2, mais participaient néanmoins à la procédure arbitrale et où ce fait, qu'il soit considéré comme une soumission à l'arbitrage ou comme la conclusion d'une convention orale, était enregistré dans les minutes du tribunal arbitral, même s'il manquait les signatures des parties. On a noté à l'appui de cette proposition que, même si les sentences rendues en application de conventions d'arbitrage attestées d'une telle manière pourraient ne pas être exécutées en application de la Convention de New York de 1958, cet élargissement de la loi type pourrait en fin de compte conduire à une interprétation du paragraphe 2 de l'article II de ladite Convention, aux termes de laquelle les conventions d'arbitrage attestées dans les minutes des tribunaux arbitraux seraient acceptables. Il a été noté que, si cette proposition était adoptée, la condition de la reconnaissance et de l'exécution énoncée au paragraphe 2 de l'article 35 de la loi type, c'est-à-dire la fourniture de l'original ou d'une copie certifiée conforme de la convention d'arbitrage mentionnée à l'article 7, devrait sans doute être modifiée pour tenir compte de ce cas de soumission à l'arbitrage (A/CN.9/264, note 91). Après un débat, la Commission a décidé d'élargir le champ du paragraphe 2, conformément à cette proposition.

88. Pour donner effet à cette décision, la Commission a décidé d'ajouter à la fin du paragraphe 2 de l'article 7 les mots "ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en défense dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre".

* * *

Article 8.
Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal

89. Le texte de l'article 8 examiné par la Commission était le suivant :

"1) Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

"2) Dans un tel cas, lorsque la procédure arbitrale est déjà engagée, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure en attendant que le tribunal ait statué sur sa compétence."

90. On a suggéré que le paragraphe 2 pourrait être interprété comme ne s'appliquant que si la procédure arbitrale a commencé avant la procédure judiciaire. La Commission est convenue que le texte du paragraphe 2 devrait être modifié de sorte qu'il stipule clairement qu'une partie n'est pas privée du droit d'engager une procédure arbitrale du fait que l'affaire a été portée devant un tribunal.

91. Les opinions divergeaient sur la question de savoir s'il fallait modifier le texte de manière à écarter la possibilité que des procédures puissent être engagées concurremment devant le tribunal arbitral et le tribunal. Selon une opinion, lorsque la procédure arbitrale a déjà commencé, le tribunal devrait normalement différer sa décision sur la compétence du tribunal arbitral jusqu'au prononcé de la sentence. Cela permettrait d'éviter que la procédure arbitrale ne s'éternise et cela serait conforme au paragraphe 3 de l'article VI de la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961). Selon une autre opinion, une fois que la question de savoir si la convention d'arbitrage est nulle et non avenue a été soulevée devant le tribunal, on devrait accorder la priorité à la procédure judiciaire en reconnaissant aux tribunaux le droit de suspendre la procédure arbitrale ou, du moins, en interdisant au tribunal arbitral de prononcer sa sentence.

92. L'avis qui a prévalu était qu'il fallait laisser inchangé le texte du paragraphe 2 sur ce point. En laissant le tribunal arbitral poursuivre la procédure, jusqu'au prononcé de la sentence, alors que la question de sa compétence était soumise au tribunal, on permettait à l'arbitrage de s'achever promptement. On a noté que des frais seraient épargnés si l'on attendait la décision du tribunal dans les cas où celui-ci déclarerait ultérieurement le tribunal arbitral incompétent. Cependant, pour cette même raison, on n'a pas jugé utile de prévoir un report de la décision du tribunal sur la compétence du tribunal arbitral. En outre, si le tribunal arbitral avait des doutes sérieux quant à sa propre compétence, il opterait vraisemblablement pour l'une ou l'autre des deux solutions ci-après : soit arriver à une décision définitive sur cette question en statuant sur l'exception visée au paragraphe 2 de l'article 16, soit, usant du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 2 de l'article 8, attendre la décision du tribunal avant de poursuivre l'arbitrage.

93. On a noté que des objections à l'existence d'une convention d'arbitrage valide figuraient dans les articles 8 1), 16 2), 34 2) *a* i et 36 1) *a* i, lesquels apparemment permettent à la partie qui souhaite bloquer ou

retarder l'arbitrage de soulever la même objection à quatre stades différents. La Commission est convenue que, s'il n'était pas possible dans une loi type de régler les conflits de compétence potentiels entre des tribunaux de pays différents ou entre un tribunal et un tribunal arbitral, il fallait néanmoins tenir compte dans l'examen de ces articles de la nécessité d'une cohérence interne afin de restreindre les effets d'éventuelles manœuvres dilatoires.

94. La Commission, après délibération, a adopté l'article 8, sous réserve d'une modification du paragraphe 2 ainsi formulée : "Le fait qu'une procédure soit engagée devant un tribunal comme cela est mentionné au paragraphe 1 du présent article n'empêche pas une partie d'engager une procédure arbitrale ou, si la procédure arbitrale a déjà commencé, n'empêche pas le tribunal arbitral de poursuivre la procédure [, jusqu'au prononcé de la sentence,] en attendant que le tribunal ait statué sur [sa] [la question de la] compétence".

* * *

Article 9.
Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal

95. Le texte de l'article 9 examiné par la Commission était le suivant :

"La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec la convention d'arbitrage."

96. La Commission a adopté le principe qui anime cet article et confirmé que la gamme de mesures couvertes par cette disposition est très étendue et inclut, en particulier, les saisies conservatoires. On a fait remarquer que les mesures conservatoires compatibles avec une convention d'arbitrage pourraient, par exemple, toucher aussi la protection des secrets d'affaires et renseignements exclusifs. Il était entendu que l'article 9 ne régissait pas lui-même les mesures conservatoires auxquelles pouvait recourir une partie, mais ne faisait qu'exprimer le principe qu'une demande visant à obtenir toute mesure conservatoire disponible dans un système juridique donné et que l'octroi d'une telle mesure par un tribunal du "présent Etat" étaient compatibles avec le fait que les parties étaient convenues de régler leur différend par l'arbitrage.

97. Cette interprétation fournissait également une réponse à la question de savoir si l'article 9 devrait interdire aux parties d'exclure dans la convention le recours aux tribunaux pour toutes ou certaines mesures conservatoires. Cet article ne devrait pas être interprété comme empêchant des accords d'exclusion de ce type, mais il ne devrait pas non plus être interprété comme donnant positivement effet à ce type d'accord. Il a été convenu que l'interprétation correcte de l'article 9 pourrait être rendue plus facile par l'emploi de l'expression "une convention d'arbitrage" à la place de "la convention d'arbitrage". La Commission a adopté l'article 9 sous réserve que cette modification y soit apportée.

* * *

CHAPITRE III. COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 10.
Nombre d'arbitres

98. Le texte de l'article 10 examiné par la Commission était le suivant :

"1) Les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres.

"2) Faute d'une telle convention, il est nommé trois arbitres."

99. La Commission a adopté cet article.

* * *

Article 11.
Nomination des arbitres

100. Le texte 11 examiné par la Commission était le suivant :

"1) Nul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties.

"2) Les parties sont libres de convenir de la procédure de nomination de l'arbitre ou des arbitres, sans préjudice des dispositions des paragraphes 4 et 5 du présent article.

"3) Faute d'une telle convention,

"*a)* En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux autres arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente jours après avoir été priée de le faire par l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le Tribunal visé à l'article 6;

"*b)* En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par le Tribunal visé à l'article 6.

"4) Lorsque, dans le cadre d'une procédure de nomination convenue par les parties,

"*a)* Une partie n'agit pas conformément à ladite procédure, ou

"*b)* Les parties, ou deux arbitres, ne peuvent parvenir à un accord conformément à ladite procédure, ou

"*c)* Une autorité de nomination ne s'acquitte pas d'une fonction que lui confère ladite procédure,

l'une ou l'autre partie peut prier le Tribunal visé à l'article 6 de prendre la mesure voulue, à moins que la convention relative à la procédure de nomination ne stipule d'autres moyens d'assurer cette nomination.

"5) La décision sur une question confiée au Tribunal visé à l'article 6 conformément aux paragraphes 3 et 4 du présent article est définitive. Lorsqu'il nomme un arbitre, le tribunal tient compte de toutes les qualifications requises de l'arbitre par convention des parties et de toute considération propre à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et, lorsqu'il nomme un arbitre unique ou un troisième arbitre, il tient également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties."

Paragraphes 1 et 2

101. La Commission a adopté ces paragraphes. A ce propos, on a noté que la loi type ne contenait pas de disposition expresse stipulant que le tribunal arbitral devait être composé de membres impartiaux et indépendants. Toutefois, il était entendu que ce principe reconnu ressortait d'une manière suffisamment claire d'autres dispositions de la loi type, en particulier de l'article 12 qui énonce les motifs de récusation.

Paragraphe 3

102. La Commission a adopté l'alinéa *a*, sous réserve que les mots "dans un délai de trente jours après avoir été priée de le faire par l'autre partie" soient remplacés par une formule du type suivant : "dans un délai de trente jours après réception de la demande que l'autre partie lui a adressée à cet effet".

103. On a proposé de prévoir un délai à l'alinéa *b*, comme pour l'alinéa *a*. La Commission a décidé qu'aucun délai n'était nécessaire dans cette disposition car les personnes censées s'accorder étaient les parties elles-mêmes dont l'incapacité à conclure un accord était attestée par la demande faite par l'une d'entre elles auprès du tribunal. Aussi, l'alinéa *b* a-t-il été adopté sous sa forme actuelle.

Paragraphe 4

104. Il a été noté que l'expression "autorité de nomination" utilisée à l'alinéa *c* n'était pas définie dans la loi type. La Commission a estimé que ce terme devrait être remplacé par un libellé approprié s'inspirant de la formule suivante : "*c)* un tiers, y compris une institution, chargé par les parties d'une fonction dans le cadre de la nomination des arbitres ne s'acquitte pas de cette fonction". Il a été noté qu'une telle modification rendait superflue l'inclusion à l'article 2 d'une définition de l'expression "autorité de nomination".

Paragraphe 5 et suggestions relatives aux fonctions du Tribunal

105. La Commission a adopté le paragraphe 5.

106. En ce qui concerne les fonctions du Tribunal envisagées aux paragraphes 3, 4 et 5, une observation a été faite à propos des préoccupations exprimées précédemment à propos de l'alinéa *e* de l'article 2 (voir plus haut, par. 42). On a fait observer que les dispositions de l'article 11 relatives aux fonctions du Tribunal, en particulier lorsque ces dispositions étaient rapprochées de celles de la loi type sur la réception de communications écrites, pouvaient être interprétées comme empêchant le tribunal d'appliquer les règles de procédure du droit interne lesquelles, en exigeant, par exemple, une certaine forme de service ou de publicité contribuaient à réduire le risque qu'une partie soit impliquée dans une procédure d'arbitrage à son insu. La Commission a décidé de stipuler clairement que les dispositions sur la réception de communications ne s'appliquaient pas aux procédures ou mesures judiciaires mais uniquement à la procédure arbitrale proprement dite, notamment à toute mesure prise dans le cas du processus de nomination par une partie, un arbitre ou une autorité de nomination.

107. Comme cela avait été convenu dans le cadre de l'examen du champ d'application territorial et de toute exception possible s'y rapportant (voir plus haut, par. 76 et 77), la Commission a examiné la question de savoir si l'assistance judiciaire dans le processus de nomination, prévue aux paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 11, devrait être disponible avant même que le lieu de l'arbitrage n'ait été déterminé, dans la mesure où c'est le choix du lieu de l'arbitrage qui conditionne l'applicabilité générale de la loi (type) dans l'Etat qui l'a promulguée.

108. Selon une opinion, il n'était pas nécessaire que la loi type contienne des dispositions de ce type car il était difficile de trouver un facteur déterminant acceptable et, surtout, il n'y avait pas urgence en raison de la rareté des cas dans lesquels les parties ne sont convenues ni du lieu de l'arbitrage ni d'une autorité de nomination et étant donné que même dans ces cas rares la ou les lois applicables peuvent aider les parties en leur offrant un système cohérent.

109. L'avis qui a prévalu, cependant, était qu'il y avait là un problème pratique et que la loi type devrait prévoir une telle assistance afin de faciliter l'arbitrage commercial international en permettant à la partie qui fait diligence d'obtenir que soit constitué le tribunal arbitral. Quant au choix du facteur déterminant, les propositions suivantes ont été faites : *a)* lieu où le défendeur a son établissement, *b)* lieu où le demandeur a son établissement, *c)* lieu où soit le demandeur soit le défendeur ont leur établissement.

110. La Commission, après délibération, a conclu provisoirement qu'un Etat adoptant la loi type pourrait faire en sorte que son Tribunal visé à l'article 6 prête son concours à la nomination d'un arbitre en vertu de l'article 11 dans les cas où le défendeur y a son établissement et, peut-être, dans les cas où le demandeur y a son établissement, sous réserve que le Tribunal du pays du défendeur ne se soit pas déjà acquitté de cette fonction.

111. Lors du débat ultérieur sur le champ d'application territorial de la loi type, la Commission a décidé de ne pas étendre l'applicabilité des articles 11, 13 et 14 à la période préalable à la détermination du lieu de l'arbitrage (voir plus haut, par. 79 à 81).

* * *

Article 12.
Motifs de récusation

112. Le texte de l'article 12 examiné par la Commission était le suivant :

"1) Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. A partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties.

"2) Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination."

Paragraphe 1

113. La Commission a adopté le paragraphe 1.

Paragraphe 2

114. Il a été noté que les parties convenaient parfois que les arbitres devaient avoir certaines qualifications professionnelles ou commerciales et il a été proposé que la loi type respecte cet aspect de l'autonomie des parties en incluant au paragraphe 2 une référence à tout autre motif de récusation dont pourraient convenir les parties. Bien que des réserves aient été émises sur la nécessité d'ajouter une telle disposition à l'article 12, la Commission a décidé d'adopter la proposition et a prié un groupe de travail spécial, composé des représentants de l'Algérie, de l'Inde et des Etats-Unis, d'élaborer un projet fondé sur cette décision.

115. Sur la base d'une proposition du Groupe de travail spécial, la Commission a adopté le libellé modifié ci-après de la première phrase du paragraphe 2 de l'article 12 : "Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever les doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties."

116. Des avis divergents ont été exprimés quant aux mots "ne que", à la première phrase du paragraphe 2. Selon un avis, ces mots devraient être supprimés, car il pourrait y avoir des motifs de récusation qui ne seraient pas nécessairement couverts par les mots "impartialité ou indépendance". Il a été noté par exemple que, sans que l'intégrité ou l'impartialité d'un arbitre soit mise en doute, sa nationalité pouvait constituer un motif solide de récusation en raison de la politique suivie par son gouvernement.

117. Selon un autre avis, les mots "ne . . . que" étaient utiles en ce sens qu'ils excluaient d'autres motifs de récusation non traités dans la loi type. On a noté que, dans la plupart des cas se rattachant à l'exemple donné ci-dessus, les circonstances susciteraient de toute façon des doutes légitimes sur l'impartialité ou l'indépendance de l'arbitre.

118. Selon un autre avis encore, la première phrase du paragraphe 2 devrait être interprétée comme limitant les motifs de récusation aux motifs stipulés dans la loi type, même si l'on supprimait les mots "ne . . . que". Cependant, afin que le texte soit bien clair, certains partisans de cette interprétation ont proposé que soient conservés les mots "ne . . . que".

119. La Commission a décidé de conserver les mots "ne . . . que" à la première phrase du paragraphe 2. Ce faisant, elle a noté que la disposition correspondante du Réglement d'arbitrage de la CNUDCI (par. 1 de l'article 10), dont s'inspirait cette disposition de la loi type, ne contenait pas ces mots. On a cependant avancé que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, en tant que règlement contractuel, ne pouvait empêcher que soient invoqués d'autres motifs de récusation prévus dans des règles impératives de la législation applicable, alors qu'il était peut-être souhaitable que la loi type ne permette pas que d'autres motifs de récusation soient invoqués dans l'arbitrage commercial international.

* * *

Article 13.
Procédure de récusation

120. Le texte de l'article 13 soumis à l'examen de la Commission était le suivant :

"1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, les parties sont libres de convenir de la procédure de récusation de l'arbitre.

"2) Faute d'un tel accord, la partie qui a l'intention de récuser un arbitre expose par écrit, dans un délai de quinze jours à compter de la date de la constitution du tribunal arbitral ou de la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées au paragraphe 2 de l'article 12, si cette dernière date est postérieure, les motifs de la récusation au tribunal arbitral. Si l'arbitre récusé ne se déporte pas ou que l'autre partie n'accepte pas la récusation, le tribunal arbitral se prononce sur la récusation.

"3) Si la récusation ne peut être obtenue selon la procédure convenue par les parties ou en application du paragraphe 2 du présent article, la partie récusante peut, dans un délai de quinze jours après avoir eu communication de la décision rejetant la récusation, prier le Tribunal visé à l'article 6 de prendre sur la récusation une décision qui sera définitive; dans l'attente de cette décision, le tribunal arbitral, y compris l'arbitre récusé, peut poursuivre la procédure arbitrale."

Débat général sur l'opportunité d'un contrôle judiciaire pendant la procédure arbitrale

121. Avant d'examiner en détail les dispositions de l'article 13, la Commission a engagé un débat général sur l'opportunité d'un contrôle judiciaire pendant la procédure arbitrale. Des vues différentes ont été exprimées sur cette question.

122. Selon une certaine opinion, le contrôle judiciaire prévu en vertu du paragraphe 3 de l'article 13 était inopportun et devait au moins être limité, pour réduire le risque de manœuvres dilatoires. D'après une suggestion cette disposition aurait dû être supprimée, excluant ainsi tout contrôle judiciaire pendant la procédure arbitrale, ou la portée aurait dû en être considérablement restreinte, de façon qu'elle s'applique, par exemple, aux rares cas de récusation de l'arbitre unique ou de la majorité des arbitres. Selon une autre suggestion, il convenait de supprimer au paragraphe 1 les mots "Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article" et d'ajouter à la fin le membre de phrase suivant : "et la décision prise selon cette procédure est définitive". Le but de cette suggestion était de ne permettre le contrôle judiciaire envisagé au paragraphe 3 que si les parties n'étaient pas convenues d'une procédure de récusation et, notamment, n'avaient pas chargé un organe ou un tiers de prendre une décision sur la récusation. Selon une autre suggestion, il fallait laisser au tribunal arbitral le soin de décider si le recours judiciaire devait être autorisé immédiatement ou seulement après le prononcé de la sentence. Cette suggestion a été présentée comme une solution possible au problème par la disposition de l'article 13, qui semblait laisser toute liberté à un arbitre récusé de se déporter et que, de ce fait, la partie ayant nommé l'arbitre risquait de se trouver exposée à des frais et des retards supplémentaires.

123. Selon un autre avis, le poids accordé à l'intervention judiciaire au paragraphe 3 de l'article 13 était insuffisant car cette disposition habilitait le tribunal arbitral, y compris l'arbitre récusé, à poursuivre la procédure arbitrale bien que la question de la récusation fut pendante devant le tribunal. A l'appui de cette thèse, il a été avancé que la poursuite de la procédure arbitrale serait source de retards et de frais inutiles si le tribunal faisait droit par la suite à la demande de récusation. Au moins devrait-il être stipulé à l'article 13 que le tribunal arbitral devait s'abstenir de poursuivre la procédure si le tribunal en ordonnait la suspension.

124. L'avis qui a néanmoins prévalu a été de maintenir le système adopté à l'article 13, vu qu'il instituait un équilibre satisfaisant entre la nécessité de prévenir les obstructions ou manœuvres dilatoires et le souci d'éviter tout gaspillage de temps et d'argent.

125. La Commission, après en avoir délibéré, a adopté cet avis.

Paragraphe 1

126. La Commission a adopté cette disposition.

Paragraphe 2

127. La Commission n'a pas accepté une suggestion visant à prévoir au paragraphe 2 que le mandat d'un arbitre unique qui était récusé mais ne s'était pas déporté soit révoqué en raison de la récusation.

128. La Commission n'a pas adopté une suggestion visant à exclure l'arbitre récusé de la participation aux délibérations et à la décision du tribunal arbitral sur la récusation.

129. Il a été noté que la procédure du paragraphe 2 était applicable à la récusation d'un arbitre unique aussi bien qu'à la récusation de un ou plusieurs membres d'un tribunal arbitral. Le refus d'un arbitre unique de se déporter constituerait un rejet de la récusation ouvrant la voie à un recours devant le tribunal en application du paragraphe 3.

130. La Commission a adopté le paragraphe 2 sous réserve de certaines modifications rédactionnelles que la Commission a renvoyées au Groupe de rédaction.

Paragraphe 3

131. Par la suite, la Commission a décidé d'aligner le paragraphe 3 de l'article 13 sur la version modifiée du paragraphe 3 de l'article 16 (voir plus loin, par. 161) et de remplacer le délai de quinze jours par un délai de trente jours.

132. En ce qui concerne les mots "une décision qui sera définitive", la Commission a convenu qu'il fallait entendre qu'aucun appel n'était possible contre cette décision et qu'une modification rédactionnelle pourrait rendre le texte plus clair. Sous réserve d'une telle modification rédactionnelle, le paragraphe 3 a été adopté par la Commission.

133. La Commission s'est demandé si la loi type devrait prévoir l'assistance du tribunal pour les fonctions visées au paragraphe 3 de l'article 13 même avant que le lieu de l'arbitrage n'ait été choisi. La Commission a estimé que la loi type ne pouvait effectivement conférer une compétence internationale au tribunal d'un Etat à l'exclusion de la compétence d'un autre Etat. La loi type pourrait, en revanche, en utilisant des facteurs connexes tels que le lieu d'établissement du défendeur ou du requérant, déterminer les cas dans lesquels l'Etat concerné fournirait l'assistance du tribunal prévue au paragraphe 3 de l'article 13. Il a été souligné cependant qu'une telle assistance pourrait être moins nécessaire que dans la procédure de nomination, car le contrôle du tribunal sur une récusation était prévu par la législation applicable en matière d'arbitrage ou, une fois la loi type appliquée à ce cas, ce contrôle pourrait être exercé dans le cadre de la procédure d'annulation en application de l'article 34.

134. Lors du débat ultérieur sur le champ d'application territorial de la loi type, la Commission a décidé de ne pas étendre l'applicabilité des articles 11, 13 et 14 à la période préalable à la détermination du lieu de l'arbitrage (voir plus haut, par. 79 à 81).

* * *

Article 14.
Carence ou incapacité d'un arbitre

135. Le texte de l'article 14 examiné par la Commission était le suivant :

"Lorsqu'un arbitre se trouve dans l'impossibilité de droit ou de fait de remplir sa mission ou ne s'acquitte pas de ses fonctions pour d'autres raisons, son mandat prend fin s'il se déporte ou si les parties conviennent d'y mettre fin. Au cas où il subsiste un désaccord quant à l'un quelconque de ces motifs, l'une ou l'autre partie peut prier le Tribunal visé à l'article 6 de prendre une décision, qui sera définitive, sur la cessation du mandat."

136. On a fait observer qu'à la différence des articles 11 et 13, l'article 14 ne donnait pas expressément aux parties la liberté de convenir d'une procédure en cas de carence ou d'incapacité d'un arbitre. Toutefois, il était entendu que cette disposition ne visait pas à empêcher les parties de diversifier les motifs donnant lieu à la résiliation du mandat ou de charger un tiers ou une institution de procéder à une telle résiliation.

137. Diverses suggestions ont été faites en ce qui concerne les motifs énoncés dans cet article. Il a notamment été proposé de supprimer les mots "de droit ou de fait" car ils étaient superflus et pouvaient soulever des difficultés d'interprétation. La Commission n'a pas retenu cette suggestion afin de ne pas compromettre l'harmonie avec la disposition correspondante du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI [art. 13 2)].

138. On a également suggéré de préciser le sens des mots "ne s'acquitte pas de ses fonctions", en ajoutant par exemple les mots "avec la diligence voulue et de façon efficace" ou "dans un délai raisonnable". En réponse à cette suggestion, on a fait observer que si les considérations de rapidité et d'efficacité étaient importantes pour la conduite de l'arbitrage, il ne fallait pas donner l'impression qu'elles constituaient des critères de base absolus pour en déterminer la valeur. On a souligné que le critère d'efficacité était particulièrement inapproprié dans le contexte de l'article 14 car il pouvait déboucher sur la révision et l'évaluation par un tribunal des travaux de fond du tribunal arbitral. L'idée de délai raisonnable n'a pas suscité autant de réserves parce que l'on a estimé qu'elle exprimait concrètement l'élément temporel inhérent à l'expression "ne s'acquitte pas de ses fonctions".

139. Malgré l'appui considérable qu'a recueilli la solution consistant à conserver tel quel l'article 14, dont le libellé correspondait au libellé de l'article 13 2) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, la Commission a décidé, après avoir délibéré, d'ajouter les mots "dans un délai raisonnable" entre les mots "ne s'acquitte pas" et les mots "de ses fonctions", étant entendu que cet amendement avait uniquement pour but de clarifier le texte et ne devait pas être interprété comme conférant aux mots "ne s'acquitte pas de ses fonctions" une signification différente de celle qu'ils ont dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

140. Il a été proposé de remanier l'article 14 de manière à couvrir également les cas de résiliation prévus dans l'article 15, sans changer le fond de ces deux articles. La Commission a chargé un groupe de travail *ad hoc* composé des représentants de l'Inde et de la Tanzanie de préparer un projet de texte pour l'article 14.

141. Le groupe de travail *ad hoc* a proposé une version modifiée de l'article 14 ainsi libellée :

"Le mandat d'un arbitre prend fin, s'il se trouve dans l'impossibilité de droit ou de fait de remplir sa mission ou ne s'acquitte pas [dans un délai raisonnable] de ses fonctions pour d'autres raisons ou s'il se déporte pour une raison quelconque ou si les parties conviennent d'y mettre fin. Toutefois, s'il subsiste un désaccord quant à l'un quelconque de ces motifs, l'une ou l'autre partie peut prier le Tribunal visé à l'article 6 de prendre une décision, qui sera définitive, sur la cessation du mandat."

142. On s'est déclaré préoccupé par le fait que cette nouvelle version de l'article 14 pouvait avoir modifié involontairement le fond de la disposition. En particulier, le texte n'indiquait pas clairement quand le mandat de l'arbitre prenait fin s'il ne s'acquittait pas de ses fonctions. La Commission a rejeté la nouvelle version après examen et conservé le texte initial en y ajoutant les mots "dans un délai raisonnable", comme elle l'avait décidé antérieurement.

143. Lors du débat ultérieur sur le champ d'application territorial de la loi type, la Commission a décidé de ne pas étendre l'applicabilité des articles 11, 13 et 14 à la période préalable à la détermination du lieu de l'arbitrage (voir plus haut, par. 79 à 81).

* * *

Article 14 bis

144. Le texte de l'article 14 *bis* examiné par la Commission était le suivant :

"Le fait que, dans les cas prévus au paragraphe 2 de l'article 13 ou à l'article 14, un arbitre se déporte ou qu'une partie accepte que le mandat d'un arbitre prenne fin n'implique pas reconnaissance des motifs mentionnés au paragraphe 2 de l'article 12 ou à l'article 14."

145. La Commission a adopté l'article quant au fond et le Comité de rédaction l'a ensuite incorporé à l'article 14 en tant que nouveau paragraphe 2.

* * *

Article 15.
Nomination d'un arbitre remplaçant

146. Le texte de l'article 15 examiné par la Commission était le suivant :

"Lorsqu'il est mis fin au mandat d'un arbitre conformément à l'article 13 ou 14, ou lorsqu'il se déporte pour toute autre raison, ou lorsque son mandat est révoqué par accord des parties ou dans

tout autre cas où il est mis fin à son mandat, un arbitre remplaçant est nommé conformément aux règles qui étaient applicables à la nomination de l'arbitre remplacé, sauf convention contraire des parties."

147. La Commission a adopté la proposition visant à supprimer dans l'article 15 les mots "sauf convention contraire des parties" car ils risquaient d'entraîner des difficultés. Il était entendu, toutefois, que le principe de l'autonomie des parties reconnu à l'article 11 pour la nomination initiale d'un arbitre s'appliquait avec la même force à la procédure de nomination de l'arbitre remplaçant, car l'article 15 fait référence aux règles applicables à la nomination de l'arbitre remplacé.

148. S'agissant des cas où le lieu de l'arbitrage n'a pas encore été déterminé, on a fait observer que lorsqu'il incombait au demandeur de nommer l'arbitre remplaçant et que le demandeur y faillissait, la règle envisagée pour l'article 11 (c'est-à-dire la compétence du Tribunal de l'Etat où le défendeur a son établissement) risquait de ne pas convenir à la nomination de l'arbitre remplaçant. On a avancé qu'une solution possible consisterait à stipuler que l'assistance pour la nomination de l'arbitre remplaçant serait fournie par le tribunal de l'Etat dans lequel la partie qui faillissait à nommer son arbitre avait son établissement, et que l'on ne pourrait demander au tribunal de l'Etat dans lequel l'autre partie avait son établissement de procéder à la nomination que si le tribunal du premier Etat ne s'acquittait pas de cette tâche. Cependant, conformément à une décision prise ultérieurement (voir par. 111), l'applicabilité de l'article 11 n'a pas été étendue à la période préalable à la détermination du lieu de l'arbitrage.

* * *

CHAPITRE IV. COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 16. Pouvoir qu'a le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence

149. Le texte de l'article 16 examiné par la Commission était le suivant :

"1) Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

"2) L'exception d'incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que le tribunal arbitral outrepasse son mandat doit être soulevée peu de temps après que le tribunal aura manifesté son intention de statuer sur la question alléguée comme ne relevant pas de son mandat. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

"3) Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Dans les deux cas, la décision par laquelle le tribunal arbitral s'est déclaré compétent ne peut être attaquée par l'une ou l'autre des parties que lors d'une action en annulation de la sentence arbitrale."

Paragraphe 1

150. La Commission est convenue que l'expression "y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage" ne visait pas à limiter la *Kompetenz-Kompetenz* du tribunal arbitral aux cas où une partie avait soulevé une exception. En conséquence, le tribunal pouvait se prononcer d'office s'il existait des doutes ou des interrogations quant à sa compétence, y compris sur la question de l'arbitrabilité.

151. En ce qui concerne le pouvoir conféré au tribunal arbitral au paragraphe 1, on a craint que cette disposition ne soit pas acceptable par certains Etats qui n'accordaient pas un tel pouvoir aux arbitres et par les parties qui ne voulaient pas que les arbitres statuent sur leur propre compétence. Il a été répondu à cette objection que le principe consacré dans ce paragraphe était important pour le fonctionnement de l'arbitrage commercial international; il n'en restait pas moins qu'il appartenait en définitive à chaque Etat, lors de l'adoption de la loi type, de décider s'il souhaitait accepter ce principe et, dans ce cas, de préciser éventuellement dans le texte que les parties pouvaient exclure ou limiter ce pouvoir.

152. On a fait observer que la force de l'expression "*has the power to rule*", en anglais, ne se retrouvait pas, par exemple, dans la version française "peut statuer". Après délibération, la Commission a décidé d'employer dans toutes les langues une expression atténuée traduisant l'anglais "*may rule*" sans entendre pour autant s'écarter en substance du libellé correspondant du paragraphe 1 de l'article 21 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

153. La Commission a adopté le paragraphe 1 ainsi modifié.

Paragraphe 2

154. Il a été souligné que la troisième phrase du paragraphe 2 était trop imprécise en ce qu'elle se référait à l'intention manifestée par le tribunal arbitral de statuer sur une question alléguée comme ne relevant pas de son mandat. On a fait valoir que cette intention ne ressortait, normalement, que lorsqu'une sentence avait été rendue concernant cette question. Il a donc été suggéré de remplacer cette phrase par une disposition

inspirée du paragraphe 1 de l'article V de la Convention de Genève de 1961 et prévoyant que l'exception devait être soulevée dès que la question alléguée comme n'étant pas de la compétence du tribunal arbitral était soulevée au cours de la procédure arbitrale.

155. Il a été reconnu que le texte proposé était plus précis mais aussi plus rigide que le texte actuel. Ainsi, il s'appliquait non seulement aux cas où le tribunal arbitral lui-même avait manifesté son intention, par exemple en demandant ou en examinant des pièces se rapportant à une question qui ne relevait pas de son mandat, mais aussi au cas où une partie soulevait une telle question dans ses conclusions écrites ou ses explications orales. Dans ce cas, le texte proposé imposait à l'autre partie de soulever immédiatement son exception. On a craint que certaines parties, ayant peu d'expérience de l'arbitrage commercial international, risquent de ne pas comprendre qu'une question outrepassant les pouvoirs du tribunal arbitral avait été soulevée et qu'il leur fallait immédiatement soulever une exception. De plus, on a laissé entendre que dans certains cas, la loi applicable, et donc les limitations à l'arbitrabilité de certains litiges, pouvaient n'être déterminées qu'au moment de la sentence, ce qui rendait une exception préalable impossible. Il s'ensuivait que si une partie s'était abstenue de soulever une exception au moment voulu, cela ne devait pas nécessairement lui interdire de l'invoquer au cours de la procédure d'annulation ou de la procédure de reconnaissance et d'exécution.

156. Après délibération, la Commission a adopté le paragraphe 2 sous réserve que la troisième phrase soit modifiée sur la base de la formule suivante : "L'exception prise de ce que le tribunal arbitral outrepasse son mandat doit être soulevée dès que la question alléguée comme ne relevant pas de sa compétence est soulevée pendant la procédure arbitrale."

Paragraphe 3

157. La Commission a adopté le principe qui est à la base du paragraphe 3, à savoir que le pouvoir qu'a le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence est soumis au contrôle de l'instance judiciaire. Toutefois, des vues divergentes ont été exprimées sur le moment et les circonstances d'un tel recours devant un tribunal.

158. Selon une certaine opinion, la solution adoptée au paragraphe 3 était judicieuse parce qu'elle permettait un contrôle par les tribunaux seulement dans une procédure d'annulation, et comme le texte devrait l'indiquer plus clairement, dans la procédure de reconnaissance et d'exécution des sentences. Cette solution a été préférée au contrôle immédiat par le tribunal car elle permettait de prévenir les abus de la part d'une partie qui souhaite retarder la procédure ou y faire obstruction.

159. Selon une autre opinion, il fallait modifier le paragraphe 3 pour donner au tribunal arbitral le pouvoir de s'en remettre aux tribunaux ou, de quelque autre façon, par exemple en donnant à sa décision la forme d'une sentence, permettre un contrôle judiciaire immédiat. Il a été déclaré à l'appui de cette opinion que cette souplesse était souhaitable puisqu'elle permettrait au tribunal arbitral d'apprécier dans chaque cas particulier, si la crainte de manœuvres dilatoires était plus grande que la préoccupation opposée, c'est-à-dire le souci d'éviter un gaspillage de temps et d'argent. En ce qui concerne cet éventuel danger, il a été suggéré d'en réduire les effets en prévoyant certaines ou la totalité des garanties envisagées pour le contrôle judiciaire au paragraphe 3 de l'article 13 au sujet de la récusation d'un arbitre, à savoir un délai bref, le caractère définitif de la décision, le droit de poursuivre la procédure arbitrale et de prononcer la sentence.

160. Selon une vue encore différente, il fallait ouvrir aux parties un recours immédiat au tribunal pour obtenir une certitude sur la question importante de la compétence du tribunal arbitral. Diverses suggestions ont été faites à cette fin. Selon l'une d'entre elles, on adopterait la solution prévue au paragraphe 3 de l'article 13 et permettant ainsi un contrôle judiciaire immédiat dans tous les cas où le tribunal arbitral avait statué sur la question de sa compétence à titre de question préalable. Une autre suggestion était de demander au tribunal arbitral, au cas où une partie le souhaitait, de prendre une décision sur sa propre compétence, à titre de question préalable, et cette décision serait soumise au contrôle immédiat de l'instance judiciaire. Une autre suggestion encore était de réintroduire dans le texte précédent le projet d'article 17[8]. On a fait observer que si cette disposition était rétablie dans la loi type, il ne serait peut-être pas nécessaire d'adopter, pour le contrôle concomitant du Tribunal prévu au paragraphe 3 de l'article 16, la solution stricte qui exclurait tout pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral.

161. La Commission, après délibération, a décidé de ne pas réintroduire l'ancien projet d'article 17 mais de prévoir le contrôle immédiat du Tribunal au paragraphe 3 de l'article 16 dans l'esprit de la solution adoptée pour le paragraphe 3 de l'article 13. La Commission a adopté le paragraphe 3 de l'article 16 sous la forme modifiée ci-après (sous réserve que le Comité de rédaction la remanie) :

"3) Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Si le tribunal arbitral se déclare compétent, par une décision préalable, l'une ou l'autre partie peut, dans un délai de trente jours après

[8] Le texte du projet d'article 17, qui a été supprimé par le Groupe de travail à sa dernière session (A/CN.9/246, par. 52 à 56) était le suivant :

"Article 17. *Contrôle concomitant du tribunal*

"1) [Nonobstant les dispositions de l'article 16,] une partie peut [à tout moment] prier le tribunal visé à l'article 6 de statuer sur l'existence d'une convention d'arbitrage valide et [, si la procédure arbitrale a commencé,] sur la compétence du tribunal arbitral [en ce qui concerne le différend dont il est saisi].

"2) Dans l'attente de cette décision, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure [à moins que le Tribunal n'ordonne une suspension de la procédure arbitrale]."

avoir été avisée de cette décision, demander au Tribunal visé à l'article 6 de rendre une décision sur ce point, laquelle ne sera pas susceptible de recours; dans l'attente de cette décision, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure d'arbitrage."

162. La Commission a décidé d'aligner le texte du paragraphe 3 de l'article 13 sur cette version modifiée du paragraphe 3 de l'article 16 et donc de remplacer au paragraphe 3 de l'article 13 le délai de quinze jours par un délai de trente jours et l'expression "définitive" par une formule comme : "qui ne fera pas l'objet de recours".

163. On a fait observer que la deuxième phrase du paragraphe 3 de l'article 16 ne traitait pas des cas où le tribunal arbitral se déclarait incompétent. Par conséquent, dans un tel cas, le paragraphe 3 de l'article 16, pris avec l'article 5, n'excluait pas le recours à un tribunal pour obtenir une décision sur la validité d'une convention d'arbitrage. Il a été reconnu qu'une décision du tribunal se déclarant incompétent était définitive quant à la procédure car il était impossible de contraindre des arbitres qui avaient pris une telle décision de poursuivre la procédure.

* * *

Article 18.
Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires

164. Le texte de l'article 18 qu'a examiné la Commission était le suivant :

"Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire conservatoire qu'il juge nécessaire en ce qui concerne l'objet du différend. Le tribunal arbitral peut exiger de toute partie des sûretés au titre des frais occasionnés par ladite mesure."

165. On a suggéré de ne pas retenir cette disposition; sa portée n'était pas clairement définie et elle ne présentait guère d'utilité pratique, étant donné que les tribunaux avaient la possibilité de prendre des mesures provisoires exécutoires. De plus, le pouvoir conféré au tribunal arbitral pourrait porter préjudice à une partie s'il se révélait par la suite que la mesure provisoire n'était pas justifiée. Si la disposition était retenue, il faudrait donc réduire les risques en élargissant la portée des sûretés mentionnées dans la deuxième phrase, afin de couvrir non seulement les frais occasionnés par une mesure provisoire, mais aussi tout dommage possible ou prévisible causé à une partie.

166. Après avoir délibéré, la Commission a décidé de maintenir l'article 18 qu'elle a jugé utile puisqu'il confirmait que le mandat du tribunal arbitral l'autorisait à prendre des mesures provisoires, sauf convention contraire des parties. En ce qui concerne la suggestion d'élargir la portée des sûretés que le tribunal arbitral peut exiger d'une partie ou des parties, la Commission a décidé que, d'une part, toute limitation implicite de la sauvegarde aux frais occasionnés par une mesure provisoire ne devait pas être maintenue mais que, d'autre part, il ne convenait pas de faire mention de dommages causés à une partie, puisque la loi type ne devait pas traiter de questions relatives à la base ou à la portée d'une éventuelle obligation pour dommages. La Commission a donc décidé d'utiliser un libellé plus général et de dire que le tribunal arbitral pouvait exiger de toute partie des "sûretés appropriées". On a fait observer que cette modification ne devait pas conduire à une interprétation des mots "cautionnement au titre des frais occasionnés par ces mesures", tels qu'ils figuraient au paragraphe 2 de l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui écarterait la possibilité d'inclure dans le montant d'un tel cautionnement tout dommage prévisible causé à une partie.

167. En ce qui concerne la gamme des mesures provisoires couvertes par cette disposition, on a fait observer que l'une des mesures possibles était, dans les circonstances appropriées, une décision portant protection de secrets d'affaires et de renseignements exclusifs.

168. On a noté que la gamme des mesures provisoires couvertes par l'article 18 était beaucoup plus étroite que la gamme des mesures envisagées à l'article 9 et que l'article 18 ne traitait pas la question de l'exécution des mesures provisoires prises par le tribunal arbitral. On a noté qu'il restait néanmoins une zone de double emploi et de conflit éventuel entre les mesures prises par le tribunal arbitral et par un tribunal. On a en conséquence suggéré que la loi type prévoie une façon de résoudre de tels conflits, par exemple en faisant prévaloir la décision des tribunaux.

169. Après avoir délibéré, la Commission a décidé que la loi type ne devait pas prévoir de solution à ces conflits. Elle a déclaré qu'il appartenait à chaque Etat de traiter la question, selon les principes et les lois qui régissent la compétence de ses tribunaux et les effets juridiques des décisions des tribunaux. A ce propos, on a fait observer que l'article 9 ne créait ni n'aggravait par lui-même le risque de conflit, puisqu'il n'indiquait pas si et jusqu'à quel point, dans un système juridique donné, un tribunal pouvait ordonner des mesures, mais qu'il se bornait à exprimer le principe qu'une demande de mesure provisoire ou l'octroi d'une mesure provisoire, si le système juridique le prévoyait, n'était pas incompatible avec le fait que les parties soient convenues de régler leur différend par arbitrage, sans passer par les tribunaux.

* * *

CHAPITRE V. CONDUITE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

Article 19.
Détermination des règles de procédure

170. Le texte de l'article 19 examiné par la Commission était le suivant :

"1) Sous réserve des dispositions de la présente Loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral.

"2) Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente Loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite.

"3) Dans les deux cas, les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits."

Paragraphe 1

171. Deux propositions divergentes ont été faites en ce qui concerne le paragraphe 1. D'un côté, on a proposé d'indiquer clairement dans la loi type que le droit des parties de convenir librement de la procédure jouait en permanence pendant toute la procédure arbitrale. D'un autre côté, on souhaitait autoriser les parties à déterminer les règles de procédure après l'acceptation de leur mandat par les arbitres, dans la mesure où ceux-ci y consentaient.

172. Ni l'une, ni l'autre n'a été adoptée. Bien que la disposition, sous sa forme actuelle, impliquât que les parties pouvaient à tout moment modifier la procédure, les arbitres ne pouvaient pas en fait être tenus d'accepter des modifications de la procédure parce qu'ils pouvaient se déporter s'ils ne souhaitaient pas appliquer la nouvelle procédure décidée par les parties. On a noté que les délais accordés pour modifier la procédure à suivre pouvaient être arrêtés par convention entre les parties et les arbitres.

Paragraphe 2

173. On a fait observer que, puisque dans certains systèmes juridiques une question de recevabilité, de pertinence et d'importance de la preuve serait considérée comme relevant des règles juridiques de fond, la question se posait de savoir quelle était la nature du rapport entre la deuxième phrase du paragraphe 2 et l'article 28.

174. On a estimé que l'objectif du paragraphe 2 était d'accorder au tribunal arbitral un droit sur lequel le choix de la loi applicable au fond du différend n'aurait pas d'incidence.

175. La Commission a adopté le paragraphe 2.

Paragraphe 3

176. La Commission est convenue que la disposition énoncée au paragraphe 3 était un principe fondamental applicable à l'ensemble de la procédure arbitrale et que, par conséquent, cette disposition devrait faire l'objet d'un article distinct numéroté 18 *bis* et devant figurer au début du chapitre V de la loi type. Cette décision a été prise à titre provisoire dans le cadre de l'examen de l'article 22 (voir plus loin, par. 189 à 194) et confirmée ultérieurement lors de l'examen du paragraphe 3 de l'article 19.

* * *

Article 20.
Lieu de l'arbitrage

177. Le texte de l'article 20 tel qu'il était soumis à l'examen de la Commission était le suivant :

"1) Les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral.

"2) Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation de consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou des parties, ou pour l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces."

178. Il a été proposé d'ajouter les mots suivants à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 1 : "compte tenu des circonstances de l'arbitrage, y compris l'intérêt des parties". Il a été dit pour appuyer cette proposition que le lieu de l'arbitrage revêtait une grande importance dans la pratique et que le fait de considérer l'intérêt des parties comme un facteur déterminant pourrait répondre à la crainte exprimée par certaines personnes, en particulier dans des pays en développement, qu'on ne leur impose un emplacement ne leur convenant pas. On a fait observer que cette crainte était partagée par d'autres pays.

179. Des opinions divergentes ont été exprimées quant à la justesse de la formulation proposée. Selon un avis, les mots proposés étaient inutiles car ils exprimaient un principe déjà implicite dans l'article 19 3). Les mots "y compris l'intérêt des parties" ont suscité une opposition particulière. On a noté qu'il était injustifié de mentionner seulement certaines des circonstances que les arbitres devraient prendre en considération lors de la détermination du lieu d'arbitrage, puisque d'autres facteurs tels que la pertinence des règles de procédure applicables, l'existence de procédures de reconnaissance ou d'exécution des sentences en vertu de la Convention de New York de 1958 ou d'autres traités bilatéraux ou multilatéraux ou, en fin de compte, le fait pour un Etat d'avoir adopté ou non la loi type, pourraient avoir une importance au moins égale. Il a également été noté que le paragraphe 1 de l'article 16 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI stipule que pour déterminer le lieu de l'arbitrage, les arbitres doivent tenir compte des circonstances de l'arbitrage, mais qu'il ne fait pas mention de l'intérêt des parties. Il a été indiqué qu'une divergence entre les deux textes sur ce point n'était pas souhaitable.

180. Selon l'opinion qui a prévalu, cependant, la loi type devrait mentionner que l'intérêt des parties est un facteur de grande importance pour la détermination du lieu de l'arbitrage en matière d'arbitrage commercial international. On a estimé dans le même temps que l'intérêt des parties devrait être interprété comme englobant les considérations susmentionnées en ce qui concerne les règles de procédure applicables et la reconnaissance et l'exécution des sentences.

181. La Commission a adopté l'article 20 ainsi modifié.

* * *

Article 21.
Début de la procédure arbitrale

182. Le texte de l'article 21 examiné par la Commission était le suivant :

"Sauf convention contraire des parties, la procédure arbitrale concernant un différend déterminé est engagée à la date à laquelle la demande de soumission de ce différend à l'arbitrage est reçue par le défendeur."

183. Une proposition en deux parties a été faite. La première partie donnerait à une demande tendant à soumettre un différend à l'arbitrage le même effet juridique que la saisie d'un tribunal. La deuxième partie permettrait à un demandeur entamant une action auprès d'un tribunal dans un bref délai après avoir été avisé de la décision d'un tribunal arbitral se déclarant incompétent, ou après avoir été avisé d'un jugement annulant une sentence, de ne pas se voir opposer l'argument que le délai de prescription est écoulé.

184. Il a été souligné que le problème était important. La proposition renforcerait l'efficacité de l'arbitrage commercial international en donnant à un demandeur, dans une procédure d'arbitrage, un degré de protection contre l'écoulement du délai de prescription équivalent à celui dont bénéficie le demandeur dans une procédure judiciaire. Un certain nombre de systèmes juridiques avaient des règles comparables à celle qui était proposée, mais beaucoup d'autres n'en avaient pas, de sorte que l'uniformité dans ce domaine serait utile. Il a été noté que les articles 14 1) et 17 de la Convention de 1974, sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, qui a été élaborée par la Commission, aboutissaient à un résultat similaire. Ces articles sont libellés comme suit :

Article 14

"1) Lorsque les parties sont convenues de soumettre leur différend à l'arbitrage, le délai de prescription cesse de courir à partir de la date à laquelle l'une des parties engage la procédure d'arbitrage de la manière prévue par la convention d'arbitrage ou par la loi applicable à cette procédure."

Article 17

"1) Lorsqu'une procédure a été introduite conformément aux articles 13, 14, 15 ou 16 avant l'expiration du délai de prescription, celui-ci est réputé avoir continué de courir si la procédure s'est terminée sans qu'une décision ait été rendue sur le fond de l'affaire.

"2) Lorsqu'à la fin de cette procédure, le délai de prescription était expiré ou devait expirer dans moins d'un an, le créancier bénéficie d'un délai d'un an à partir de la fin de la procédure."

185. Cependant, l'avis qui a prévalu a été de ne pas inclure dans la loi type une disposition sur les questions invoquées, bien que l'on ait reconnu l'existence du problème et l'utilité de lui apporter éventuellement une solution unifiée. Une telle disposition touchait à des questions qui, dans de nombreux systèmes juridiques, étaient considérées comme relevant des règles de fond et, de ce fait, hors du champ d'application de la loi type. Dans certains pays, des délais de prescription étaient spécifiés dans divers textes législatifs et, parfois, faisaient l'objet de différentes règles juridiques internes. Une règle spéciale concernant les effets sur le délai de prescription du début d'un arbitrage commercial international constituerait une anomalie et une source de confusion. Pour ces diverses raisons, l'élaboration d'une règle du type proposé, pour être acceptable dans différents systèmes juridiques, ne pourrait se faire qu'après une étude approfondie des questions en jeu, laquelle étude, faute de temps, ne pouvait être entreprise au cours de la session actuelle.

186. C'est en particulier pour cette dernière raison que la Commission, après avoir délibéré, a décidé de ne pas adopter la proposition. Il a été convenu cependant d'attirer l'attention des Etats sur ce problème, dont l'importance pratique était considérable, afin qu'ils envisagent d'adopter des dispositions qui, dans le cadre des principes et des normes de leur système juridique, mettraient à cet égard la procédure arbitrale sur un pied d'égalité avec la procédure judiciaire.

187. La Commission n'a pas adopté une proposition tendant à inclure à l'article 21 une disposition stipulant que, dans le cas d'un arbitrage rendu par une institution d'arbitrage, la procédure débutait à la date où la demande d'arbitrage était reçue par ladite institution. Si cette proposition a recueilli un certain soutien, l'avis général a cependant été qu'en raison de la grande diversité des règles appliquées par diverses institutions d'arbitrage pour le début de la procédure d'arbitrage, notamment le fait que, d'après certaines de ces règles, l'institution n'était pas tenue de recevoir la demande d'arbitrage, il serait difficile de formuler à cet égard une approche unitaire. Il a été noté qu'étant donné que l'article 21 était applicable "sauf convention contraire des parties", le but recherché par la proposition précitée pourrait être atteint en prévoyant dans le règlement d'arbitrage, comme c'est souvent le cas dans le règlement type des institutions d'arbitrage, une disposition stipulant que la procédure arbitrale débutait à la date où une demande d'arbitrage était reçue par l'institution d'arbitrage.

* * *

Article 22.
Langue

188. Le texte de l'article 22 examiné par la Commission était le suivant :

"1) Les parties sont libres de convenir de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale. Faute d'un tel accord, le tribunal arbitral décide de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure. Cet accord ou cette décision, à moins qu'il n'en soit convenu ou décidé autrement, s'applique à toute déclaration écrite d'une partie, à toute procédure orale et à toute sentence, décision ou autre communication du tribunal arbitral.

"2) Le tribunal arbitral peut ordonner que toutes les pièces soient accompagnées d'une traduction dans la langue ou les langues convenues par les parties ou choisies par le tribunal arbitral."

189. La Commission a noté que le choix de la langue ou des langues de la procédure arbitrale mettait en jeu à la fois une question de principe et une question de pratique. Le principe, énoncé au paragraphe 3 de l'article 19, était que les parties devaient être traitées sur un pied d'égalité et que chaque partie devait avoir toute possibilité de faire valoir ses droits. Parallèlement, il a été reconnu qu'une interprétation complète de la procédure orale et une traduction des documents écrits augmenteraient les coûts de l'arbitrage; en outre, une traduction complète en prolongerait la durée.

190. Une proposition tendant à ce que l'article 22 spécifie expressément que, à défaut d'un accord entre les parties, la langue ou les langues à utiliser au cours de la procédure soient déterminées par le tribunal arbitral conformément aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 19 n'a pas été acceptée car elle a été jugée inutile. Pour la même raison, la Commission n'a pas accepté une proposition tendant à stipuler expressément qu'une partie avait le droit de s'exprimer dans sa propre langue à condition qu'elle prenne des dispositions pour assurer l'interprétation dans la langue choisie pour la procédure.

191. Une autre proposition visait à ce que la procédure arbitrale soit menée dans les langues des parties à moins que celles-ci ne conviennent de l'emploi d'une seule langue ou que le tribunal arbitral, dûment mandaté à cette fin par les parties, ne détermine la langue applicable à la procédure. Les auteurs de cette proposition ont suggéré que, si elle n'était pas acceptée, la loi type prévoie que toute partie dont la langue n'était pas retenue comme langue de la procédure ait droit de présenter ses moyens dans sa propre langue, le coût de la traduction et de l'interprétation étant alors intégré aux frais de la procédure. Toutefois, cette proposition n'a pas été acceptée, car on a estimé qu'elle serait trop rigide et inapte à fournir une solution adéquate compte tenu de la diversité des situations possibles. On a jugé qu'il convenait de laisser au tribunal arbitral, lequel, en tout état de cause, était lié par le paragraphe 3 de l'article 19, le soin de déterminer la langue ou les langues de la procédure.

192. Notant que le mot "traduction" au paragraphe 2 n'était pas défini, on a proposé d'exiger qu'une traduction soit dûment certifiée. Cette proposition n'a pas été acceptée, car il a été jugé qu'une disposition générale exigeant que toute traduction soit dûment certifiée aurait pour effet d'alourdir inutilement le coût de la procédure.

193. Il a été noté que, lorsque la procédure doit être conduite dans plus d'une langue, il pourrait être raisonnable et non préjudiciable aux intérêts des parties qu'un document soit traduit dans une seule des langues de la procédure. En conséquence, il a été proposé de stipuler expressément dans l'article 22 qu'il ne serait pas en soi contraire à la loi type que, dans un arbitrage conduit en plusieurs langues, le tribunal arbitral décide qu'un document déterminé n'a pas à être traduit dans toutes les langues de la procédure. Tout en étant d'avis que de telles mesures d'économie n'étaient pas interdites par l'article 22, la Commission a chargé le Comité de rédaction d'examiner si le texte faisait apparaître ce point avec assez de clarté.

194. La Commission a adopté l'article 22, sous réserve d'examen par le Comité de rédaction comme indiqué au paragraphe précédent. Pour souligner le caractère fondamental des principes énoncés au paragraphe 3 de l'article 19, et pour préciser que ces principes régissent tous les aspects de la procédure arbitrale, il a été convenu que le texte dudit paragraphe devrait faire l'objet d'un article distinct.

* * *

Article 23. Conclusions en demande et en défense

195. Le texte de l'article 23 examiné par la Commission était le suivant :

"1) Dans le délai convenu par les parties ou fixé par le tribunal arbitral, le demandeur énonce les faits motivant sa demande, les points litigieux et l'objet de la demande et le défendeur énonce ses défenses à propos de ces questions. Les parties peuvent joindre à leurs conclusions toutes pièces qu'elles jugeront pertinentes ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'elles produiront.

"2) Sauf convention contraire des parties, l'une ou l'autre partie peut modifier ou compléter sa demande ou ses défenses, au cours de la procédure arbitrale, à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser un tel amendement en raison du retard avec lequel il est formulé, du préjudice qu'il causerait à l'autre partie ou de toute autre circonstance."

Paragraphe 1

196. La Commission est convenue que le paragraphe 1 énonçait un principe de base de la procédure arbitrale dont les parties ne devraient pas pouvoir s'écarter, mais que les règles spécifiques de procédure relatives aux conclusions en demande et en défense devraient faire l'objet d'un accord des parties. On a fait remarquer que la procédure prévue au paragraphe 1 n'était pas entièrement conforme à certains règlements d'arbitrage institutionnel. La Commission a décidé d'exprimer la distinction faite entre la nature impérative du principe énoncé dans le paragraphe 1 et le caractère non impératif des règles de procédure en ajoutant à la fin de la première phrase un passage ainsi libellé : "sauf convention contraire des parties concernant le contenu et la forme de telles conclusions".

197. Il a également été noté que le verbe "joindre" figurant dans la deuxième phrase du paragraphe 1 pourrait être interprété comme signifiant qu'une conclusion en demande ou en défense doit toujours être présentée par écrit. La Commission, convenant que telle n'était pas l'interprétation voulue, a renvoyé la question au Comité de rédaction.

Paragraphe 2

198. Les vues ont divergé en ce qui concerne le pouvoir du tribunal arbitral d'autoriser la modification de la demande ou des défenses. Selon une opinion, on ne devrait pas empêcher les parties de modifier leurs conclusions en demande ou en défense car toute limitation à cet égard serait contraire à leur droit de faire valoir leurs moyens. Selon cette opinion, il devrait y avoir un point après les termes "au cours de la procédure arbitrale". Reconnaissant qu'un amendement tardif risquerait de retarder la procédure, on a suggéré qu'une solution appropriée du problème pourrait consister à modifier la répartition des frais afférents à la procédure ou à statuer dans une sentence partielle sur les points présentés en temps voulu, en remettant à plus tard le règlement des autres points.

199. Selon l'opinion qui a prévalu, cependant, le tribunal arbitral devrait être habilité à ne pas autoriser, dans certaines conditions, des modifications de la demande ou des défenses. Plusieurs vues ont été exprimées sur la manière dont devrait être délimité ce pouvoir du tribunal arbitral. Selon l'une d'elles, qui a bénéficié d'un large appui, le texte du paragraphe 2 devrait être conservé tel quel car il fournissait les garanties voulues contre un retard de la procédure arbitrale tout en permettant de faire preuve d'assez de souplesse lorsque la situation le justifiait. Selon une autre vue, les termes "toute autre circonstance" étaient trop vagues et devraient être remplacés par les mots "toute autre circonstance pertinente", ou supprimés. Selon une autre encore, on ne pouvait parvenir à la précision voulue qu'en supprimant aussi les mots "du préjudice qu'il causerait à l'autre partie" car il n'apparaissait pas clairement de quel préjudice il s'agissait.

200. La Commission s'est ralliée à cette dernière vue et a décidé de supprimer le membre de phrase "du préjudice qu'il causerait à l'autre partie ou de toute autre circonstance".

Demande reconventionnelle

201. Il a été suggéré d'ajouter une disposition, à l'article 23 ou à un autre endroit approprié, selon laquelle toute disposition de la loi type touchant la demande s'appliquerait *mutatis mutandis* à une demande reconventionnelle. Il a été convenu que la Commission examinerait cette question une fois terminé son examen de l'ensemble du projet de loi type. La décision prise ultérieurement en ce qui concerne la demande reconventionnelle est rapportée au paragraphe 327.

* * *

Article 24.
Procédure orale et procédure écrite

202. Le texte de l'article 24 examiné par la Commission était le suivant :

"1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral décide si la procédure se déroulera sur pièces ou si elle doit comporter des phases orales.

"2) Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, si une partie en fait la demande, le tribunal arbitral organise, au stade approprié de la procédure arbitrale, une procédure orale pour la production de preuves par témoins, y compris des experts, ou pour l'exposé oral des arguments.

"3) Les parties recevront, suffisamment longtemps à l'avance, notification de toutes audiences et de toutes réunions du tribunal arbitral tenues aux fins d'examen.

"4) Toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées à l'autre partie. Tout rapport d'expert ou autre document sur lequel le tribunal pourrait s'appuyer pour statuer doit également être communiqué aux parties."

Paragraphes 1 et 2

203. La Commission a noté que l'article 24 traitait la question de la forme de la procédure arbitrale de façon théorique sans aborder les aspects de procédure des décisions à ce sujet. Par exemple, le moment auquel le tribunal arbitral devait arrêter la forme de la procédure arbitrale n'était pas précisé. Autrement dit, celui-ci était libre de déterminer la forme de la procédure dès le début de cette dernière ou il pouvait différer sa décision à ce sujet et déterminer la forme de cette procédure compte tenu de l'évolution de l'affaire. Avant de prendre une telle décision, le tribunal arbitral devait normalement demander aux parties d'exprimer leur point de vue ou le cas échéant de se mettre d'accord sur cette question. Cet article ne précisait pas non plus, et, par conséquent, ne limitait pas le pouvoir qu'avait le tribunal arbitral de déterminer la durée de la procédure orale et le moment auquel cette procédure orale pouvait avoir lieu ou de décider si la procédure arbitrale devait se dérouler en partie sur pièces et en partie sur la base d'une procédure orale. On a fait observer que ces points de procédure étaient régis par l'article 19, notamment par son paragraphe 3.

204. La Commission est convenue qu'un accord des parties stipulant qu'une procédure orale doit être organisée a force obligatoire pour le tribunal arbitral.

205. Différents points de vue ont été exprimés en ce qui concerne la question de savoir si une convention des parties prévoyant de ne pas tenir de procédure orale avait également force obligatoire. Selon un point de vue, le droit à une procédure orale revêtait une telle importance sur le plan des principes que les parties n'étaient pas liées par une telle convention et que l'une d'entre elles pouvait toujours demander une procédure orale. Selon un autre point de vue, une telle convention avait force obligatoire pour les parties, mais pas pour le tribunal arbitral de sorte que ce dernier pouvait, à la demande d'une partie, ordonner une procédure orale. Toutefois, selon l'opinion qui a prévalu, une convention tendant à exclure le recours à une procédure orale avait force obligatoire pour les parties et le tribunal arbitral. On a néanmoins noté que l'on pourrait, dans des cas exceptionnels, lorsqu'il serait impérieux de tenir une

procédure orale, invoquer le paragraphe 3 de l'article 19, où il était stipulé que chaque partie devait avoir toute possibilité de faire valoir ses droits. Il était entendu que les parties, qui étaient préalablement convenues de ne pas tenir de procédure orale, étaient libres de modifier ultérieurement leur décision et donc d'autoriser une partie à demander une procédure orale.

206. La Commission est convenue qu'en l'absence de convention concernant la forme de la procédure, une partie avait droit à une procédure orale si elle le demandait. A cet égard, on a noté que la version française du paragraphe 2 prévoyait cette possibilité, alors que dans les versions correspondantes de ce paragraphe dans les autres langues, le tribunal arbitral restait libre de décider de tenir ou non une procédure orale, même si une partie le demandait.

207. La Commission est également convenue que, si la forme de la procédure ne faisait l'objet d'aucune convention et si aucune des deux parties n'avait demandé une procédure orale, le tribunal arbitral était libre de décider si la procédure se déroulerait sur pièces ou si elle devait comporter des phases orales.

208. La Commission a chargé le Comité de rédaction de donner suite à ses décisions.

209. Au cours de l'examen de la deuxième phase du paragraphe 1 de l'article 24, tel que présenté par le Comité de rédaction ("Cependant, à moins que les parties n'aient convenu qu'il n'y aura pas de procédure orale, le tribunal arbitral organise une telle procédure sur la demande d'une partie à un stade approprié de la procédure arbitrale."), la question a été soulevée de savoir si l'expression "à un stade approprié" se référait à la demande ou à la procédure. Après discussion, la Commission a décidé de modifier le libellé de la phrase comme suit : "Cependant, à moins que les parties n'aient convenu qu'il n'y aura pas de procédure orale, le tribunal arbitral organise une telle procédure orale à un stade approprié de la procédure, si une partie lui en fait la demande".

Paragraphe 3

210. La Commission est convenue qu'il fallait préciser dans le texte que par les mots "aux fins d'examen", on entendait notamment l'examen des marchandises, des autres biens ou des documents visés au paragraphe 2 de l'article 20. Sous réserve de cette modification, le paragraphe 3 a été adopté.

Paragraphe 4

211. La première phrase du paragraphe 4, qui stipule que toutes les pièces fournies au tribunal arbitral par une partie, quelle que soit leur nature, doivent être communiquées à l'autre partie, a rencontré l'agrément de la Commission. Toutefois, cette dernière est convenue que, dans la deuxième phrase de ce paragraphe, il fallait indiquer clairement que les pièces telles que les documents d'information préparés ou recueillis par le tribunal arbitral n'avaient pas à être communiqués aux parties. La Commission a invité le Comité de rédaction à étudier s'il faudrait à cette fin supprimer les mots "ou autre document".

* * *

Article 25.
Défaut d'une partie

212. Le texte de l'article 25 examiné par la Commission était le suivant :

"Sauf convention contraire des parties, si, sans invoquer d'empêchements légitimes,

"*a)* Le demandeur ne présente pas sa demande conformément à l'article 23 1), il est mis fin à la procédure arbitrale;

"*b)* Le défendeur ne présente pas ses défenses conformément à l'article 23 1), le tribunal arbitral poursuit la procédure arbitrale sans considérer ce défaut comme une acceptation des allégations du demandeur;

"*c)* L'une des parties omet de comparaître à l'audience ou de produire des documents, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure et statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose."

213. La Commission est convenue qu'il fallait que le texte de l'article 25 précise que, pour qu'une partie défaillante puisse se soustraire aux conséquences de l'article 25, elle devait invoquer devant le tribunal arbitral un empêchement légitime expliquant son défaut de diligence. On a estimé que le texte faisait déjà suffisamment ressortir que l'empêchement légitime expliquant le retard devait préexister à l'expiration du délai de procédure. Toutefois, s'agissant du moment où l'empêchement légitime devait être invoqué devant le tribunal arbitral, on a considéré que, bien que l'article fasse ressortir clairement que la question de l'existence d'un tel empêchement devait être réglée avant que le tribunal arbitral ne statue sur une conséquence du défaut, la définition d'un moment dans le texte était difficile et limitait inutilement le pouvoir du tribunal arbitral d'apprécier la cause du retard et de prolonger le délai alloué à la partie concernée pour communiquer ses conclusions ou produire des pièces.

214. On a estimé que le sens de l'alinéa *b* n'était pas que le tribunal arbitral n'avait aucun pouvoir pour apprécier l'empêchement d'un défendeur qui aurait négligé de présenter ses conclusions en défense dans le délai prescrit, ni qu'il lui était interdit de tirer des conclusions d'un tel manquement. La Commission est convenue que la bonne interprétation devait être énoncée clairement à l'alinéa *b*, par l'emploi d'une formule comme "sans considérer ce défaut en soi . . .".

215. Une proposition a été faite en vue de restreindre le pouvoir de décision du tribunal arbitral à l'alinéa *c*, en l'obligeant à poursuivre la procédure arbitrale si la partie non défaillante le demandait. La Commission a repoussé cette proposition au motif qu'une obligation de poursuivre la procédure pouvait être perçue comme une restriction apportée au pouvoir du tribunal arbitral

d'apprécier le caractère légitime de l'empêchement expliquant l'omission d'une partie de comparaître à l'audience ou de produire des pièces.

216. La Commission a adopté l'article 25, sous réserve des modifications à apporter au début de l'article et à l'alinéa *b*, dont elle a chargé le Comité de rédaction.

* * *

Article 26.
Expert nommé par le tribunal arbitral

217. Le texte de l'article 26 examiné par la Commission était le suivant :

"1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral

"*a)* Peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport sur les points précis qu'il déterminera;

"*b)* Peut demander à une partie de fournir à l'expert tous renseignements appropriés ou de lui soumettre ou de lui rendre accessibles, aux fins d'examen, toutes pièces ou toutes marchandises ou autres biens pertinents.

"2) Sauf convention contraire des parties, si une partie en fait la demande ou si le tribunal arbitral le juge nécessaire, l'expert après présentation de son rapport écrit ou oral participe à une audience à laquelle les parties peuvent l'interroger et faire venir en qualité de témoins des experts qui déposent sur les questions litigieuses."

218. On a proposé de modifier comme suit les premiers mots du paragraphe 1 : "Sauf si les parties en sont autrement convenues, avant la nomination d'un arbitre, . . .". Selon une opinion exprimée, cette proposition était à retenir, puisqu'il pouvait être très important pour une personne à laquelle on demandait de servir d'arbitre de savoir que le tribunal arbitral avait pouvoir d'ordonner une expertise. Il fallait que, dès le début, les règles à suivre par les arbitres soient clairement énoncées.

219. Toutefois, selon l'opinion la plus répandue, les parties devaient toujours avoir le droit de décider que le tribunal arbitral n'était pas habilité à nommer des experts. Bien que l'on puisse s'attendre que les parties aient confiance dans les arbitres qu'elles avaient nommés pour trancher leur différend, elles pouvaient ne pas avoir confiance dans l'arbitre ou les arbitres que le tribunal arbitral avait proposé de nommer. De plus, la nomination d'experts pouvait porter les frais d'arbitrage au-delà du montant que les parties étaient disposées à verser. Si le refus commun des parties d'autoriser le tribunal arbitral à nommer un expert présentait une telle importance pour les arbitres, ceux-ci étaient libres de se déporter. Si un pareil déport était l'issue probable, on pouvait estimer que les parties avaient soigneusement pesé leur décision et envisagé le risque que les sommes déjà dépensées pour l'arbitrage l'aient été en vain. Etant donné que l'article 26 représentait un compromis entre le système de *common law* où la nomination d'experts par l'instance judiciaire ou par le tribunal arbitral n'est pas répandue et le système de droit romain où elle est courante, il ne fallait pas porter atteinte à l'équilibre du compromis.

220. La suppression des mots "sauf convention contraire des parties" a été proposée. La proposition n'a pas été retenue.

221. La Commission a adopté l'article 26.

* * *

Article 27.
Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves

222. Le texte de l'article 27 qu'a examiné la Commission était le suivant :

"1) Dans une procédure arbitrale menée dans le présent Etat ou en vertu de la présente Loi, le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander à un tribunal compétent du présent Etat une assistance pour l'obtention de preuves. La demande précise :

"*a)* Les noms et adresses des parties et des arbitres;

"*b)* La nature générale de la réclamation et l'objet de la demande;

"*c)* Les preuves à obtenir, en particulier,

"i) Le nom et l'adresse de toute personne devant être entendue comme témoin ou comme expert en précisant l'objet du témoignage demandé;

"ii) Des renseignements complets sur tout document à produire ou tout bien à inspecter.

"2) Le tribunal peut, dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves, satisfaire à cette demande soit en recueillant lui-même les preuves, soit en ordonnant que les preuves soient fournies directement au tribunal arbitral."

Paragraphe 1

223. La Commission est convenue que, conformément à une décision générale prise antérieurement le champ d'application de cet article devrait être territorialement limité. Sous réserve de modifications rédactionnelles qui résulteraient d'une décision à prendre sur le texte précis concernant le champ d'application territorial de la loi type dans son ensemble, la Commission a décidé de supprimer les mots "en vertu de la présente Loi".

224. Ultérieurement, comme suite à la décision d'adopter le texte du paragraphe 1 *bis* de l'article premier (voir plus haut, par. 81), la Commission a aussi décidé de supprimer les mots "menée dans le présent Etat", car ils étaient superflus puisque, sous réserve des dispositions de ce paragraphe, toute la loi type ne s'appliquait qu'aux procédures arbitrales menées "dans le présent Etat".

225. La Commission a été également d'avis que la question d'une assistance internationale pour l'obtention des preuves dans une procédure arbitrale ne devrait pas être régie par la loi type. Elle a noté que la Conférence de La Haye sur le droit international privé étudiait la possibilité d'élaborer un protocole à la Convention de La Haye de 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger pour étendre son application à la procédure arbitrale et que la Conférence de La Haye prendrait connaissance avec intérêt de l'opinion des experts de l'arbitrage au sujet de l'opportunité d'un tel protocole.

226. La Commission n'a pas adopté une proposition visant à limiter le paragraphe 1 à une indication selon laquelle un tribunal compétent pourrait être prié d'aider à l'obtention de preuves sans qu'il soit mentionné si c'était le tribunal arbitral ou les parties qui pourraient présenter la demande au tribunal. Il a été noté que la disposition actuelle était un compromis entre les systèmes juridiques dans lesquels seul le tribunal arbitral peut demander assistance au tribunal et ceux dans lesquels une partie peut demander l'assistance du tribunal. Dans le texte actuel, le tribunal arbitral ou une partie peuvent demander cette assistance mais, dans ce dernier cas, uniquement si le tribunal arbitral l'approuve.

227. On a noté que le paragraphe 1 ne mentionnait que le tribunal auquel la demande doit être adressée, mais que la voie par laquelle la demande serait soumise au tribunal serait déterminée par des procédures nationales. Selon une observation, les Etats qui adopteraient la loi type pourraient vouloir charger des fonctions d'assistance pour l'obtention de preuves le tribunal ou une autre autorité visée à l'article 6, et que mention devrait en être faite dans un libellé approprié.

228. La Commission a décidé de supprimer la deuxième phrase du paragraphe 1, y compris les alinéas *a*, *b* et *c*, motif pris que ces textes contenaient des détails qui n'avaient pas à figurer dans la loi type.

229. La Commission n'a pas adopté une proposition visant à ajouter une nouvelle disposition aux termes de laquelle si une partie était en possession de preuves et qu'elle refuse d'exécuter un ordre de les produire, le tribunal arbitral devrait être expressément habilité à interpréter le refus au désavantage de cette partie. Il a été estimé sans que la Commission contredise cette manière de voir qu'une telle disposition était superflue du moment que le tribunal arbitral disposait déjà de cette possibilité, particulièrement aux termes de l'article 25 *c*.

Paragraphe 2

230. La Commission a décidé de mettre un point après les mots "satisfaire à cette demande" et de supprimer le reste de la phrase. Elle a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'indiquer la façon dont le tribunal devait satisfaire à la demande. De plus, il serait difficile, dans certains pays, d'imaginer que le tribunal peut ordonner que les preuves soient fournies directement au tribunal arbitral.

* * *

CHAPITRE VI. PRONONCÉ DE LA SENTENCE ET CLOTURE DE LA PROCÉDURE

Article 28. Règles applicables au fond du différend

231. Le texte de l'article 28, tel qu'examiné par la Commission, était le suivant :

"1) Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un Etat donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet Etat et non ses règles de conflit de lois;

"2) A défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

"3) Le tribunal arbitral statue *ex aequo et bono* ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé."

Paragraphes 1 et 2

232. Durant l'examen du paragraphe 1, la Commission s'est divisée sur la question de savoir si la loi type devrait reconnaître le droit qu'ont les parties de soumettre leur relation juridique à des "règles de droit". Selon un avis, la loi type devrait reconnaître ce droit des parties, car il ne serait pas bon, dans le cadre de l'arbitrage commercial international, de ne laisser les parties choisir que la législation d'un Etat donné. On a certes souligné le caractère nouveau et imprécis des mots "règles de droit", qui, jusqu'à ce jour, n'ont été adoptés que dans une convention internationale et deux législations nationales, mais on a déclaré à l'appui de cette expression qu'elle offrait la souplesse nécessaire pour permettre aux parties à des transactions commerciales internationales de soumettre leurs relations aux règles de droit qu'elles considéraient comme les mieux adaptées à leur cas particulier. Ainsi, les parties pourraient, par exemple, soumettre différentes parties de leurs relations aux dispositions de législations différentes, ou choisir la législation d'un Etat donné à l'exception de certaines dispositions, ou encore choisir les règles énoncées dans une convention ou dans un texte juridique similaire élaboré à l'échelon international, même s'il n'était pas encore en vigueur, ou du moins ne l'était pas dans un Etat ayant des liens avec les parties ou avec leurs transactions. On a remarqué que, pour ce qui est d'un intérêt éventuel de l'Etat dans lequel l'arbitrage avait lieu, le fait de reconnaître cette liberté n'était pas essentiellement différent du fait d'autoriser la désignation de la législation d'un Etat n'ayant aucun lien avec les parties ou avec leur relation. En outre, puisque le paragraphe 3 de l'article 28 permettait aux parties d'autoriser le tribunal arbitral à statuer *ex aequo et bono* (en tant qu'amiable compositeur), il n'y avait pas de raisons de refuser aux parties la liberté de convenir de règles de droit ayant un caractère

moins incertain que les règles applicables dans un arbitrage *ex aequo et bono.*

233. Selon un autre avis, le paragraphe 1 de l'article 28 devrait se contenter de stipuler qu'un différend est tranché conformément à la législation choisie par les parties. Cette solution était conforme à celle adoptée dans un grand nombre de textes internationaux sur l'arbitrage (par exemple, la Convention de Genève de 1961, le Règlement d'arbitrage commercial international et les principes de conciliation de la Commission économique des Nations Unies pour l'Asie et l'Extrême-Orient de 1966, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, le Règlement de la CCI de 1975). Cette approche traditionnelle était moins incertaine que la notion nouvelle et ambiguë de "règles de droit", qui pouvait poser des problèmes considérables dans la pratique. Il n'était pas bon qu'une loi type de caractère universel introduise une notion inconnue dans de nombreux Etats et sans doute inacceptable par eux. En outre, il a été noté que le droit de soumettre différentes parties de la relation aux dispositions de législations différentes (ce qu'on appelle le "dépeçage") était reconnu par la plupart des systèmes juridiques, même en application de l'approche traditionnelle; s'il fallait éclaircir ce point, le rapport devrait indiquer que la Commission s'est accordée à penser qu'un tel droit était inclus dans la liberté qu'ont les parties de déterminer la législation applicable au fond du différend.

234. Compte tenu de cette discussion, la Commission a décidé de modifier comme suit la première phrase du paragraphe 1 : "Le tribunal arbitral tranche le différend conformément à la législation choisie par les parties comme étant applicable au fond du différend." Il a été convenu que cette formulation permettrait aux parties de soumettre tel ou tel aspect de leur relation à telle ou telle section du système juridique d'Etats différents. Il a également été convenu d'indiquer dans le rapport que les Etats, lorsqu'ils adopteraient la loi type, seraient libres de donner au mot "législation" une interprétation plus large. Il était entendu que les parties pouvaient convenir dans leurs contrats d'appliquer des règles comme celles de conventions internationales n'étant pas encore entrées en vigueur.

235. Pour ce qui est de la deuxième phrase du paragraphe 1, il a été convenu que cette règle d'interprétation concernant la désignation par les parties de la législation d'un Etat donné était utile, en ce sens qu'elle précisait que, sauf indication contraire expresse, le différend devrait être tranché conformément aux règles de fond de cet Etat et non conformément aux règles de fond découlant des règles de conflit de lois de cet Etat.

236. Durant le débat qui a suivi sur le paragraphe 2, les avis ont divergé sur la question de savoir si le tribunal arbitral devrait être tenu de recourir aux règles de conflit de lois qu'il considérait comme applicables pour déterminer les règles juridiques de fond à appliquer, ou s'il pourrait déterminer directement la législation applicable qu'il considérait comme adaptée au cas particulier. Selon un avis, la loi type devrait orienter le tribunal arbitral en stipulant que la législation applicable était déterminée en application d'une décision sur les règles de conflit de lois applicables. Il a été noté que, bien qu'un tribunal, en vertu de la loi type et de la plupart des législations nationales, ne puisse réviser la décision du tribunal arbitral quant aux règles de conflit de lois et aux règles juridiques de fond applicables, la règle énoncée au paragraphe 2 avait un effet utile : le tribunal arbitral devait motiver son choix de la règle de conflit de lois. En outre, cette méthode était moins incertaine pour les parties que l'autre méthode, consistant à autoriser le tribunal arbitral à déterminer directement la législation applicable au fond du différend.

237. Selon un autre avis, il n'était pas approprié de limiter le pouvoir du tribunal arbitral de déterminer la législation applicable au fond du différend en exigeant de lui qu'il prenne d'abord une décision sur une éventuelle règle de conflit de lois. Dans la pratique, le tribunal arbitral ne commençait pas nécessairement par prendre une décision sur les règles de conflit de lois, mais déterminait souvent la législation applicable au fond par des moyens plus directs. Il a été avancé qu'il ne serait pas bon qu'une loi type sur l'arbitrage commercial international néglige les pratiques qui se sont développées en application du principe d'une large autonomie des parties, reconnu dans de nombreux systèmes juridiques. En outre, on pouvait douter si le fait d'exiger que soit d'abord appliquée une règle de conflit de lois permettrait de réduire les incertitudes par rapport à une détermination directe de la législation applicable, puisque, d'une part, les règles de conflit de lois différaient souvent d'un système juridique à l'autre et que, d'autre part, les raisons qui conduisaient le tribunal arbitral à choisir la législation applicable appropriée étaient souvent similaires aux facteurs de rattachement retenus dans les règles de conflit de lois. On a également fait remarquer que la liberté conférée au tribunal arbitral par le paragraphe 2 ne devrait pas être plus restreinte que celle accordée aux parties par le paragraphe 1.

238. Etant donné les divergences de vues sur les paragraphes 1 et 2, il a été proposé que l'article 28 soit supprimé, car il n'était pas nécessaire qu'une loi sur la procédure arbitrale traite de la législation applicable au fond du différend. En outre, comme la loi type ne prévoyait pas de contrôle de la sentence par les tribunaux au motif que l'article 28 n'aurait pas été appliqué correctement, celui-ci ne constituait guère plus qu'un principe directeur pour le tribunal arbitral. Cependant, le maintien de l'article 28 a rassemblé de nombreux suffrages au sein de la Commission. On a fait remarquer que la loi type serait incomplète sans une disposition sur les règles applicables au fond du différend, compte tenu notamment du fait que la loi type traitait de l'arbitrage commercial international et que l'absence de règles sur cette question serait source d'incertitudes.

239. Après un débat, la Commission a décidé de revenir sur sa décision précédente relative au paragraphe 1 et d'adopter le texte original des paragraphes 1 et 2.

Paragraphe 3

240. La Commission a adopté le texte du paragraphe 3.

Nouveau paragraphe à ajouter à l'article 28

241. La Commission a décidé d'inclure dans l'article 28 une disposition reprise du paragraphe 3 de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI : "Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction."

Liberté d'autoriser un tiers à déterminer la législation applicable

242. La Commission a rappelé une proposition faite lors de l'examen de l'alinéa *c* de l'article 2, aux termes de laquelle la liberté des parties d'autoriser un tiers à décider d'une certaine question ne s'étendrait pas à la détermination des règles de droit applicables au fond des différends (voir plus haut, par. 40). Il a été convenu de stipuler que l'alinéa *c* de l'article 2 ne s'appliquait pas à l'article 28.

* * *

Article 29.
Prise de décisions par plusieurs arbitres

243. Le texte de l'article 29, tel qu'examiné par la Commission, était le suivant :

"Dans une procédure arbitrale comportant plus d'un arbitre, toute décision du tribunal arbitral est, sauf convention contraire des parties, prise à la majorité de tous ses membres. Toutefois, les parties ou le tribunal arbitral peuvent autoriser l'arbitre-président à trancher les questions de procédure."

244. Il a été proposé que l'article 29 habilite un arbitre-président, si aucune majorité ne se dégageait, à décider comme s'il était arbitre unique. La Commission n'a pas adopté cette proposition car, dans certaines circonstances, elle reviendrait à réduire par trop l'influence des autres membres du tribunal arbitral dans la prise de décisions. Il a été noté que les parties préférant cette solution étaient libres de la retenir, puisque cette disposition n'était pas impérative.

245. La Commission a décidé de stipuler à la deuxième phrase de l'article 29 qu'une décision du tribunal arbitral d'autoriser un arbitre-président à trancher les questions de procédure devait être unanime. Sous réserve de cette modification, qui a été renvoyée au Comité de rédaction, la Commission a adopté l'article 29.

246. On a noté qu'implicitement la loi type autorisait les arbitres, sauf convention contraire, à prendre des décisions sans être nécessairement présents au même endroit.

* * *

Article 30.
Règlement par accord des parties

247. Le texte de l'article 30 examiné par la Commission était le suivant :

"1) Si, durant la procédure arbitrale, les parties s'entendent pour régler le différend, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale et, si les parties lui en font la demande et s'il n'y voit pas d'objection, constate le fait par une sentence arbitrale rendue par accord des parties.

"2) La sentence d'accord des parties est rendue conformément aux dispositions de l'article 31 et mentionne le fait qu'il s'agit d'une sentence. Une telle sentence a le même statut et le même effet que toute autre sentence prononcée sur le fond de l'affaire."

248. Il a été proposé de supprimer les mots "et s'il n'y voit pas d'objection" au paragraphe 1. On a fait valoir à l'appui de cette proposition que si les parties voulaient que leur règlement revête la forme d'une sentence et puisse ainsi être exécuté comme tel en application de la Convention de New York de 1958 ou d'autres règles applicables, le tribunal arbitral ne devrait pas pouvoir s'y opposer.

249. On a déclaré, en réponse à cet argument, qu'il fallait faire une distinction entre le droit des parties de mettre fin à la procédure arbitrale du fait du règlement de leur litige et leur droit de faire enregistrer ce règlement comme une sentence. On a souligné que les arbitres ne devaient pas être obligés de signer n'importe quel règlement auquel les parties étaient parvenues étant donné que les stipulations d'un tel règlement pouvaient, dans des cas exceptionnels, être contraires à la loi ou à l'ordre public et notamment aux notions élémentaires d'équité et de justice. En outre, les arbitres qui auraient des raisons suffisantes de penser qu'ils ne doivent pas enregistrer le règlement sous la forme d'une sentence pourraient démissionner. Après en avoir délibéré, la Commission n'a pas adopté cette proposition.

250. On a présenté une autre proposition selon laquelle il suffisait qu'une seule des parties demande à ce que le règlement soit enregistré comme une sentence. Après délibération, la Commission est convenue que la volonté des deux parties était nécessaire pour que le règlement soit enregistré comme tel, mais que la demande officielle pouvait n'être présentée que par une seule d'entre elles.

* * *

Article 31.
Forme et contenu de la sentence

251. Le texte de l'article 31 examiné par la Commission était le suivant :

"1) La sentence est rendue par écrit et signée par l'arbitre ou les arbitres. Dans la procédure arbitrale comprenant plusieurs arbitres, les signatures de la majorité des membres du tribunal arbitral suffisent, pourvu que soit mentionnée la raison de l'omission des autres.

"2) La sentence est motivée, sauf si les parties sont convenues que tel ne doit pas être le cas ou s'il s'agit d'une sentence rendue par accord des parties conformément à l'article 30.

"3) La sentence mentionne la date à laquelle elle est rendue ainsi que le lieu de l'arbitrage déterminé conformément à l'article 20 1). La sentence est réputée avoir été rendue audit lieu.

"4) Après le prononcé de la sentence, une copie signée par les arbitres conformément au paragraphe 1 du présent article en est remise à chacune des parties."

Paragraphes 1 et 2

252. Les paragraphes 1 et 2 ont été adoptés.

Paragraphe 3

253. Divers points de vue ont été exprimés au sujet d'une proposition tendant à modifier la deuxième phrase du paragraphe 3 comme suit : "La sentence est réputée avoir été rendue audit lieu et à ladite date." Selon un point de vue, cet amendement était souhaitable parce qu'il harmoniserait la deuxième phrase avec la première. En outre, la date de la sentence risquait d'être importante dans un certain nombre de contextes différents. Comme une sentence pouvait être envoyée aux différents arbitres par la poste pour qu'ils la signent, il pouvait être difficile d'en connaître la date. La seule date certaine était celle indiquée dans la sentence, même s'il s'agissait de la date à laquelle cette dernière était réputée avoir été rendue.

254. Selon un autre point de vue, il existait une différence fondamentale entre le fait de considérer que le lieu mentionné dans la sentence était le lieu de cette sentence et le fait de considérer que la date mentionnée dans la sentence était la date de la sentence. Dans le premier cas, il s'agissait d'une présomption irréfragable qui permettait d'établir l'existence d'un lien territorial entre la sentence et le lieu de l'arbitrage. Dans le deuxième cas, il ne s'agissait que d'une présomption simple car certaines raisons pouvaient amener les arbitres ainsi que les parties à indiquer une date antérieure ou postérieure à la date à laquelle la sentence avait été effectivement rendue.

255. Après délibération, la Commission n'a pas adopté cette proposition.

Date à laquelle une sentence acquiert force obligatoire

256. On a fait observer que, d'après l'alinéa 36 1) *a* v de la loi type et l'alinéa V 1) *e* de la Convention de New York de 1958, la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence peut être refusée si cette sentence n'a pas encore acquis force obligatoire à l'égard des parties et que le paragraphe 1 de l'article 35, en traitant du caractère obligatoire d'une sentence, ne précise pas le moment où une sentence acquiert force obligatoire. A la lumière de cette observation, il a été proposé que la loi type définisse ce moment. La Commission a examiné les trois variantes suivantes d'une règle possible : une sentence arbitrale acquiert force obligatoire pour les parties *a)* à compter de la date à laquelle elle a été rendue, *b)* à compter de la date à laquelle elle est remise aux parties, ou *c)* à compter de la date à laquelle le délai prévu pour faire une demande d'annulation de la sentence vient à expiration.

257. L'idée qu'il serait utile d'avoir une telle disposition a été généralement approuvée, bien que certains participants aient émis des doutes sur sa nécessité. A cet égard, il a été souligné qu'en application du paragraphe 3 de l'article 34, la procédure d'annulation précise déjà que c'est à partir de la date à laquelle la partie présentant la demande d'annulation a reçu communication de la sentence que court le délai de trois mois après lequel une demande d'annulation ne peut être présentée. Les participants n'étaient guère d'accord sur la date à laquelle la sentence devrait acquérir force obligatoire. La discussion précédente avait montré les difficultés de s'en remettre, soit à la date portée sur la sentence, soit à la date de la sentence. En ce qui concerne la date à laquelle l'une ou l'autre des parties, ou les deux, ont été avisées de la sentence, on a décrit les difficultés pratiques qu'il y avait à établir cette date dans les diverses situations concrètes se présentant en matière d'arbitrage. En outre, il était difficile de concevoir une sentence acquérant force obligatoire à l'égard des parties à des dates différentes, pour la simple raison que les parties en étaient avisées à des dates différentes.

258. Après délibération, la Commission n'a pas adopté la proposition.

Chose jugée

259. On a proposé d'inclure à l'article 31 une disposition précisant que la sentence rendue sous la forme prévue à l'article 31 avait force de chose jugée. Tout en souscrivant au principe général selon lequel les sentences ont force obligatoire pour les parties, la Commission n'a pas adopté cette proposition, car elle a considéré que l'expression "chose jugée" était complexe et pouvait avoir des applications différentes selon les systèmes juridiques.

* * *

Article 32.
Clôture de la procédure

260. Le texte de l'article 32 examiné par la Commission était le suivant :

"1) La procédure arbitrale est close par le prononcé de la sentence définitive ou par un accord des parties ou par une ordonnance de clôture rendue par le tribunal arbitral conformément au paragraphe 2 du présent article.

"2) Le tribunal arbitral

"*a)* Ordonne la clôture de la procédure arbitrale lorsque le demandeur retire sa demande, à moins que le défendeur y fasse objection et que le tribunal arbitral reconnaisse qu'il a légitimement intérêt à ce que le différend soit définitivement réglé;

"*b)* Peut ordonner la clôture de la procédure arbitrale lorsque, pour toute autre raison, la poursuite de la procédure devient superflue ou inappropriée.

"3) Le mandat du tribunal arbitral prend fin avec la clôture de la procédure arbitrale, sous réserve des dispositions de l'article 33 et du paragraphe 4 de l'article 34."

261. La Commission a décidé de déplacer la référence à l'accord des parties du paragraphe 1 au paragraphe 2 pour indiquer clairement qu'un tel accord était l'un des motifs sur lesquels pouvait se fonder un tribunal arbitral pour ordonner la clôture de la procédure arbitrale.

262. On a exprimé la crainte que l'alinéa 2 *a* ne joue de façon injuste contre un demandeur en ce sens que celui-ci pourrait être contraint de continuer à participer à la procédure arbitrale, même s'il avait de bonnes raisons de retirer sa demande. Il a été dit en réponse que la disposition était équilibrée en ce qu'elle permettait au tribunal arbitral de faire face à une telle préoccupation dans un cas particulier et, dans des circonstances appropriées, de faire face à la crainte éventuelle d'un défendeur que le demandeur retire sa demande à un stade tardif de la procédure et contraigne par là le défendeur à participer à une autre procédure.

263. La Commission est convenue que l'alinéa 2 *b* devrait indiquer plus clairement que le tribunal arbitral devait déterminer si la poursuite de la procédure était superflue ou inappropriée, mais que s'il la jugeait telle, il devait ordonner la clôture. La Commission a également convenu que le mot "inappropriée", à l'alinéa 2 *b*, risquait d'être interprété comme donnant trop de latitude au tribunal arbitral et qu'il devrait être remplacé par un mot au sens plus précis, tel que "impossible".

264. La Commission a adopté l'article 32, sous réserve des modifications ci-dessus, qui ont été transmises au Comité de rédaction.

* * *

Article 33.
Rectification et interprétation de la sentence et sentence additionnelle

265. Le texte de l'article 33 examiné par la Commission était le suivant :

"1) Dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, à moins que les parties ne soient convenues d'un autre délai, une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral :

"*a)* De rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature;

"*b)* De donner une interprétation d'un point ou passage précis de la sentence.

"Le tribunal arbitral fait la rectification ou donne l'interprétation dans les trente jours qui suivent la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence.

"2) Le tribunal arbitral peut, de son propre chef, rectifier toute erreur du type visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du présent article dans les trente jours qui suivent la date de la sentence.

"3) Sauf convention contraire des parties, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral, dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, de rendre une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure arbitrale mais omis dans la sentence. Le tribunal arbitral complète sa sentence dans les soixante jours, s'il juge la demande justifiée.

"4) Le tribunal arbitral peut prolonger, si besoin est, le délai dont il dispose pour rectifier, interpréter ou compléter la sentence en vertu du paragraphe 1 ou 3 du présent article.

"5) Les dispositions de l'article 31 s'appliquent à la rectification ou l'interprétation de la sentence ou à la sentence additionnelle."

266. Des avis divergents ont été émis en ce qui concerne la proposition visant à supprimer l'alinéa 1 *b*. Selon une opinion, la disposition donnant à l'une ou l'autre des parties le droit de demander au tribunal arbitral de donner une interprétation d'un point ou passage précis de la sentence pourrait permettre aux parties d'entamer une nouvelle procédure en prétextant une demande d'interprétation, ou être utilisée par la partie succombante comme un moyen de harceler le tribunal arbitral. Pendant la période durant laquelle une demande d'interprétation pouvait être formulée, et en attendant que cette interprétation ait été fournie par le tribunal arbitral, le caractère définitif de la sentence était mis en doute et certaines questions se posaient quant à l'interdépendance avec la procédure d'annulation engagée par la partie succombante ou avec la procédure d'exécution engagée par la partie ayant obtenu gain de cause.

267. Selon une autre opinion, on se montrerait trop rigide en interdisant toute procédure d'interprétation de la sentence par le tribunal arbitral. La sentence pouvait avoir été rédigée dans une langue autre que la langue maternelle du rédacteur, ce qui accroît le risque d'ambiguïté. Si la sentence était trop ambiguë, elle pourrait se révéler difficile à exécuter.

268. Plusieurs propositions de modification de cette disposition ont été avancées. On a suggéré que puisque le mot "interprétation" pouvait impliquer un droit trop étendu de réexamen du différend, le mot "interprétation" pourrait être remplacé par "clarification". On a en outre proposé de n'autoriser qu'une interprétation des attendus de la sentence mais non de son dispositif. Enfin, selon une autre suggestion, l'interprétation de la sentence par le tribunal arbitral ne serait autorisée que si les deux parties la demandaient.

269. Après délibération, la Commission a décidé qu'une demande d'interprétation ne pourrait être formulée que si les parties en étaient convenues.

270. La Commission a adopté la proposition visant à ce que les mots "s'il juge la demande justifiée", qui figurent au paragraphe 3, soient aussi ajoutés au paragraphe 1.

271. La Commission était d'avis qu'il suffisait, en ce qui concerne les détails relatifs à la procédure d'interprétation, de stipuler que l'autre partie devait être notifiée de la demande. On a noté que le paragraphe 3 de l'article 19, en particulier s'il était transformé en article distinct, permettrait de garantir la régularité de la procédure et le traitement équitable des parties.

* * *

CHAPITRE VII. RECOURS CONTRE LA SENTENCE

Article 34. La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale

272. Le texte de l'article 34 examiné par la Commission était le suivant :

"1) Le recours formé devant un tribunal contre une sentence arbitrale rendue [sur le territoire du présent Etat] [en vertu de la présente loi] ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article.

"2) La sentence arbitrale ne peut être annulée par le Tribunal visé à l'article 6 que si

"*a)* La partie en faisant la demande apporte la preuve :

"i) Que les parties à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 étaient, en vertu de la loi qui leur est applicable, frappée d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du présent Etat; ou

"ii) Qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination de l'arbitre ou des arbitres, ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou

"iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée; ou

"iv) Que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente loi, ou

"*b)* Le tribunal constate :

i) Que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent Etat; ou

ii) Que la sentence ou toute décision y figurant est contraire à l'ordre public du présent Etat.

"3) Une demande d'annulation ne peut être présentée après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la partie présentant cette demande a reçu communication de la sentence ou, si une demande a été faite en vertu de l'article 33, à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral a pris une décision sur cette demande.

"4) Lorsqu'il est prié d'annuler une sentence, le Tribunal peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, suspendre la procédure d'annulation pendant une période dont il fixe la durée afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute autre mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation."

273. La Commission est convenue que la loi type devrait réglementer l'annulation des sentences arbitrales et a décidé de retenir des dispositions allant dans le sens de l'article 34.

Paragraphe 1

274. La Commission a adopté le principe dont s'inspirait le paragraphe 1, à savoir de ne prévoir qu'un recours unique contre une sentence arbitrale. Il a été entendu que la demande d'annulation était exclusive en ce sens qu'elle constituait le seul moyen d'attaquer la sentence par voie d'action. Une partie conservait le droit de se défendre en demandant le refus de la reconnaissance ou de l'exécution lors de procédures engagées par l'autre partie.

275. Selon une observation, les mots "Le recours formé devant un tribunal" avaient un sens trop vague qui pourrait être précisé si on les complétait par une expression telle que "compétent en matière d'arbitrage".

276. En ce qui concerne les membres de phrase placés entre crochets "[sur le territoire du présent Etat] [en vertu de la présente loi]", il a été noté qu'ils touchaient la question du champ d'application territorial examinée par la Commission à un stade antérieur (voir plus haut, par. 72 à 81). Conformément à l'opinion qui a nettement prévalu, la Commission est convenue que le

Tribunal de l'Etat donné appliquant la loi type avait compétence pour annuler les sentences rendues sur le territoire dudit Etat. Il a été convenu de déterminer ultérieurement, lors de l'examen du libellé définitif d'une disposition générale sur le champ d'application territorial de la loi type, si la restriction territoriale devait être exprimée dans l'article 34 ou si la disposition générale suffisait. Par la suite, en raison de l'adoption de l'article 1-1 *bis* contenant une disposition générale sur le champ d'application territorial de la loi type (voir plus haut, par. 81), la Commission a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'exprimer de restriction territoriale dans l'article 34. On a noté que l'adoption du critère dit strictement territorial n'empêchait pas les parties de choisir la loi de procédure d'un Etat autre que celui où a été mené l'arbitrage, sous réserve que les dispositions retenues ne soient pas contraires aux dispositions impératives de la loi (type) en vigueur au lieu de l'arbitrage.

Paragraphe 2

Préoccupations relatives à la liste restrictive des motifs

277. Des préoccupations ont été exprimées devant le fait que la liste des motifs pour lesquels une sentence pouvait être annulée en vertu du paragraphe 2 était peut-être trop restrictive pour pouvoir couvrir tous les cas d'injustice de procédure justifiant l'annulation. Pour expliciter ce point, on s'est demandé si les cas ci-après relèveraient de l'un quelconque des motifs énoncés au paragraphe 2 de l'article 34, et plus précisément aux sous-alinéas *a* ii et iv, lus en relation avec l'article 19, paragraphe 3, ou au sous-alinéa *b* ii : 1. Sentence fondée sur un faux témoignage établi ou reconnu comme tel; 2. Sentence obtenue par corruption de l'arbitre ou des témoins de la partie perdante; 3. Sentence reposant sur une erreur, reconnue par l'arbitre, n'entrant pas dans les catégories prévues à l'article 33, paragraphe 1, alinéa *a*; 4. Découverte d'une preuve nouvelle qu'une diligence raisonnable n'aurait pas permis de découvrir pendant la procédure arbitrale et établissant que, sans erreur imputable à l'arbitre, la sentence est fondamentalement fausse. Il a été suggéré que, sauf si la Commission convenait que de tels graves cas d'injustice de procédure étaient couverts par le paragraphe 2, et si cela était expressément mentionné dans le rapport de la session et dans tout commentaire sur le texte définitif, la disposition devrait être modifiée et recevoir un libellé de nature à couvrir les cas en question.

278. Selon une autre suggestion, il conviendrait d'ôter à la liste des motifs son caractère exhaustif pour pouvoir ultérieurement y inclure des cas méritant d'être considérés que la Commission risquait de ne pas avoir prévus.

279. La Commission a reporté son examen des préoccupations et suggestions susmentionnées en attendant d'avoir examiné les motifs énoncés au paragraphe 2. Ainsi que l'ont montré cet examen ultérieur (voir plus loin, par. 297 à 301) et les délibérations du Comité de rédaction, les avis divergeaient sur le fait de savoir si le texte existant suffisait à apaiser les craintes susmentionnées et s'il fallait le compléter. Selon un avis, par exemple, une partie seulement et non la totalité des cas susmentionnés constituaient des motifs d'annulation de la sentence.

Sous-alinéa a *i*

280. En ce qui concerne le premier motif énoncé dans ce sous-alinéa, il a été indiqué que son libellé, repris de l'article V 1) *a* de la Convention de New York de 1958, n'était pas satisfaisant et ce, pour deux raisons. Premièrement, la référence aux "parties" n'était pas appropriée car il suffisait que l'une des parties n'ait pas la capacité de conclure une convention d'arbitrage. Deuxièmement, les termes "en vertu de la loi qui leur est applicable" n'étaient pas adéquats car ils semblaient contenir une règle de conflit de lois qui était en réalité soit incomplète soit trompeuse en ce qu'elle pouvait être interprétée comme visant la loi de la nationalité, du domicile ou de la résidence des parties. En conséquence, il a été proposé de modifier le libellé du premier motif dans le sens ci-après : "qu'une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 n'avait pas la capacité de conclure une telle convention".

281. En réponse à cette proposition, on a déclaré qu'il était inutile et même dangereux de s'écarter du libellé figurant dans la Convention de New York de 1958 et d'autres textes internationaux sur l'arbitrage, comme la Convention de Genève de 1961. Cela était inutile car le libellé d'origine ne semblait pas avoir été la cause de grandes difficultés ou disparités et n'avait certainement pas conduit, en général, à une interprétation différente de celle visée par la clarification proposée. S'écarter du libellé d'origine était en outre dangereux car on risquait d'aboutir à des interprétations divergentes, fondées sur des libellés différents, dans un domaine à traiter d'une manière uniforme.

282. La Commission, après délibération, a décidé d'adopter la proposition. Il a été noté que, dans le contexte de l'article 34, la nécessité d'une harmonisation avec la Convention de New York de 1958 était moins pressante que dans celui de l'article 36.

283. En ce qui concerne le deuxième motif énoncé dans le sous-alinéa *a* i, il a été proposé de remplacer le membre de phrase "ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet effet, en vertu de la loi du présent Etat" par le membre de phrase "ou qu'il n'existe pas de convention d'arbitrage valable". On a fait remarquer que la règle de conflit de lois contenue dans le premier libellé, repris de la Convention de New York de 1958, n'était pas appropriée car elle désignait comme applicable, faute de choix d'une loi par les parties, la loi du lieu de l'arbitrage; or le lieu de l'arbitrage n'était pas nécessairement lié à l'objet du différend. Il n'était pas justifié de laisser la loi de cet Etat trancher la question globalement, ce qui aurait pour effet une annulation en vertu de l'article 36, paragraphe 1, sous-alinéa *a* v de la loi type ou de l'article V 1) *e* de la Convention de New York de 1958; on a également dit qu'un tel résultat irait à l'encontre d'une tendance moderne à trancher la question conformément à la loi du contrat principal.

284. On a déclaré, en réponse à ces observations, qu'il valait mieux conserver le texte actuel, pas simplement parce qu'il s'agissait du libellé de la Convention de New York de 1958 mais aussi parce que la disposition était en fait raisonnable. On a fait remarquer que la règle reconnaissait l'autonomie des parties, ce qui était important car certains systèmes juridiques appliquaient la loi du for. De plus, retenir le lieu de l'arbitrage comme critère secondaire était avantageux car cela atténuait l'incertitude dans laquelle pouvaient être les parties, ce qui n'était pas le cas de la formule proposée. Des doutes ont également été émis quant à l'existence d'une tendance à déterminer la question de la validité de la convention d'arbitrage d'après la loi du contrat principal.

285. Après délibération, la Commission n'a pas retenu cette proposition. En conséquence, le sous-alinéa *a* i a été adopté sous sa forme initiale, étant entendu que le libellé du premier motif serait modifié de manière à se lire approximativement comme suit : "une partie à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 n'avait pas capacité pour conclure une telle convention".

Sous-alinéa a *ii*

286. La Commission a décidé de remplacer au sous-alinéa *a* ii les mots "nomination de l'arbitre ou des arbitres" par les mots "nomination d'un arbitre". Il était entendu que dans une procédure arbitrale comptant plus d'un arbitre, le défaut de notification de la nomination de l'un quelconque d'entre eux constituait un motif d'annulation de la sentence.

287. S'agissant du motif selon lequel une partie était dans l'impossibilité "pour une autre raison de faire valoir ses droits", on a suggéré d'en aligner le libellé sur celui de l'article 19 3). La Commission a accepté cette proposition, mais a décidé d'attendre d'avoir pris une décision au sujet de l'article 19 3) pour y donner suite. A cet égard, on a émis l'opinion que le fait d'aligner le texte de ce sous-alinéa sur celui du paragraphe 3 de l'article 19, ainsi que d'y incorporer le deuxième principe énoncé dans ce paragraphe, pourrait contribuer dans une large mesure à répondre au souci exprimé plus haut en ce qui concerne le caractère restrictif de la liste de motifs énoncés au paragraphe 2 (voir plus haut, par. 277). (Voir par ailleurs le paragraphe 302, plus loin.)

Sous-alinéa a *iii*

288. Lors de l'examen de ce sous-alinéa, il a été proposé de préciser soit dans l'article 34, soit dans l'article 16 qu'une partie qui n'a pas soulevé une exception d'incompétence du tribunal arbitral en application de l'article 16 2) ne pourrait pas soulever une telle exception dans le cadre d'une procédure d'annulation. On a fait observer que cette question de l'exclusion ou de la renonciation se posait dans les mêmes termes pour d'autres motifs énoncés à l'article 34 2) *a* et en particulier dans le sous-alinéa *a* i. On a noté que le fait de ne pas soulever une telle exception ne pouvait pas valoir renonciation dans toutes les situations et en particulier lorsque l'exception soulevée en application du sous-alinéa 2 *b* reposait sur le fait que l'objet du différend n'était pas susceptible d'être réglé par arbitrage ou que la sentence était contraire à l'ordre public.

289. La Commission a décidé de ne pas ouvrir un débat approfondi pour essayer d'élaborer une disposition couvrant en détail toutes les possibilités. Il a été décidé de ne pas modifier le texte et de laisser par conséquent aux Etats qui adopteront la loi type le soin de trancher la question de l'interprétation et, le cas échéant, celle de la réglementation.

Sous-alinéa a *iv*

290. En ce qui concerne les critères énoncés dans ce sous-alinéa, il a été entendu que la priorité serait accordée à la convention des parties. Toutefois, lorsque cette convention était contraire à une disposition impérative de "la présente loi", ou lorsque le point de procédure en cause ne faisait pas l'objet d'une convention entre les parties, les dispositions de la présente loi, qu'elles soient impératives ou non, constituaient les critères sur la base desquels la composition du tribunal arbitral et la procédure arbitrale devaient être évaluées. La Commission a prié le comité de rédaction d'examiner si ce point de vue ressortait clairement du libellé actuel de ce sous-alinéa.

Sous-alinéa b *i*

291. Des points de vue divergents ont été exprimés en ce qui concerne le caractère approprié de cette disposition. Selon un point de vue, elle devait être supprimée, car elle affirmait que la loi de l'Etat dans lequel la sentence était rendue était applicable à la question de l'arbitrabilité. Cette solution était inopportune étant donné que le lieu de l'arbitrage pouvait n'avoir aucun rapport avec la transaction des parties ou l'objet de leur litige. Cette solution n'était pas acceptable dans le contexte de l'article 34, car une décision d'annuler la sentence était applicable *erga omnes*.

292. Selon un autre point de vue, cette disposition devait être conservée sans la règle de conflit de loi qu'elle comportait, ni aucune autre de cet ordre. On a fait valoir comme argument que cette règle n'était peut-être pas appropriée, mais que la non-arbitrabilité devait être maintenue comme motif d'annulation. On a fait observer que, si le sous-alinéa *b* i était entièrement supprimé, l'arbitrabilité serait considérée dans certains systèmes juridiques comme une question touchant la validité de la convention d'arbitrage (en application du sous-alinéa *a* i) et dans d'autres comme une question intéressant l'ordre public du "présent Etat" (en application du sous-alinéa *b* ii).

293. Selon encore un autre point de vue, cette disposition devait être conservée sous sa forme actuelle, car le fait de la supprimer entièrement ou de l'amputer de la règle de conflit de lois serait contraire aux exigences de la prévisibilité et de la certitude qu'impose une question aussi importante. On a fait observer que les parties pourraient en fait atteindre cet objectif en choisissant le lieu de l'arbitrage et donc la législation applicable.

294. Après délibération, la Commission a adopté ce dernier point de vue et a conservé cette disposition sous sa forme actuelle.

Sous-alinéa b *ii*

295. Il a été proposé que cette disposition soit supprimée car on a estimé que la notion d'"ordre public" était trop vague et que, si elle se justifiait dans le contexte de l'article 36, elle ne constituait pas un motif légitime d'annulation.

296. Lors de l'examen de l'expression "ordre public", on s'est accordé à reconnaître que celle-ci ne désignait pas la position politique ou la politique internationale d'un Etat, mais qu'elle recouvrait les notions et les principes fondamentaux de la justice. On a fait observer toutefois que, dans certaines juridictions de *common law*, cette expression pouvait être interprétée comme ne recouvrant pas le principe du respect de la procédure, alors que, dans des systèmes juridiques de tradition romaine qui ont emprunté le concept français d'ordre public, on considérait qu'elle l'englobait. On a fait observer que cette divergence d'interprétation pouvait avoir motivé dans une certaine mesure la préoccupation exprimée plus haut, à savoir que la liste des motifs énoncés au paragraphe 2 n'englobait pas tous les cas graves d'injustice dans la procédure (voir plus haut, par. 277).

297. Après délibération, la Commission a estimé que cette disposition devrait être maintenue sous réserve de la suppression du membre de phrase "ou toute décision y figurant", qui était superflu. Il a été entendu que le terme "ordre public" qui figurait dans la Convention de New York de 1958 et dans nombre d'autres accords couvrait les principes fondamentaux du droit et de la justice, qu'il s'agisse des questions de fond ou de procédure. Ainsi, la corruption, la fraude et d'autres fautes graves constituaient un motif d'annulation de la sentence. A cet égard, il a été noté que le membre de phrase "la sentence est contraire à l'ordre public du présent Etat" ne devait pas être interprété comme excluant des cas ou des faits en rapport avec la façon dont une sentence était obtenue.

Propositions en vue d'élargir la portée du paragraphe 2

298. Après avoir examiné les motifs énoncés au paragraphe 2, la Commission a poursuivi l'examen des questions et des suggestions portant sur la liste restrictive des motifs (voir ci-dessus, par. 277 et 278). Il a été convenu que la liste des motifs d'annulation devait conserver un caractère exclusif de manière à éviter toute incertitude.

299. Des avis divergents ont été exprimés sur la nécessité d'ajouter des motifs d'annulation. Selon un avis, il fallait ajouter un membre de phrase au sous-alinéa 2 *a* ii pour couvrir toute violation grave des principes fondamentaux de la procédure. Selon un autre avis, il fallait prévoir une disposition séparée stipulant un délai sensiblement plus long que celui fixé au paragraphe 3 de l'article 34 pour des cas graves comme la fraude ou la falsification de preuves qui avaient eu une incidence concrète sur la sentence.

300. Selon un autre avis encore, aucune addition n'était nécessaire étant donné l'accord auquel était parvenue la Commission à propos du motif énoncé au sous-alinéa *b* ii. En réponse à la suggestion visant à prolonger sensiblement le délai permettant de demander l'annulation d'une sentence au motif d'une fraude ou de la falsification de preuves ou en cas de faits nouveaux, il a été jugé qu'une prolongation de ce genre contrevenait à la nécessité de régler rapidement et définitivement les différends dans les relations commerciales internationales.

301. Après délibération, la Commission a décidé d'incorporer au sous-alinéa *a* ii le texte du paragraphe 3 de l'article 19.

302. Pour ce qui est de la décision ultérieure de déplacer la disposition du paragraphe 3 de l'article 19 au début du chapitre V de la loi type et d'en faire un nouvel article 18 *bis* (voir plus haut, par. 176), la Commission est revenue sur sa décision d'incorporer au sous-alinéa *a* ii le texte de l'article 19 3) et à réintégrer du sous-alinéa *a* ii tel qu'élaboré par le Groupe de travail. Cela, parce qu'il a été jugé plus important d'aligner les articles 34 et 36 que les articles 34 et 18 *bis* et que, d'après la Commission, il était entendu que, malgré la différence qui apparaissait entre le libellé de l'article 18 *bis* et celui du sous-alinéa 2 *a* ii de l'article 34, toute violation de l'article 18 *bis* constituerait un motif d'annulation de la sentence en application du sous-alinéa 2 *a* ii, du sous-alinéa 2 *a* iv ou de l'alinéa 2 *b* et que les craintes qui avaient motivé la proposition de modification du sous-alinéa 2 *a* ii étaient désormais apaisées.

303. Il a été entendu qu'une sentence pouvait être annulée pour l'un quelconque des motifs dont la liste figurait au paragraphe 2, indépendamment du fait qu'un tel motif ait eu ou non une incidence concrète sur la sentence.

Paragraphe 3

304. La Commission n'a pas adopté une proposition visant à ce que le délai fixé au paragraphe 3 soit applicable sauf convention contraire des parties. La Commission a adopté le paragraphe 3 dans son libellé actuel.

Paragraphe 4

305. Des vues divergentes ont été exprimées quant à l'utilité de cette disposition. Selon un avis, ce paragraphe devait être supprimé parce qu'il traitait d'une procédure d'un intérêt pratique limité, connue seulement dans certains systèmes juridiques. En outre, cette disposition était obscure, en particulier quant au rapport entre le tribunal et le tribunal arbitral et quant à la portée des fonctions du tribunal arbitral en cas de renvoi. A cet égard, il a été proposé que, si elle était maintenue, cette disposition soit limitée aux vices

auxquels on pourrait remédier sans rouvrir la procédure, ou que des directives soient élaborées pour préciser les mesures attendues du tribunal arbitral.

306. Toutefois, l'avis qui a prévalu a été de maintenir cette disposition. Le simple fait que la procédure de renvoi de la sentence au tribunal arbitral n'était pas connu dans tous les systèmes juridiques ne constituait pas une raison suffisante pour l'exclure du domaine de l'arbitrage commercial international, où elle devrait s'avérer utile et profitable. On a fait observer en sa faveur que cette procédure, quand le tribunal le jugeait utile, permettrait au tribunal arbitral de remédier à certains vices qui, sinon, entraînaient nécessairement l'annulation de la sentence. En outre, le libellé général du paragraphe 4 était avantageux parce qu'il donnait au tribunal et au tribunal arbitral suffisamment de marge de manœuvre pour faire face aux cas particuliers.

307. La Commission n'a pas adopté une proposition visant à supprimer la condition selon laquelle la procédure de renvoi prévue dans ce paragraphe devait être demandée par une partie. Après avoir délibéré, la Commission a adopté ce paragraphe sous sa forme actuelle.

* * *

CHAPITRE VIII. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES SENTENCES

308. Des avis différents ont été exprimés sur le point de savoir si la loi type devait inclure des dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences tant nationales qu'étrangères. Selon une opinion, le projet de chapitre sur la reconnaissance et l'exécution devrait être supprimé. Il n'était pas opportun de maintenir dans la loi type des dispositions applicables aux sentences étrangères, eu égard à l'existence d'accords multilatéraux auxquels un grand nombre d'Etats étaient parties, comme la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, en 1958. Il a été souligné que les Etats qui n'avaient pas ratifié cette convention ou n'y avaient pas accédé devaient être invités à le faire, mais qu'il était improbable qu'un Etat qui refusait d'adhérer à cette convention adopte les règles presque identiques prévues aux articles 35 et 36. On a fait valoir que les dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences étrangères étaient inutiles aux Etats qui avaient adhéré à la Convention de New York de 1958. De plus, de telles dispositions dans la loi type étaient propres à jeter un doute sur l'effet de la réserve de réciprocité formulée par de nombreux Etats membres et à créer d'autres difficultés pour l'application de cette convention. Du reste, le maintien dans la loi type de dispositions relatives à l'exécution des sentences nationales posait des problèmes d'harmonisation avec les dispositions de l'article 34 relatives à l'annulation et, au moins pour certains Etats, ces dispositions étaient superflues eu égard à la législation en vigueur qui considérait les sentences nationales comme exécutoires de plein droit à l'égal des décisions rendues par les juridictions internes.

309. Toutefois, l'avis qui a prévalu a été de maintenir les dispositions applicables aux sentences tant nationales qu'étrangères. Il a été souligné que l'existence et l'application généralement satisfaisante de la Convention de New York de 1958, à laquelle de nombreux Etats étaient parties n'imposaient pas impérativement de supprimer le projet de chapitre sur la reconnaissance et l'exécution. Un grand nombre d'Etats, en fait la majorité des Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies, n'avaient pas ratifié cette Convention ou n'y avaient pas adhéré. Certains de ces Etats pouvaient, pour des raisons constitutionnelles ou autres, juger plus commode d'adopter les dispositions sur la reconnaissance et l'exécution dans le cadre de la loi type plutôt que de ratifier la Convention ou d'y accéder. Une loi type sur l'arbitrage était incomplète si elle ne comportait aucune disposition sur une question aussi importante que celle de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales. S'agissant des Etats parties à la Convention, le projet de chapitre était propre à leur donner un concours supplémentaire en créant un régime applicable aux sentences non couvertes par la Convention, sans porter atteinte à l'application de cette dernière. Il a été souligné à cet égard que la loi type, comme le stipulait le paragraphe 1 de l'article premier, ne portait pas atteinte à un tel accord, que tout Etat adoptant la loi type pouvait envisager d'y insérer certaines restrictions, fondées par exemple sur l'idée de réciprocité, et que les articles 35 et 36 étaient fortement inspirés des dispositions de la Convention. De plus, la notion de traitement uniforme de toutes les sentences, quel que soit le pays où elles ont été rendues, favorisait le bon fonctionnement de l'arbitrage commercial international.

310. Après en avoir délibéré, la Commission a décidé de garder dans la loi type le chapitre sur la reconnaissance et l'exécution des sentences, quel que soit le pays où elles ont été rendues. Il a été relevé qu'il était compatible avec cette décision et, en fait, souhaitable, d'inviter l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies à recommander aux Etats qui ne l'avaient pas encore fait d'envisager d'adhérer à la Convention de New York de 1958.

* * *

Article 35. Reconnaissance et exécution

311. Le texte de l'article 35 examiné par la Commission était le suivant :

"1) La sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire et, sur requête adressée par écrit au tribunal compétent, est exécutée sous réserve des dispositions du présent article et de l'article 36.

"2) La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme ainsi que l'original de la convention d'arbitrage mentionnée à l'article 7 ou une copie certifiée conforme. Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans

une langue officielle du présent Etat, la partie en produira une traduction dûment certifiée dans cette langue*.

"3) Le dépôt ou l'enregistrement d'une sentence auprès d'un tribunal du pays où la sentence a été rendue n'est pas une condition préalable de sa reconnaissance ou de son exécution dans le présent Etat."

"*Les conditions mentionnées dans ce paragraphe visent à énoncer les normes les plus strictes. Il ne serait donc pas contraire à l'harmonisation recherchée par la loi type qu'un Etat conserve une procédure moins rigoureuse."

Paragraphe 1

312. Il a été observé que le champ d'application des articles 35 et 36 n'était pas identique à celui de la Convention de New York de 1958 et que la classification des sentences n'était pas la même que dans la Convention. Les articles 35 et 36 ne s'appliquaient qu'aux sentences issues d'un arbitrage commercial international au sens de l'article premier, même s'agissant de sentences rendues dans un Etat étranger. Il a été entendu qu'il ne s'ensuivait pas que l'Etat dans lequel la sentence était rendue devait lui-même avoir adopté la loi type pour que ces dispositions s'appliquent à l'exécution de la sentence.

313. Il a été constaté que le paragraphe 1 de l'article 35 ne fixait pas le moment où une sentence acquérait force obligatoire. S'agissant des sentences arbitrales étrangères, cette question devait être résolue conformément à la règle posée au sous-alinéa v du paragraphe 1 *a* de l'article 36, par la loi de l'Etat, dans lequel ou en vertu de la loi duquel la sentence avait été prononcée. En ce qui concerne les sentences prononcées dans l'Etat où la reconnaissance ou l'exécution est demandée en vertu de l'article 35, le débat a eu lieu ultérieurement dans le cadre de l'examen de l'article 31 (voir plus haut, par. 256 à 258).

314. La Commission a adopté ce paragraphe.

Paragraphe 2

315. La Commission a adopté ce paragraphe.

Paragraphe 3

316. Il a été suggéré de laisser à chaque Etat le soin de décider si une sentence devait être déposée ou enregistrée. On a par ailleurs laissé entendre qu'il n'était pas logique qu'un Etat impose l'enregistrement des sentences mais les exécute sans qu'elles aient été enregistrées.

317. La Commission a supprimé ce paragraphe.

* * *

Article 36.
Motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution

318. Le texte de l'article 36 examiné par la Commission était le suivant :

"1) La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que :

"*a)* Sur la demande de la partie contre laquelle elle est invoquée, si ladite partie présente au tribunal compétent auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution la preuve :

"i) Que les parties à la Convention d'arbitrage visée à l'article 7 étaient, en vertu de la loi qui leur est applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite Convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou

"ii) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou des arbitres ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou

"iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions soumises à l'arbitrage pourra être reconnue et exécutée; ou

"iv) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut d'une telle convention, à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

"v) Que la sentence n'a pas encore acquis force obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par un tribunal du pays dans lequel, ou en vertu de la loi duquel elle a été rendue; ou

"*b)* Si le tribunal constate que :

"i) L'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent Etat; ou si

"ii) La reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public du présent Etat.

"2) Si une demande d'annulation ou de suspension d'une sentence a été présentée à un tribunal visé au paragraphe 1 *a* v du présent article, le tribunal auquel est demandé la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge approprié, surseoir à statuer et peut aussi, à la requête de la partie demandant la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables."

319. La Commission a rejeté une proposition selon laquelle l'article 36 ne devrait s'appliquer qu'aux sentences d'arbitrage commercial international rendues dans un Etat autre que le "présent Etat". On a estimé que le principe général selon lequel il convenait que le chapitre VIII sur la reconnaissance et l'exécution des sentences continue de s'appliquer aux sentences quel que soit l'endroit où elles étaient rendues, devait être confirmé.

Paragraphe 1

320. On a suggéré que l'article 36 soit interprété de sorte qu'une sentence ne serait pas reconnue lorsque le tribunal constatait que le tribunal arbitral avait mené sa procédure alors qu'il était incompétent ou qu'il avait empiété sur la compétence exclusive du tribunal saisi de la demande de reconnaissance ou d'exécution de la sentence. On a avancé que cette question aurait pu prendre une plus grande importance à la lumière de la décision de la Commission relative à l'alinéa 2 *c* de l'article premier selon laquelle un arbitrage est international si les parties sont expressément convenues que l'objet de la convention d'arbitrage touche plus d'un pays.

321. La Commission a adopté la proposition visant à modifier le sous-alinéa 36 1) *a* i pour qu'il soit conforme à la modification apportée précédemment à l'alinéa 34 2) *a* i. Par cette modification, on remplaçait les mots "les parties" par les mots "une partie" et les mots "étaient, en vertu de la loi qui leur est applicable, frappées d'une incapacité," par une formule telle que "était dans l'incapacité de conclure une telle convention". La Commission a adopté cette proposition afin de préserver l'harmonie rédactionnelle des articles 34 et 36. Toutefois, la Commission a estimé que cette modification n'introduisait aucune différence de fond entre l'alinéa 36 1) *a* i et la disposition correspondante de la Convention de New York de 1958.

322. La Commission a décidé, conformément à sa décision sur le sous-alinéa 34 2) *a* ii (voir plus haut, par. 286) de remplacer au sous-alinéa 1 *a* ii les mots "nomination de l'arbitre ou des arbitres" par les mots "nomination d'un arbitre".

323. On a proposé que le sous-alinéa *b* ii soit supprimé car dans certaines juridictions de *common law* l'expression "ordre public" (*public policy* en anglais) risquait d'être interprétée comme ne couvrant pas la notion de procédure juste. La Commission est néanmoins convenue de conserver ce sous-alinéa pour les mêmes raisons que pour l'alinéa 34 2) *b* ii (voir plus haut, par. 296 et 297).

324. Le paragraphe 1 a été adopté avec les modifications indiquées ci-dessus.

Paragraphe 2

325. La Commission a adopté ce paragraphe.

* * *

D. *Examen de questions diverses*

Titres des articles

326. La Commission a décidé de conserver la note de bas de page correspondant au titre de l'article premier pour faire savoir aux destinataires de la loi type que, dans son esprit, les titres des articles étaient destinés uniquement à faciliter la lecture du texte et ne devaient pas être utilisés à des fins d'interprétation.

Demande reconventionnelle

327. La Commission a rappelé une suggestion faite dans le contexte de l'article 23 et visant à ajouter une disposition selon laquelle toute disposition de la loi type relative à la demande s'appliquerait, *mutatis mutandis*, à la demande reconventionnelle (voir plus haut, par. 201). Sur la base d'une proposition établie par les représentants des Etats-Unis d'Amérique et de la Tchécoslovaquie, la Commission a décidé d'ajouter la disposition ci-après à l'article 2 en tant que paragraphe *f* :

> "*f)* Lorsqu'une disposition de la présente loi, autre que celles du paragraphe *a* de l'article 25 et de l'alinéa 2 *a* de l'article 32, se réfère à une demande, cette disposition s'applique également à une demande reconventionnelle et lorsqu'elle se réfère à des conclusions en défense, elle s'applique également à des conclusions en défense sur une demande reconventionnelle."

Charge de la preuve

328. Il a été proposé de préciser dans la loi type que chaque partie devait apporter la preuve des faits sur lesquels elle fondait sa demande ou ses défenses. A l'appui de cette proposition, il a été déclaré que, faute d'une telle précision, il se pourrait que certaines parties ne fassent pas preuve de diligence ou que certains tribunaux arbitraux s'attribuent à tort un rôle d'enquêteur. La Commission a décidé de ne pas inclure dans la loi type une disposition sur ce point. A l'appui de cette décision, il a été déclaré que certains aspects de la charge de la preuve pourraient être considérés comme des points relevant des règles juridiques de fond et, à ce titre, régis par les dispositions de l'article 28; de plus, une telle disposition risquerait de créer un conflit avec le principe général de l'article 19 selon lequel ce sont les parties, et à titre secondaire le tribunal arbitral, qui doivent déterminer les règles de procédure. Il a cependant été entendu que selon un principe généralement admis, la partie qui fonde sa demande ou ses défenses sur un fait doit apporter la preuve de ce fait.

Témoignages

329. Il a été proposé de prévoir dans la loi type que les témoignages pourraient également être présentés sous forme de déclarations écrites signées par les témoins, car il serait utile que la loi type dissipe tout doute à l'encontre de cette méthode économique — parfois la seule possible — de recueillir des témoignages. La Commission n'a pas adopté cette proposition, jugeant préférable de laisser un point de détail de ce genre relever du principe général de l'article 19.

Application réciproque des articles 35 et 36

330. Une proposition a été faite en vue d'inclure dans l'article 35, ou dans une note de bas de page d'accompagnement, une formule indiquant que, comme dans la Convention de New York de 1958, les articles 35 et 36 pourraient être subordonnés à la condition de réciprocité en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Toutefois, en réponse à cette proposition, il a été affirmé que l'idée de réciprocité pouvait convenir à une convention, mais qu'elle n'était pas souhaitable dans un effort d'unification tel que celui poursuivi par la loi type. On a également fait observer qu'une disposition de réciprocité devrait être détaillée et préciser de quel genre de réciprocité il s'agissait et qu'il serait difficile de se mettre d'accord sur un traitement unifié de la question; il valait donc mieux laisser à chaque Etat qui adopterait la loi type le soin de formuler une éventuelle disposition relative à la réciprocité. La Commission, après un débat, a jugé qu'il n'y avait pas lieu d'encourager le recours à des liens territoriaux dans l'arbitrage commercial international, mais que chaque Etat qui voulait subordonner l'application des dispositions concernant la reconnaissance ou l'exécution des sentences étrangères à une exigence de réciprocité devrait faire apparaître cette exigence dans sa législation, en en précisant le fondement ou le facteur de rattachement, ainsi que la technique utilisée.

E. *Examen des projets d'articles établis par le Comité de rédaction*

331. Après examen par la Commission, les divers articles du projet de loi type ont été renvoyés au Comité de rédaction pour qu'il y incorpore les décisions prises par la Commission et qu'il les révise pour assurer la cohérence interne du texte et la concordance des versions dans les diverses langues. Dans la version définitive, tous les numéros d'articles ont été maintenus, sauf le paragraphe *e* de l'article 2 qui est devenu l'article 3, l'article 14 *bis* qui a été incorporé à l'article 14 en tant que paragraphe 2, l'article 18 qui est devenu l'article 17 et le paragraphe 3 de l'article 19, qui est devenu un article distinct, numéroté article 18.

F. *Adoption de la Loi type*

332. A sa 333e séance, le 21 juin 1985, après avoir examiné le texte du projet de loi type tel que révisé par le Comité de rédaction, la Commission a décidé d'adopter la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international telle qu'elle figure dans l'annexe I au présent rapport.

333. La Commission a invité l'Assemblée générale à recommander aux Etats de prendre en considération la loi type lorsqu'ils promulgueront ou réviseront leur législation pour répondre aux besoins actuels de l'arbitrage commercial international et à demander au Secrétaire général d'envoyer le texte de la Loi type, ainsi que celui des travaux préparatoires de la dix-huitième session de la Commission, aux gouvernements et aux institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés tels que les chambres de commerce.

Chapitre III. Paiements internationaux

A. *Projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux*[9]

334. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a, lors de sa dix-septième session en 1984, examiné le projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, établi par le Groupe de travail des effets de commerce internationaux et contenu dans le document A/CN.9/211. S'agissant de son action future, la Commission a décidé que de nouveaux travaux devaient être entrepris en vue d'améliorer le projet de convention et a confié ces travaux au Groupe de travail des effets de commerce internationaux[10].

335. Le Groupe de travail avait pour mandat de réviser le projet de Convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux compte tenu des décisions et débats de la dix-septième session de la Commission[11] et en tenant compte également des observations des gouvernements et organisations internationales figurant dans les documents A/CN.9/248 et A/CN.9/249/Add.1 qui n'avaient pas été examinés à cette session.

336. A sa présente session, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa treizième session tenue à New York du 7 au 18 janvier 1985 (A/CN.9/261). La Commission est convenue qu'il était raisonnable, eu égard aux progrès accomplis sur les principales questions controversées, à savoir les notions de porteur et de porteur protégé, l'effet d'endossements contrefaits et la responsabilité du cédant par simple remise et de l'endosseur, de charger le Groupe de travail de terminer l'examen des principales questions controversées et, dans la mesure du possible, des problèmes restants en vue de lui présenter, à sa dix-neuvième session, un projet sous une forme propre à en permettre l'examen.

337. Toutefois, étant donné que le Groupe de travail risquait de ne pas avoir le temps de remanier le projet sous cette forme en une seule session, prévue du 9 au 20 décembre 1985, la Commission est par ailleurs convenue que le Groupe de travail pourrait tenir une session supplémentaire en février ou en mars 1986, ou

[9]La Commission a examiné ce sujet lors de sa 331e séance, le 19 juin 1985.

[10]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17* (A/39/17), par. 88.

[11]Les débats et conclusions relatifs aux principales questions controversées et aux autres questions figurent dans le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17* (A/39/17), par. 21 à 82.

qu'il pourrait mener sa tâche à bien par d'autres moyens appropriés.

338. On a pensé que lorsque la Commission, à sa dix-neuvième session, examinerait le projet de convention qui aurait été établi par le Groupe de travail auquel l'ensemble des Etats membres de la Commission étaient invités à participer, ainsi que tous les autres Etats et les organisations internationales intéressées, il conviendrait de renoncer à réexaminer les questions qui auraient fait l'objet d'un examen approfondi, sauf motif évident de procéder à un tel réexamen.

B. *Transferts électroniques de fonds*[12]

339. La Commission, à sa quinzième session, tenue en 1982, était saisie d'un rapport du Secrétaire général consacré à plusieurs problèmes juridiques posés par les transferts électroniques de fonds (A/CN.9/221). Eu égard à ces problèmes juridiques, le rapport suggérait que, dans un premier temps, la Commission établisse un guide sur les problèmes juridiques posés par les transferts électroniques de fonds. Ce guide, était-il indiqué, devrait viser à fournir des orientations aux législateurs ou juristes chargés d'élaborer les règles régissant des systèmes particuliers pour de tels transferts de fonds.

340. La Commission a accepté cette recommandation et prié le secrétariat de commencer à rédiger un guide juridique sur les transferts électroniques de fonds, en coopération avec le Groupe d'étude de la CNUDCI sur les paiements internationaux[13]. Plusieurs chapitres du projet de guide juridique ont été soumis à la Commission à sa dix-septième session, tenue en 1984, pour observations de caractère général[14]. A la présente session, la Commission était saisie d'un rapport du Secrétaire général contenant les projets des chapitres du guide juridique qui restaient à rédiger (A/CN.9/266 et Add.1 et 2).

341. La Commission a été d'avis que le projet de guide juridique était particulièrement important en raison du vide juridique existant dans ce domaine d'activité en rapide évolution. Il a été noté qu'il y avait un lien étroit entre le projet de guide juridique et le rapport sur la valeur juridique des enregistrements informatiques (A/CN.9/265), et l'on a suggéré que la version finale du guide juridique contienne un chapitre consacré à la question de la preuve.

342. Après discussion, la Commission a décidé de prier le Secrétaire général d'envoyer le projet de guide juridique sur les transferts électroniques de fonds aux gouvernements et aux organisations internationales intéressées, pour observations. Elle a également prié le secrétariat, en coopération avec le Groupe d'étude de la CNUDCI sur les paiements internationaux, de revoir le projet à la lumière des observations reçues, aux fins de présentation à la Commission à sa dix-neuvième session, en 1986, pour examen et adoption éventuelle.

Chapitre IV. Nouvel ordre économique international : contrats industriels[15]

343. La Commission était saisie des rapports du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de ses sixième et septième sessions (A/CN.9/259 et A/CN.9/262). Ces rapports rendaient compte des débats du Groupe de travail relatifs aux projets de chapitres du guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles, et aux rapports établis par le secrétariat (A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4 et 5, A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6 et A/CN.9/WG.V/WP.15 et Add.1 à 10).

344. La Commission était également saisie d'une note du secrétariat intitulée "Poursuite des travaux de la Commission dans le domaine des contrats internationaux de construction d'installations industrielles" (A/CN.9/268). Cette note indiquait que, les travaux relatifs au guide juridique touchant à leur fin, le secrétariat s'était employé à rechercher s'il était possible d'accroître l'utilité du guide juridique en élaborant des annexes qui porteraient sur des domaines étroitement liés à la construction d'installations industrielles. Par cette note, la Commission était informée que le Comité consultatif juridique afro-asiatique (AALCC) avait, à sa session tenue à Katmandou (Népal) du 6 au 13 février 1985, recommandé que la Commission envisage d'élaborer une annexe qui traiterait des questions juridiques relatives aux coentreprises qui se posent dans le cadre des contrats industriels. Le Comité avait par ailleurs recommandé que la Commission examine les accords de concession et autres accords en matière de ressources naturelles. Par ailleurs, l'élaboration d'une annexe sur la question des appels d'offres et de la passation des marchés concernant la construction d'installations industrielles a fait l'objet d'un examen préliminaire par le secrétariat. Les travaux effectués jusqu'à présent en ce qui concerne le guide juridique ont donné à penser qu'un examen plus détaillé des questions qui se posent en matière de passation des marchés et d'appels d'offres que celui que permet le guide juridique lui-même pouvait être très utile. La note indiquait l'intention du secrétariat de soumettre à la Commission, lors d'une session future, un rapport renfermant des propositions sur les moyens de réhausser encore l'utilité du guide juridique.

345. La Commission a pris note des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses sixième et septième sessions et l'a félicité de l'efficacité de son action. La Commission a invité le Groupe de travail à

[12] La Commission a examiné cette question à sa 328e séance le 18 juin 1985.

[13] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quinzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément n° 17* (A/37/17), par. 73.

[14] Les projets de chapitre figurent dans les documents A/CN.9/250/Add.1 à 4.

[15] La Commission a examiné ce sujet à sa 331e séance, le 19 juin 1985.

poursuivre ses travaux dans les plus brefs délais et à lui présenter, à sa prochaine session, un rapport sur les travaux de sa huitième session.

346. La Commission a examiné la note du secrétariat sur la poursuite des travaux de la Commission dans le domaine des contrats internationaux de construction d'installations industrielles. Elle a pris note de l'intention du secrétariat de lui soumettre, lors d'une session future, un rapport contenant des propositions sur les moyens d'améliorer l'utilité du guide juridique par l'élaboration d'un certain nombre d'annexes à ce document. On a fait observer que, pour établir ce rapport, le secrétariat devait tenir compte des recommandations formulées par le Comité consultatif juridique afro-asiatique, citées dans la note du secrétariat.

Chapitre V. Responsabilité des exploitants de terminaux de transport[16]

347. A sa seizième session en 1983, la Commission a décidé d'inclure la question de la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans son programme de travail et de confier à un groupe de travail la tâche d'élaborer des règles uniformes concernant cette responsabilité[17]. A sa dix-septième session en 1984, la Commission a décidé d'assigner cette tâche à son groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux[18]. Ce groupe de travail a commencé ses travaux sur cette question lors de sa huitième session, tenue à Vienne du 3 au 13 décembre 1984.

348. La Commission était saisie du rapport établi par le Groupe de travail des principes en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa huitième session (A/CN.9/260). Ce rapport relate les délibérations et les décisions du Groupe de travail concernant la méthode de travail qu'il a adoptée pour établir des règles uniformes sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport, ainsi que pour traiter des questions qui peuvent se poser à ce sujet.

349. La Commission a exprimé sa satisfaction de la tâche jusqu'alors accomplie, a félicité le Groupe de travail des travaux effectués et a demandé à celui-ci de poursuivre sa tâche avec diligence. Etant donné l'importance particulière que présentait, pour la prochaine session, l'étude à laquelle le Groupe de travail a demandé au secrétariat de procéder, le Secrétariat a été prié de préparer la documentation assez tôt pour que les délégations puissent l'examiner avant le début de la session.

[16]La Commission a examiné cette question lors de sa 331e séance, tenue le 19 juin 1985.

[17]Commission des Nations Unies pour le droit commercial international — Rapport sur les travaux de sa seizième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-huitième session, Supplément n° 17* (A/38/17), par. 115.

[18]Commission des Nations Unies pour le droit commercial international — Rapport sur les travaux de sa dix-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17* (A/39/17), par. 113.

Chapitre VI. Coordination des travaux

A. *Coordination générale des activités*[19]

350. Le Secrétaire de la Commission a fait oralement rapport sur les activités de coordination conduites dans le domaine du droit commercial international au cours de l'année précédente. Il a fait observer que la résolution 39/82 de l'Assemblée générale, en date du 13 décembre 1984, a réaffirmé 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". Le Secrétaire de la Commission a indiqué que la désignation de la Commission comme le principal organe juridique du système des Nations Unies dans ce domaine avait été reconnue par d'autres organisations internationales, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des Nations Unies et que ces organisations s'adressaient régulièrement à la Commission et son secrétariat pour leur demander des directives en la matière.

351. La Commission a noté la participation — mentionnée dans les rapports des réunions de la Commission et de son groupe de travail — d'un grand nombre d'autres organisations internationales à ces réunions. Elle a reconnu que, en participant auxdites réunions, les organisations en question faisaient bénéficier le développement du programme de travail propre à la Commission de leurs connaissances spécialisées. Elle a aussi reconnu que cette participation aux réunions de la Commission était une forme efficace de coordination des activités desdites organisations avec celles de la Commission.

352. La Commission s'est félicitée des contacts réguliers noués entre le secrétariat et les organisations qui traitent du droit commercial international; elle a instamment prié le secrétariat de renforcer ces relations dans toute la mesure où le permettraient les ressources disponibles.

353. On a noté que le secrétariat entendait présenter à la dix-neuvième session de la Commission un rapport — analogue aux rapports les plus récents présentés en 1981 et en 1983 — sur les activités actuellement conduites par d'autres organisations internationales dans le domaine du droit commercial international, en général. Un rapport serait en outre présenté sur les activités conduites par d'autres organisations dans le domaine de l'arbitrage commercial international.

B. *Valeur juridique des enregistrements informatiques*[20]

354. La Commission, à sa quinzième session, tenue en 1982, a examiné un rapport du Secrétaire général où

[19]La Commission a examiné cette question lors de sa 328e séance, tenue le 18 juin 1985.

[20]La Commission a examiné cette question à sa 328e séance, le 18 juin 1985.

étaient débattus certains problèmes juridiques posés par les transferts électroniques de fonds[21]. En ce qui concerne la question de la valeur juridique des enregistrements informatiques, le rapport concluait en ces termes : "Ce problème, s'il revêt une importance particulière pour les transferts électroniques internationaux de fonds, intéresse également tous les aspects du commerce international. Il serait donc souhaitable de trouver des solutions d'ensemble[22]." Sur la base de ce rapport, la Commission a prié le Secrétaire général de lui soumettre, à une session ultérieure, un rapport sur la valeur juridique des enregistrements informatiques en général[23].

355. A sa dix-septième session, tenue en 1984, la Commission a décidé d'inscrire au programme de travail, à titre prioritaire, la question des problèmes juridiques posés par l'utilisation du traitement automatique des données dans le commerce international[24]. A sa présente session, la Commission était saisie d'un rapport sur la valeur juridique des enregistrements informatiques (A/CN.9/265).

356. Afin de pouvoir établir ce rapport, le secrétariat a rédigé un questionnaire sur l'utilisation de données sur support informatique comme moyen de preuve en justice. Dans le même temps et en coopération avec le secrétariat de la Commission, le Conseil de coopération douanière a établi un questionnaire sur la recevabilité des déclarations de marchandises sur support informatique aux fins du dédouanement et sur leur utilisation dans les procédures judiciaires. Les informations contenues dans les réponses au questionnaire ont été utilisées lors de la rédaction du rapport.

357. Le rapport a conclu qu'au niveau global, l'utilisation de données stockées sur support informatique en tant que moyen de preuve dans un litige posait moins de problèmes que l'on aurait pu croire. Il semblait que presque tous les pays ayant répondu au questionnaire avaient une législation assez souple qui autorisait l'emploi d'enregistrements informatiques comme moyens de preuve et laissait aux tribunaux le soin de déterminer le crédit à accorder aux données ou documents.

358. Le rapport a noté qu'un obstacle juridique plus sérieux à l'utilisation d'ordinateurs et de télécommunications entre ordinateurs dans le commerce international tenait à l'exigence que les documents soient signés ou que les documents soient sur papier.

Discussion au sein de la Commission

359. La Commission a accueilli avec satisfaction ce premier rapport établi par le secrétariat en application de la décision prise à sa dix-septième session d'inscrire au programme de travail à titre prioritaire la question des problèmes juridiques posés par l'utilisation du traitement automatique de l'information dans le commerce international. Les renseignements qu'il contenait et l'analyse qu'il donnait des problèmes aideraient les Etats à réexaminer leurs règles juridiques touchant l'utilisation des ordinateurs et d'autres formes de traitement automatique de l'information. La Commission a noté que le rapport avait été préparé par le secrétariat en coopération avec d'autres organisations internationales intéressées par la question, et elle a encouragé le secrétariat à poursuivre sa collaboration avec ces organisations et d'autres qui sont actives dans ce domaine. A ce propos, elle a noté que le secrétariat soumettrait pour la dix-neuvième session un autre rapport sur les aspects juridiques du traitement automatique de l'information.

Décision

360. Après délibération, la Commission a décidé d'adopter la recommandation suivante :

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Notant que l'utilisation du traitement automatique de l'information est sur le point de devenir bien établie dans le monde dans de nombreux aspects du commerce national et international, ainsi que dans les services administratifs,

Notant aussi que les règles juridiques fondées sur des moyens de documenter le commerce international axés sur le papier et antérieurs au TAI risquent de faire obstacle à l'utilisation du TAI dans la mesure où elles induisent une insécurité juridique ou empêchent l'utilisation rationnelle du TAI lorsque celle-ci est néanmoins justifiée,

Notant en outre avec satisfaction les efforts déployés par le Conseil de l'Europe, le Conseil de coopération douanière et la Commission économique pour l'Europe de l'Organisation des Nations Unies en vue de surmonter les obstacles à l'utilisation du TAI dans le commerce international résultant de ces règles juridiques,

Considérant en même temps qu'il n'est pas nécessaire d'unifier les règles de la preuve en ce qui concerne l'utilisation des enregistrements informatiques dans le commerce international, l'expérience montrant que des différences marquées entre les règles de la preuve applicables au système de documentation sur papier n'ont jusqu'à présent eu aucun effet néfaste perceptible sur le développement du commerce international,

Considérant en outre que les progrès enregistrés dans l'utilisation du TAI rendent souhaitable, dans un certain nombre de systèmes juridiques, l'adaptation des règles juridiques existantes, compte dûment tenu, cependant, de la nécessité d'encourager l'emploi de techniques de TAI garantissant une fiabilité identique ou supérieure à celle de la documentation sur papier,

[21] A/CN.9/221 (et Corr.1, en français seulement).

[22] *Ibid.*, par. 81.

[23] Voir note 13.

[24] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17* (A/39/17), par. 136.

1. *Recommande* aux gouvernements :

a) De réexaminer les règles juridiques touchant l'utilisation des enregistrements informatiques comme moyens de preuve en justice afin d'éliminer les obstacles superflus à leur recevabilité, de s'assurer que ces règles sont compatibles avec les progrès techniques et de donner aux tribunaux les moyens leur permettant d'apprécier la fiabilité des données contenues dans ces enregistrements;

b) De réexaminer les règles juridiques en vertu desquelles certaines transactions commerciales ou certains documents ayant trait au commerce doivent être sous forme écrite, que cette forme écrite soit ou non une condition requise pour que la transaction ou le document soit valide ou s'impose aux parties, afin de faire en sorte que, le cas échéant, la transaction ou le document puissent être enregistrés et transmis sur support informatique;

c) De réexaminer l'exigence légale d'une signature manuscrite ou de toute autre méthode d'authentification sur papier pour les documents commerciaux afin de permettre, le cas échéant, l'utilisation de moyens électroniques d'authentification;

d) De réexaminer les règles juridiques selon lesquelles les documents à soumettre à l'administration doivent être présentés par écrit et doivent porter une signature manuscrite en vue d'autoriser, le cas échéant, leur présentation sur support informatique aux services administratifs qui ont acquis les équipements nécessaires et mis en place les procédures requises;

2. *Recommande* aux organisations internationales chargées d'élaborer des textes juridiques sur le commerce de tenir compte de la présente recommandation dans leurs travaux et, le cas échéant, d'envisager de modifier les textes juridiques en vigueur conformément à la présente recommandation.

C. *Activités courantes des autres organisations internationales dans le domaine du transfert des techniques*[25]

361. A sa quatorzième session, la Commission a suggéré que le secrétariat choisisse une branche particulière du droit commercial international afin de l'étudier en détail dans une partie de son rapport périodique sur les activités courantes des organisations internationales relatives à l'harmonisation et l'unification du droit commercial international. A sa session alors en cours, la Commission a été saisie d'un rapport du Secrétaire général sur les activités actuelles des organisations internationales du système des Nations Unies au sujet des aspects juridiques du transfert de technologie (A/CN.9/269). La Commission a pris note de ce rapport avec satisfaction.

[25]La Commission a examiné cette question à sa 328e séance, le 18 juin 1985.

Chapitre VII. Formation et assistance[26]

362. A sa dix-septième session, tenue en 1984, la Commission est convenue qu'il fallait poursuivre et renforcer le parrainage de colloques et de séminaires régionaux consacrés au droit commercial international en général et aux activités de la Commission en particulier[27]. Il a été souligné que les juristes et les hommes d'affaires des pays en développement tiraient beaucoup de profit de ces colloques et séminaires. La Commission a approuvé l'optique que le secrétariat avait adoptée pour organiser ces colloques et ces séminaires sur une base régionale, en collaboration avec d'autres organisations.

363. Par sa résolution 39/82 du 13 décembre 1984 concernant le rapport de la Commission sur les travaux de sa dix-septième session, l'Assemblée générale a réaffirmé combien était importante, en particulier pour les pays en développement, l'œuvre que la Commission accomplissait en matière de formation et d'assistance dans le domaine du droit commercial international, et qu'il était souhaitable que la Commission parraine des colloques et des séminaires organisés sur une base régionale. L'Assemblée générale a également remercié les gouvernements, les organisations et les institutions qui avaient collaboré avec le secrétariat de la CNUDCI à l'organisation de colloques et de séminaires et a invité les gouvernements, les organisations internationales et les institutions à aider le secrétariat à financer et à organiser ces séminaires et colloques régionaux.

364. La Commission était saisie d'un rapport du Secrétaire général sur la formation et l'assistance (A/CN.9/270) décrivant les mesures prises par le secrétariat pour mettre en œuvre les décisions qu'elle avait adoptées, ainsi que celles de l'Assemblée générale. Le rapport faisait ressortir en particulier que le secrétariat avait été associé à l'organisation de plusieurs séminaires régionaux. Un séminaire régional de droit commercial international pour l'Asie et le Pacifique (Canberra, Australie, 22-27 novembre 1984) a été organisé par le Ministère australien de la justice en association avec le secrétariat de la CNUDCI et le Comité juridique consultatif africano-asiatique. L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) et la Conférence de droit international privé de La Haye ont également participé à ce séminaire où ont été examinées certaines des plus importantes questions découlant des travaux de la Commission. Le secrétariat de la CNUDCI a participé à un séminaire régional (Dubrovnik, Yougoslavie, 11-23 mars 1985) sur la vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) et plus particulièrement la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980), organisé par le Centre interuniversitaire d'études supérieures de Dubrovnik.

[26]La Commission a examiné cette question à sa 331e séance, le 19 juin 1985.

[27]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, *Document officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément nº 17* (A/39/17), par. 141.

La Chambre de commerce de Bogota, l'Association ibéro-américaine des chambres de commerce et le secrétariat de la CNUDCI ont organisé, avec l'appui du secrétariat de l'Organisation des Etats américains, un séminaire régional (Bogota, Colombie, 22-23 avril 1985) sur les travaux de la Commission et le droit commercial international.

365. Il était indiqué dans le rapport que le secrétariat avait participé en plusieurs occasions, autres que celles déjà mentionnées, à des colloques et séminaires traitant des travaux de la Commission et qu'il avait l'intention de se tenir en rapport avec les gouvernements et les organisations en vue de collaborer avec eux à l'organisation de colloques et de séminaires.

366. De l'avis général, il fallait poursuivre et renforcer le parrainage de colloques et de séminaires sur le droit commercial international en général et les activités de la Commission en particulier. Il a été constaté que ces colloques et séminaires présentaient un grand intérêt pour les jeunes juristes et fonctionnaires des pays en développement. On a noté qu'il serait bénéfique pour les activités de formation et d'assistance que le financement de l'organisation de colloques et de séminaires par le secrétariat puisse être assuré et on a suggéré qu'il conviendrait d'essayer, en temps utile, d'obtenir une allocation budgétaire régulière pour ces activités. On a également noté qu'à deux occasions des séminaires sur les activités de la Commission avaient été organisés en liaison avec une session annuelle de la Commission et qu'il faudrait s'efforcer d'organiser de tels séminaires en liaison avec les futures sessions.

367. La Commission a vivement remercié tous les gouvernements et organisations qui avaient aidé le secrétariat à financer et à organiser des colloques et des séminaires. Elle a également dit combien elle était satisfaite des efforts déployés par le secrétariat dans ce domaine et approuvé l'optique générale qu'il avait adoptée concernant l'organisation de colloques et de séminaires.

368. Plusieurs déclarations relatives à des projets d'organisation de colloques et de séminaires dans le domaine du droit commercial international ont été faites. Le représentant de Cuba a fait mention d'un séminaire qu'il était prévu d'organiser sur ce sujet à La Havane en 1987, en collaboration avec le secrétariat de la CNUDCI. Les questions à traiter et l'organisation détaillée de ce séminaire feraient l'objet d'une concertation avec le secrétariat. Le représentant du Centre régional d'arbitrage commercial du Caire a confirmé qu'un séminaire régional sur l'arbitrage commercial international se déroulerait dans cette ville en janvier 1986 avec le concours du secrétariat de la CNUDCI. Il a invité tous les délégués et observateurs présents à y assister. Le représentant du Kenya a indiqué qu'un colloque traitant du droit commercial international et des activités de la Commission était envisagé en collaboration avec le secrétariat. Il aurait lieu à Nairobi probablement en 1986. Le représentant de l'Australie a fait savoir qu'un séminaire de droit commercial, analogue au séminaire régional de droit commercial pour l'Asie et le Pacifique tenu en 1984 était prévu pour 1988 à l'occasion de la célébration du bicentenaire de l'Australie.

Chapitre VIII. Etat des conventions[28]

369. La Commission a examiné l'état des conventions auxquelles ses travaux avaient abouti, à savoir la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974) [ci-après appelée la "Convention sur la prescription"]; le Protocole portant modification de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980); la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg) [ci-après appelée "les Règles de Hambourg"]; la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) [ci-après appelée "la Convention de Vienne sur les ventes"]. La Commission était saisie d'une note du secrétariat présentant l'état de ces Conventions — signatures, ratifications et adhésions (A/CN.9/271).

370. Plusieurs délégations ayant signalé que le processus de ratification de la Convention de Vienne sur les ventes avait progressé dans leur pays, il semblait probable que l'on atteindrait prochainement le nombre de ratifications requis pour que la Convention entre en vigueur. Notant cette évolution prometteuse, le secrétaire de la Commission a indiqué qu'il avait été informé que de nombreux Etats, qui étaient parties à la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels ("Convention de La Haye de 1964"), attendaient l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur les ventes afin de pouvoir prendre des mesures concertées pour dénoncer la Convention de La Haye et devenir parties à la Convention de Vienne.

Chapitre IX. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale, travaux futurs et questions diverses[29]

A. *Résolution de l'Assemblée générale sur les travaux de la Commission*

371. La Commission a pris note avec satisfaction de la résolution 39/82 de l'Assemblée générale en date du 13 décembre 1984 concernant le rapport de la Commission sur les travaux de sa dix-septième session.

B. *Date et lieu de la dix-neuvième session de la Commission*

372. La Commission a décidé que sa dix-neuvième session durerait quatre semaines et se tiendrait du 16

[28] La Commission a examiné cette question à sa 328e séance, le 18 juin 1985.

[29] La Commission a examiné cette question à ses 328e et 331e séances, les 18 et 19 juin 1985.

juin au 11 juillet 1986 à New York. On a noté que la principale question à l'ordre du jour serait l'examen du projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, et on a exprimé l'opinion que la Commission ne devrait ménager aucun effort pour achever ses travaux sur cette question au cours de cette session.

C. *Sessions des groupes de travail*

373. Il a été décidé que le Groupe de travail des effets de commerce internationaux tiendrait sa quatorzième session du 9 au 20 décembre 1985 à Vienne et qu'au cas où une session supplémentaire serait nécessaire pour que le projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux puisse être présenté sous une forme appropriée à la Commission à sa dix-neuvième session, il tiendrait sa quinzième session en février ou en mars 1986 à New York.

374. Il a été décidé que le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux tiendrait sa neuvième session du 6 au 17 janvier 1986 à New York.

375. Il a été décidé que le Groupe de travail du nouvel ordre économique international tiendrait sa huitième session du 17 au 27 mars 1986 à Vienne.

D. *Diffusion des décisions concernant les textes juridiques de la CNUDCI et interprétation uniforme de ces textes*

376. Lors des seizième (1983) et dix-septième (1984) sessions de la Commission, il a été proposé d'explorer les moyens de diffuser les décisions des tribunaux et les sentences arbitrales concernant les textes juridiques issus des travaux de la Commission[30]. Lors des travaux de la Sixième Commission qui se sont déroulés pendant la trente-neuvième session de l'Assemblée générale, le secrétariat a aussi été prié de présenter un document sur la question à la dix-huitième session de la Commission[31].

377. La Commission était saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/267) examinant les différents moyens possibles de rassembler et de diffuser les décisions ayant trait aux textes juridiques issus des travaux de la Commission, ainsi que les différents moyens de favoriser l'interprétation uniforme de ces textes. Le rapport indiquait qu'il serait peut-être prématuré à l'heure actuelle que la Commission mette au point des mesures et des mécanismes concrets et proposait que la Commission n'envisage de le faire qu'après l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). La Commission a décidé de reporter l'examen de cette question à une session future appropriée.

378. A propos de ce point de l'ordre du jour, le secrétaire de la Commission a noté que conformément à une autorisation donnée par la Commission au secrétariat de la CNUDCI[32], celui-ci préparait une publication sur les travaux de la Commission décrivant l'historique, le mandat, les méthodes de travail et le programme de travail de la Commission et examinant les questions sur lesquelles elle se penchait. Cette publication reproduirait tous les textes juridiques adoptés par la Commission et contiendrait une liste exhaustive des documents de la CNUDCI.

[30]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa seizième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-huitième session, Supplément n° 17* (A/38/17), par. 137; Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17* (A/39/17), par. 155.

[31]Compte rendu analytique de la quatrième séance (A/C.6/39/SR.4), par. 28.

[32]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quinzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément n° 17* (A/37/17), par. 142 et 143.

ANNEXE I

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

[Annexe reproduite dans le présent *Annuaire*, troisième partie, I]

ANNEXE II

Liste des documents de la session

[Annexe non reproduite : voir la liste récapitulative des documents de la CNUDCI dans le présent *Annuaire*, troisième partie, IV, A]

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUDCI) : extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement (trente et unième session) (TD/B/1077)[a]

"B. *Développement progressif du droit commercial international : dix-huitième rapport annuel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (point 8* b *de l'ordre du jour)*

"918. A la 677e séance, le 25 septembre 1985, le Président a attiré l'attention sur le dix-huitième rapport annuel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) [A/40/17], qui avait été distribué sous la note de couverture TD/B/1072.

"919. Le représentant de l'URSS, notant que la CNUDCI s'acquittait de façon satisfaisante de sa tâche, a dit que sa délégation appuyait le projet de résolution proposé par la Commission dans son rapport annuel, en vue d'adoption ultérieure par l'Assemblée générale, concernant le projet de loi type sur l'arbitrage commercial international. Il estimait qu'une grande attention devait être accordée à la disposition selon laquelle chaque Etat avait le droit, au cas où il adopterait une législation nationale fondée sur la Loi type, de prévoir une réserve de réciprocité concernant ses dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution de sentences étrangères.

"*Décision du Conseil*

"920. A la même séance, le Conseil a pris note du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur sa dix-huitième session (A/40/17) et des observations s'y rapportant."

[a] *Documents officiels du Conseil du commerce et du développement, trente et unième session, Supplément nº 1A* (TD/B/1077).

C. Assemblée générale : rapport de la Sixième Commission (A/40/935)*

1. Sur la recommandation du Bureau, l'Assemblée générale a décidé, à sa 3e séance plénière, le 20 septembre 1985, d'inscrire à l'ordre du jour de sa quarantième session la question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session" et de la renvoyer à la Sixième Commission.

2. Pour l'examen de ce point, la Sixième Commission était saisie du rapport en question, qui a été présenté par le Président de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à la 3e séance de la Commission, le 20 septembre[1]. Outre ce rapport, la Commission était saisie d'une note du Secrétaire général (A/C.6/40/L.5) relative à l'examen du rapport par le Conseil du commerce et du développement de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.

3. La Sixième Commission a examiné la question de sa 3e à sa 5e séance, du 2 au 7 octobre et à ses 37e et 38e séances, les 13 et 14 novembre 1985. Les opinions exprimées par les représentants qui ont pris la parole lors de l'examen de ce point sont consignées dans les comptes rendus analytiques de ces séances (A/C.6/40/SR.3 à 5, 37 et 38).

4. A la 37e séance, le 13 novembre, le représentant de l'Autriche a présenté un projet de résolution (A/C.6/40/L.6) qui avait pour auteurs les pays suivants : Allemagne, République fédérale d', Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Brésil, Canada, Chypre, Egypte, Espagne, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Italie, Jamahiriya arabe libyenne, Jamaïque, Japon, Nigéria, Kenya, Pays-Bas, Philippines, Roumanie, Sénégal, Singapour, Suède, Turquie et Yougoslavie, auxquels se sont joints par la suite le Guyana, le Maroc et la Tchécoslovaquie, ainsi qu'un projet de résolution (A/C.6/40/L.7) parrainé par les pays suivants : Allemagne, République fédérale d', Argentine, Australie, Autriche, Brésil, Canada, Chypre, Egypte, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Italie, Jamaïque, Japon, Kenya, Nigéria, Pays-Bas, Philippines, Sénégal, Singapour et Suède, auxquels se sont joints par la suite le Guyana et la Tchécoslovaquie.

5. A sa 38e séance, la Commission a adopté par consensus le projet de résolution A/C.6/40/L.6 (voir par. 6, projet de résolution I) ainsi que le projet de résolution A/C.6/40/L.7 (voir par. 6, projet de résolution II).

Recommandations de la Sixième Commission

6. La Sixième Commission recommande à l'Assemblée générale d'adopter les projets de résolution ci-après :

[*Textes non reproduits dans la présente section. Les projets de résolutions I et II ont été adoptés, avec quelques modifications de forme, en tant que résolutions 40/71 et 40/72 de l'Assemblée générale. Voir la section D ci-dessous.*]

*27 novembre 1985, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, annexes, point 135 de l'ordre du jour.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément nº 17* (A/40/17). Ce rapport a été présenté comme suite à une décision prise par la Sixième Commission à sa 1096e séance, le 13 décembre 1968 (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-troisième session, annexes*, point 88 de l'ordre du jour, document A/7408, par. 3) [*Annuaire* . . . 1968-1970, deuxième partie, I, B, 2].

D. Résolutions 40/71 et 40/72 de l'Assemblée générale, du 11 décembre 1985

40/71. RAPPORT DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

L'Assemblée générale,

Ayant examiné le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session[1],

Rappelant que la Commission a pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international,

Rappelant, à ce sujet, sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966, ainsi que toutes ses autres résolutions concernant les travaux de la Commission,

Rappelant également ses résolutions 3201 (S-VI) et 3202 (S-VI) du 1er mai 1974, 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974 et 3362 (S-VIII) du 16 septembre 1975,

Réaffirmant sa conviction que l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, en réduisant ou en supprimant les obstacles juridiques au courant des échanges internationaux, notamment ceux auxquels se heurtent les pays en développement, contribueraient de façon appréciable à l'établissement d'une coopération économique universelle entre tous les Etats, sur la base de l'égalité, de l'équité et de la communauté d'intérêt, ainsi qu'à l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, au bien-être de tous les peuples,

Prenant en considération la nécessité de tenir compte des différents systèmes sociaux et juridiques pour harmoniser et unifier le droit commercial international,

Soulignant la valeur d'une participation des Etats à tous les niveaux de développement économique, y compris des pays en développement, au processus d'harmonisation et d'unification du droit commercial international,

1. *Prend acte avec satisfaction* du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session;

2. *Félicite* la Commission d'avoir progressé dans ses travaux et d'avoir adopté des décisions par consensus;

3. *Demande* à la Commission de continuer à tenir compte des dispositions pertinentes des résolutions concernant le nouvel ordre économique international, telles qu'elles ont été adoptées par l'Assemblée générale à ses sixième et septième sessions extraordinaires, et réaffirme l'importance, en particulier pour les pays en développement, des travaux que le Groupe de travail du nouvel ordre économique international a consacrés à l'élaboration d'un guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'ensembles industriels;

4. *Prend note avec une satisfaction particulière* de l'achèvement et de l'adoption par la Commission de la Loi type sur l'arbitrage commercial international[2];

5. *Accueille avec satisfaction* les travaux de la Commission sur les conséquences juridiques du traitement automatique de l'information pour le courant d'échanges internationaux en tant qu'activité d'importance vitale pour les Etats à tous les niveaux de développement économique, notamment pour les pays en développement, et à ce sujet :

a) Félicite la Commission pour sa recommandation sur la valeur juridique des enregistrements informatiques[3] qui, conjointement avec le rapport préparatoire que le Secrétaire général a présenté à la Commission[4], contribue à éclaircir les problèmes juridiques;

b) Demande aux gouvernements et aux organisations internationales de prendre des mesures, selon qu'il conviendra, conformément à la recommandation de la Commission[3], afin d'assurer la sécurité juridique dans le contexte de l'utilisation la plus large possible du traitement automatique de l'information dans le commerce international;

6. *Réaffirme* que la Commission, en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit 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 et, à cet égard, recommande que la Commission continue, par l'intermédiaire de son secrétariat, à coopérer étroitement avec les autres organes et organismes internationaux, y compris les organismes régionaux, qui s'occupent de droit commercial international;

7. *Réaffirme également* l'importance, en particulier pour les pays en développement, de l'œuvre que la Commission accomplit en matière de formation et d'assistance dans le domaine du droit commercial international et réaffirme qu'il est souhaitable que la Commission parraine des colloques et des séminaires, en particulier ceux qui sont organisés sur une base régionale, afin de promouvoir la formation et l'assistance dans le domaine du droit commercial international et, à cet égard :

a) Remercie les gouvernements et les organisations et institutions régionales qui ont collaboré avec le secrétariat de la Commission à l'organisation de séminaires et de colloques régionaux dans le domaine du droit commercial international;

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17).

[2] *Ibid.*, annexe I.

[3] *Ibid.*, chap. VI, sect. B.

[4] A/CN.9/265.

b) Se félicite des initiatives prises par la Commission et son secrétariat en vue de collaborer avec d'autres organismes et institutions à l'organisation de séminaires régionaux;

c) Invite les gouvernements et les organisations et institutions internationales à aider le secrétariat de la Commission à financer et organiser des séminaires et des colloques régionaux, en particulier dans les pays en développement;

d) Invite les gouvernements, les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies, les organisations, les institutions et les particuliers à verser des contributions volontaires pour permettre la reprise du programme de la Commission visant à octroyer régulièrement des bourses à des candidats de pays en développement pour leur permettre de participer à ces colloques et séminaires;

8. *Souligne* qu'il importe, pour assurer l'unification et l'harmonisation générales du droit commercial international, de mettre en vigueur les conventions issues des travaux de la Commission;

9. *Recommande* à la Commission de poursuivre ses travaux sur les sujets figurant à son programme de travail;

10. *Exprime sa satisfaction* au Service du droit commercial international du Bureau des affaires juridiques du Secrétariat pour le rôle important qu'il joue en tant que secrétariat organique de la Commission en aidant celle-ci à exécuter son programme de travail.

112e séance plénière
11 décembre 1985

40/72. LOI TYPE DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL SUR L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

L'Assemblée générale,

Considérant l'intérêt que présente l'arbitrage en tant que mode de règlement des différends survenant dans les relations commerciales internationales,

Convaincue que l'établissement d'une loi type sur l'arbitrage rencontrant l'assentiment d'Etats dotés de systèmes juridiques, sociaux et économiques différents contribue au développement de relations économiques internationales harmonieuses,

Notant que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a adopté à sa dix-huitième session la Loi type sur l'arbitrage commercial international[1], après en avoir dûment délibéré et avoir longuement consulté des institutions d'arbitrage et divers spécialistes de l'arbitrage commercial international,

Convaincue que ladite Loi type, conjointement avec la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[2] et le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[3], dont l'application a été recommandée par l'Assemblée générale dans la résolution 31/98 du 15 décembre 1976, contribue notablement à la création d'un cadre juridique unifié pour le règlement juste et efficace des différends survenant dans les relations commerciales internationales,

1. *Prie* le Secrétaire général de communiquer le texte de la Loi type sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, conjointement avec les travaux préparatoires de la dix-huitième session de la Commission, aux gouvernements et aux institutions d'arbitrage et autres organismes intéressés, tels que les chambres de commerce;

2. *Recommande* que tous les Etats prennent dûment en considération la Loi type sur l'arbitrage commercial international en raison de l'intérêt que présente l'uniformité du droit relatif aux procédures arbitrales et des besoins spécifiques de la pratique de l'arbitrage commercial international.

112e séance plénière
11 décembre 1985

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I.

[2] Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 330, n° 4739, p. 39.

[3] Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.V.6.

I. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

A. Compilation analytique des observations présentées par les gouvernements et les organisations internationales au sujet du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/263 et Add.1 à 3)[a]

[A/CN.9/263]

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	56
COMPILATION ANALYTIQUE DES OBSERVATIONS	57
A. Observations générales concernant le projet de loi type	57
B. Observations propres à des articles particuliers	59
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES	59
Article 1. Champ d'application	59
Article 2. Définitions et règles d'interprétation	62
Article 4. Renonciation au droit de faire objection	63
Article 5. Domaine de l'intervention des tribunaux	63
Article 6. Tribunal chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage	63
CHAPITRE II. CONVENTION D'ARBITRAGE	65
Article 7. Définition et forme de la Convention d'arbitrage	65
Article 8. Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal	66
Article 9. Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal	66
CHAPITRE III. COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL	67
Article 10. Nombre d'arbitres	67
Article 11. Nomination des arbitres	67
Article 12. Motifs de récusation	67
Article 13. Procédure de récusation	67
Article 14. Carence ou incapacité d'un arbitre	69
Article 14 *bis*	69
Article 15. Nomination d'un arbitre remplaçant	69
CHAPITRE IV. COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL	69
Article 16. Pouvoir qu'a le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence	69
Article 18. Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires	71
CHAPITRE V. CONDUITE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE	71
Article 19. Détermination des règles de procédure	71
Article 20. Lieu de l'arbitrage	72
Article 21. Début de la procédure arbitrale	72

[a] Pour l'examen par la Commission, voir le *Rapport*, chapitre II, A (première partie, A, plus haut).

		Pages
Article 22.	Langue	72
Article 23.	Conclusions en demande et en défense	72
Article 24.	Procédure orale et procédure écrite	73
Article 25.	Défaut d'une partie	74
Article 26.	Expert nommé par le tribunal arbitral	74
Article 27.	Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves	74
CHAPITRE VI.	PRONONCÉ DE LA SENTENCE ET CLOTURE DE LA PROCÉDURE	75
Article 28.	Règles applicables au fond du différend	75
Article 29.	Prise de décisions par plusieurs arbitres	77
Article 30.	Règlement par accord des parties	77
Article 31.	Forme et contenu de la sentence	77
Article 32.	Clôture de la procédure	78
Article 33.	Rectification et interprétation de la sentence et sentence additionnelle	78
CHAPITRE VII.	RECOURS CONTRE LA SENTENCE	78
Article 34.	La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale	78
CHAPITRE VIII.	RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES SENTENCES	79
Article 35.	Reconnaissance et exécution	81
Article 36.	Motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution	82
C.	Observations concernant d'autres points	83

INTRODUCTION

1. A sa quatorzième session, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a chargé son Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux d'élaborer un projet de loi type sur l'arbitrage commercial international[1]. Le Groupe de travail s'est mis à l'œuvre à sa troisième session en étudiant une série de questions dans le but d'établir les éléments fondamentaux d'un projet de loi type[2]. A sa quatrième session[3], le Groupe a examiné les projets d'articles élaborés par le secrétariat, et à ses cinquième et sixième sessions, il a passé en revue un certain nombre de nouveaux projets d'articles et d'articles révisés[4]. A sa septième session, il a examiné un projet de texte composite et, après que des versions correspondantes eurent été élaborées dans les six langues de travail de la Commission par un groupe de rédaction, il a adopté le projet de loi type figurant en annexe à son rapport[5].

2. A sa dix-septième session, la Commission a prié le Secrétaire général de communiquer le projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international à tous les gouvernements et organisations internationales intéressés en les invitant à présenter leurs observations et elle a demandé au secrétariat d'établir, pour sa dix-huitième session, une compilation analytique des observations reçues[6]. Le présent rapport est soumis comme suite à cette demande.

3. Au 31 janvier 1985[7], le secrétariat avait reçu les observations des Etats et organisations internationales ci-après :

Etats : Allemagne, République fédérale d'; Argentine; Autriche; Burkina-Faso[8]; Chili[8]; Chypre; Etats-Unis d'Amérique; Finlande; Inde; Italie; Japon; Mexique;

[1]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quatorzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément nº 17* (A/36/17), par. 70.

[2]Voir rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa troisième session (A/CN.9/216).

[3]Voir rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa quatrième session (A/CN.9/232).

[4]Voir rapports du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de ses cinquième et sixième sessions (A/CN.9/233 et A/CN.9/245).

[5]Voir rapport du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux sur les travaux de sa septième session (A/CN.9/246 et Corr.1).

[6]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément nº 17* (A/39/17), par. 101.

[7]Les observations reçues après cette date seront présentées sous forme résumée dans un document séparé portant la cote A/CN.9/263/Add.1.

[8]Le Burkina Faso, le Chili et l'ONUDI ont indiqué qu'ils n'avaient aucune observation particulière à présenter.

Norvège; Pologne; Qatar; République de Corée; République démocratique allemande; Suède; Tchécoslovaquie; Union des Républiques socialistes soviétiques[9]; et Venezuela.

Organisations internationales[10] : Commission des Communautés européennes (CCE); Association internationale du barreau[11]; Association de droit international[12]; Secrétariat de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED); et Organisation des Nations Unies pour le développement industriel (ONUDI)[8]. (Les sigles correspondants ont été utilisés dans la suite du présent rapport.)

4. Le présent rapport comprend trois parties : la première est consacrée aux observations de caractère général, la deuxième aux observations propres à des articles particuliers et la troisième aux observations intéressant divers points supplémentaires qui devront être examinés par la Commission. Les observations portant sur l'ensemble d'un chapitre ou d'un article sont présentées sous les rubriques "Ensemble du chapitre" ou "Ensemble de l'article". Chaque fois qu'il est fait référence à l'une des sessions du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux (ci-après dénommé "le Groupe de travail"), la cote du rapport correspondant est indiquée[13].

5. Les observations faites au sujet du libellé ou du style qui ne concernent qu'une seule des langues de travail ne sont pas consignées dans le présent rapport. Elles seront présentées à un groupe de rédaction qui se réunira en même temps que la Commission.

6. Deux conventions internationales ont été mentionnées dans de nombreuses observations. Leur titre complet, ainsi que celui utilisé dans le présent rapport, sont indiqués ci-après :

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, New York, 10 juin 1958 (Nations Unies, *Recueil de traités*, vol. 330, p. 39, n° 4739 (1959); CNUDCI, *Registre des textes de conventions et autres instruments relatifs au droit commercial international*, vol. II, chap. I)	Convention de New York de 1958
Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Genève, 21 avril 1961 (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 484, p. 365, n° 7041 (1963-1964); CNUDCI, *Registre des textes de conventions et autres instruments relatifs au droit international*, vol. II, chap. I)	Convention de Genève de 1961

Compilation analytique des observations

A. *Observations générales concernant le projet de loi type*

1. La République fédérale d'Allemagne, les Etats-Unis, l'Italie, la Pologne et le Venezuela ont indiqué expressément qu'ils étaient satisfaits des travaux accomplis par le Groupe de travail. Tous les Etats qui ont présenté des observations de caractère général sur l'intérêt de la Loi type ont indiqué qu'ils l'appuyaient (Allemagne, République fédérale d', Argentine, Etats-Unis, Finlande, Italie, Japon, Norvège, Pologne, Qatar, République de Corée, République démocratique allemande, Suède, Union soviétique et Venezuela). Les observations faites par ces Etats et les raisons pour lesquelles ils approuvent d'une manière générale le projet de texte peuvent être résumées comme suit :

Forme de la Loi type

a) La Loi type constitue un progrès technique notable en matière d'unification des règles régissant l'arbitrage commercial international (Argentine). Elle offre une base solide à une harmonisation accrue des procédures d'arbitrage international (Suède).

b) Un certain nombre d'Etats ont appuyé l'idée tendant à unifier les règles par l'adoption d'une loi type (Etats-Unis, Finlande, Japon, Norvège, Pologne) car, comme le montre l'expérience, une convention ne serait sans doute pas facilement acceptée par un grand nombre d'Etats, à moins qu'elle ne prévoie la possibilité d'émettre des réserves importantes, ce qui aurait pour effet d'en diminuer l'intérêt en tant qu'instrument uniforme (Finlande). La République démocratique allemande a déclaré que la Loi type est un moyen approprié de faire de l'arbitrage commercial international un instrument privilégié pour le règlement des différends dans le contexte des relations économiques internationales et a suggéré que l'on y mette davantage l'accent sur la possibilité d'accepter de saisir les tribunaux permanents d'arbitrage existants et d'appliquer leur procédure.

c) La Loi type constitue une réponse réaliste aux divergences actuelles des législations nationales et des diverses conventions en vigueur sur l'arbitrage (Pologne).

d) La Loi type devrait beaucoup contribuer à la réalisation des objectifs en matière d'harmonisation car, en tant que *lex specialis*, elle prévaudrait contre toute

[9] Le Gouvernement soviétique a transmis les observations établies par des experts soviétiques. Par commodité, celles-ci ont été qualifiées d'observations de l'Union soviétique dans le présent rapport.

[10] Il convient de noter que le Conseil international pour l'arbitrage commercial a consacré exclusivement sa session intérimaire (Lausanne, 9-12 mai 1984) à l'examen du projet de loi type; les documents présentés lors de cette session ainsi que le rapport de cette dernière sont reproduits dans Pieter Sanders, *ed.*, *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, Conseil international pour l'arbitrage commercial, Congress series No. 2 (Deventer, Kluwer 1984).

[11] L'Association internationale du barreau (Section du droit commercial, Comité D sur les procédures de règlement des différends) a indiqué que, comme ses membres proviennent de nombreux pays différents, elle n'était pas en mesure d'exprimer de point de vue reflétant une opinion générale au sujet de la Loi type. Cela étant, il était clair que la grande majorité d'entre eux accueillent favorablement les objectifs du projet et lui souhaitent un plein succès.

[12] Etant donné que son représentant a participé aux sessions du Groupe de travail consacrées à l'élaboration du texte, l'Association de droit international a jugé superflu de présenter des observations supplémentaires.

[13] Les cotes des rapports des sessions pertinentes du Groupe de travail sont indiquées plus haut dans les notes 2 à 5.

autre législation nationale en matière d'arbitrage (Etats-Unis).

Utilité de la Loi type

a) La Loi type sera utile à de nombreux pays (Suède); elle sera utile non seulement dans les pays qui auraient avantage à moderniser leur législation, mais également dans ceux qui adopteront pour la première fois des lois en matière d'arbitrage (Etats-Unis).

b) La Loi type est un bon moyen d'aider les Etats, et en particulier ceux qui ne disposent pas encore de règles juridiques pertinentes, à codifier l'arbitrage commercial international (Allemagne, République fédérale d', République démocratique allemande); la Loi type sera sans aucun doute utile à un nombre considérable de pays industrialisés dont la législation dans ce domaine est dépassée ou est tombée en désuétude du fait des pratiques modernes en matière d'arbitrage commercial international (République fédérale d'Allemagne).

c) La Loi type est conforme aux aspirations de la communauté internationale et elle satisfera au souci qui a présidé à l'élaboration du texte, à savoir que les Etats et, en particulier, ceux en développement, soient en mesure de l'incorporer dans leurs systèmes juridiques (Venezuela).

Acceptabilité quant au fond

a) La Loi type paraît offrir une réglementation acceptable de l'arbitrage commercial internatinal (Norvège). Le texte actuel est acceptable en principe (République de Corée). Tant sous l'angle strictement technique et systématique qu'en raison de son contenu, la Loi type est une réussite à mettre à l'actif du Groupe de travail (Italie).

b) Etant donné qu'elle est conforme à la Convention de New York de 1958 et au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, la Loi type est acceptable en principe (Japon).

c) La Loi type est fondée sur le principe d'un juste équilibre des intérêts des parties dans tous les éléments de la procédure d'arbitrage (Argentine).

d) La Loi type est conforme aux tendances modernes en matière d'arbitrage commercial international; il convient d'appuyer sans réserve l'idée de conférer un caractère facultatif à la plupart des dispositions et le principe selon lequel l'intervention des tribunaux devrait être évitée dans la mesure du possible (Finlande).

e) Bien qu'il soit nécessaire de transiger dans une certaine mesure dans le cadre d'un effort multinational, le projet de texte adopté par le Groupe de travail apparaît conforme d'une manière générale aux pratiques modernes en matière d'arbitrage et devrait contribuer à rationaliser l'arbitrage des différends commerciaux internationaux et à lui conférer un caractère plus sûr (Etats-Unis).

Acceptabilité des principes sous-jacents

a) Les principes les plus importants qui sous-tendent la Loi type (c'est-à-dire liberté des parties, égalité, exhaustivité, compatibilité avec la Convention de New York de 1958, règle de la *lex specialis*) constituent une bonne base pour une réglementation internationale (Pologne).

b) L'intérêt de la Loi type réside notamment dans l'emploi de concepts et de formules provenant d'instruments internationaux qui ont été adoptés et largement acceptés, comme le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Qatar).

c) Tous les éléments essentiels de la procédure arbitrale internationale proposée dans la Loi type sont acceptables; il importe au plus haut point que la Loi type laisse une très grande liberté aux parties en matière de procédure arbitrale et qu'elle limite l'intervention des tribunaux au minimum nécessaire pour que cette procédure satisfasse aux exigences en matière de rapidité et de sécurité (Suède).

d) Bien qu'un certain nombre de points clefs doivent encore être réglés par la Commission, la Loi type rencontre un écho favorable d'une manière générale, car elle offre un cadre procédural exhaustif pour le règlement arbitral des différends issus d'un éventail très large de transactions commerciales internationales. Elle accorde aux parties la liberté de déterminer le processus d'arbitrage, elle tient compte des principes d'équité et d'égalité de traitement des parties et elle contient des dispositions de base régissant le fonctionnement de la procédure d'arbitrage pour le cas où les parties n'ont pas prévu les dispositions nécessaires; en outre, elle est fidèle aux préceptes de la Convention de New York de 1958 et est en harmonie générale avec le règlement d'arbitrage de la CNUDCI. En matière d'arbitrage international mettant en jeu des parties de nationalités différentes ou provenant de pays dotés de systèmes juridiques différents, il est particulièrement important que celles-ci soient libres de choisir d'un commun accord la procédure arbitrale qui convient le mieux à leurs besoins particuliers. La Loi type autorise une telle liberté par l'application systématique du principe selon lequel les parties peuvent déterminer de façon autonome le processus d'arbitrage devant être utilisé dans des cas précis. Le rapport entre la procédure d'arbitrage et les tribunaux y est également bien dosé. Le rôle dévolu aux tribunaux est d'aider et d'appuyer d'une manière générale le processus d'arbitrage sans s'y ingérer. Le respect fondamental des formes régulières, qui est indispensable à tout système de justice, est dans l'ensemble garanti de façon satisfaisante par la Loi type. Celle-ci assure également à chaque partie le droit d'être informée de tous les recours, preuves et arguments présentés contre elle et de se voir accorder la possibilité de présenter ses moyens dans de bonnes conditions (Etats-Unis).

2. L'Union soviétique a exprimé l'opinion que le projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international offre une base satisfaisante pour l'examen de cette question à la dix-huitième session de la Commission. Etant donné que celle-ci examinera le projet de texte pour la première fois, il serait sans doute opportun de commencer par étudier et déterminer la façon d'aborder, sur le plan des principes, les problèmes

qui revêtent de l'importance notamment du point de vue de l'élaboration de règles précises, comme ceux qui ont trait à l'intervention d'un tribunal dans la procédure d'arbitrage, aux critères territoriaux d'application du texte devant être adopté et à sa forme juridique (loi type ou convention).

B. *Observations propres à des articles particuliers*

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Champ d'application

Champ d'application territorial[14]

1. La Finlande et la Norvège ont appuyé le point de vue qui a prévalu au sein du Groupe de travail, à savoir que le lieu de l'arbitrage devrait être le seul critère déterminant pour l'applicabilité pour la Loi type[15]. Selon la Finlande, cette approche est celle qui correspond le mieux à la pratique suivie dans la plupart des pays. La Norvège a fait observer que ce point de vue trouve un écho au sous-alinéa *a* iv du paragraphe 1 de l'article 36, où il est fait mention de "la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu". Ce critère de délimitation du champ d'application, qui devrait être énoncé dans un paragraphe ou un article séparé de la Loi type, s'appliquerait à la majorité des dispositions de cette dernière et en particulier à celles énoncées dans les chapitres III à VII, alors que certaines autres (par exemple les articles 8, 9, 35 et 36 ainsi qu'implicitement les articles 1, 2, 4 et 7) auraient un champ d'application plus vaste puisqu'elles s'appliqueraient en fait à l'échelle mondiale. La Norvège a souligné toutefois qu'il fallait continuer à étudier de façon approfondie la question du champ d'application territorial de la Loi type sous tous ses aspects ainsi que les questions connexes.

2. La République démocratique allemande a noté que la Loi type n'apporte pas de réponse claire en ce qui concerne la possibilité de choisir les règles de procédure. Conformément au principe de territorialité, la Loi type ne devrait pas comporter une clause dérogatoire permettant aux parties d'écarter la loi d'arbitrage en vigueur sur le territoire du pays concerné au profit de la loi d'un autre Etat.

La Loi type en tant que "lex specialis"

3. Les Etats-Unis ont suggéré que le principe de *lex specialis* soit énoncé dans le texte. Cela contribuerait également à mettre en évidence le fait que la Loi type ne régit pas certains aspects de l'arbitrage comme les définitions des cas d'arbitrage, la capacité des parties de conclure un accord d'arbitrage, la notion de *sovereign immunity* (immunité du souverain), la jonction des procédures d'arbitrage, l'exécution des mesures conservatoires provisoires prises par les arbitres et la manière dont les sentences d'arbitrage sont exécutées. Un libellé approprié pour indiquer au paragraphe 1 de l'article premier que la Loi type ne constitue pas un système absolu devrait également contribuer à préciser les paramètres de l'article 5 (domaine de l'intervention des tribunaux).

Primauté du droit des traités

4. Afin de rendre le libellé du paragraphe 1 plus précis, l'Union soviétique propose de remplacer "elle ne porte pas atteinte à tout accord bilatéral ou multilatéral en vigueur pour le présent Etat" (celui qui a adopté la Loi type) par "elle ne porte pas atteinte à tout traité international multilatéral ou bilatéral où le présent Etat est partie".

5. Selon la CCE, il serait souhaitable de présenter un commentaire à propos du paragraphe 1 de l'article premier et surtout du membre de phrase "elle ne porte pas atteinte à tout accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent Etat". Elle estime extrêmement important d'indiquer que l'adoption de la Loi type par un Etat partie à la prochaine Convention de Lomé ne saurait modifier les dispositions relatives à l'arbitrage qui figureront dans cette Convention.

Champ d'application quant au fond : "arbitrage commercial international"

6. La Norvège a formulé l'hypothèse que rien n'empêche un Etat qui adopte la Loi type d'en étendre l'application de manière à régir non seulement l'arbitrage commercial international mais également l'arbitrage national et non commercial. Dans cette hypothèse, la Norvège accepte que le champ d'application de la Loi type soit limité à l'arbitrage commercial international.

7. La Suède estime discutable de limiter la Loi type à l'arbitrage commercial international. Elle fait observer que les Etats qui, comme elle, sont déjà dotés en matière d'arbitrage d'une législation qui fonctionne de façon satisfaisante risquent d'hésiter à adopter des textes supplémentaires sur la base de la Loi type. Comme il est possible de considérer que ces Etats seraient libres d'adopter une législation fondée sur la Loi type et s'appliquant également à l'arbitrage exclusivement national et non commercial, la Suède a souligné que l'on courait le risque que ceux-ci décident de ne pas s'inspirer de la Loi type pour amender leur législation interne, ou ne le fassent que partiellement. Les efforts d'harmonisation s'en trouveraient affectés.

8. L'Argentine a fait remarquer que le membre de phrase "la présente loi s'applique à l'arbitrage commercial international" devrait s'entendre comme une définition suffisamment souple et satisfaisante de la nature commerciale de l'arbitrage international.

9. Notant qu'en vertu du paragraphe 2, la Loi type peut s'appliquer à l'arbitrage entre des parties ayant

[14] D'autres observations concernant le champ d'application territorial de la Loi type ou de certaines de ses dispositions sont consignées notamment dans les paragraphes 2 à 4 de la section du présent rapport consacrée à l'article 34 ainsi que dans les sections consacrées à l'article 6 (par. 2, 5 et 6), à l'article 13 (par. 11), à l'article 27 (par. 1 et 3) et dans les paragraphes 2 à 8 de la section consacrée au chapitre VIII (reconnaissance et exécution des sentences).

[15] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 167.

leur établissement dans le même Etat, l'Union soviétique a fait observer que ce paragraphe pourrait être interprété comme offrant aux parties la possibilité de soumettre leurs différends à l'arbitrage, même si en application de la législation en vigueur dans l'Etat où elles ont leur établissement, ce différend relève de la compétence exclusive d'une autorité judiciaire, administrative ou autre. Une telle interprétation impliquerait dans la pratique que les parties auraient la possibilité de se soustraire aux règles régissant les cas d'arbitrage. En conséquence, elle a proposé d'inclure dans l'article premier une disposition prévoyant que la Loi type ne porte pas atteinte à la législation attribuant certaines catégories de différends à la compétence exclusive d'une autorité judiciaire ou autre. Elle a fait remarquer à cet égard que le paragraphe 1 de l'article II de la Convention de New York de 1958 règle la question des cas d'arbitrage de façon générale et que, bien qu'il soit possible d'obtenir indirectement un résultat similaire par le sous-alinéa *b* i du paragraphe 2 de l'article 34 de la Loi type, il serait opportun d'apporter une réponse claire à cette question dans le texte de l'article premier.

10. Dans une observation de caractère général, les Etats-Unis soulignent qu'il importe tout spécialement de définir de façon appropriée les termes "commercial" et "international" car, pour que la Loi type soit utile, il faut que le libellé en garantisse, sans contestation intempestive, l'application à des transactions commerciales qui, tout en étant effectuées dans un pays donné, touchent les intérêts du commerce international.

a) *"Arbitrage"*

11. La Pologne a indiqué qu'elle appuie les démarches consistant à ne pas donner de définition du terme "arbitrage" dans la Loi type : ce qui, selon son interprétation, signifie que la Loi type s'applique aussi bien à l'arbitrage *ad hoc* qu'à l'arbitrage assuré par une institution arbitrale permanente, quel que soit son degré d'"industrialisation".

b) *"Commercial"*

12. Le Mexique et la CNUCED ont proposé de restreindre la définition du terme "commercial". La CNUCED a noté que le terme "commercial" pouvait être interprété comme signifiant qu'une partie pouvait soumettre à l'arbitrage des questions qui ne doivent pas l'être parce qu'elles relèvent de la compétence des gouvernements et intéressent des questions de droit public. Elle a fait observer que l'indication figurant dans le texte de la note de bas de page selon laquelle le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toutes relations de caractère commercial, pourrait inciter une partie à penser par exemple que l'on pourrait soumettre à l'arbitrage des pratiques interdites par la législation en vigueur dans l'une des parties. Le Mexique a présenté des observations précises en ce qui concerne la façon de restreindre le champ d'application de la Loi type. Il a proposé tout d'abord d'exclure le cas des investissements étrangers directs qui, au Mexique, sont régis par une législation spécifique. Deux, les transactions financières effectuées directement ou garanties par le Gouvernement mexicain sont considérées comme faisant partie de la dette publique et ne devraient pas non plus être soumises à l'arbitrage international. Trois, en ce qui concerne le mouvement international de capitaux, le droit mexicain distingue entre transactions de nature financière, lesquelles ne sont pas soumises à l'arbitrage international, et transactions de nature commerciale. A ce propos, le Mexique a fait observer qu'il a présenté des observations similaires à la treizième session de l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats américains tenue en novembre 1983, laquelle a examiné un projet de convention analogue à la Loi type quant au fond et contenant une disposition identique à celle que l'on vient d'examiner.

13. Bien qu'il ne voie pas d'objection à faire figurer l'interprétation du terme "commercial" dans la note de bas de page concernant l'article premier ou à suggérer de l'interpréter au sens large, le Japon a estimé que ce terme n'est pas nécessaire pour l'incorporation de la Loi type dans la législation nationale d'un Etat. En pareil cas, il suffit de préciser que la loi s'applique aux différends de caractère privé.

14. Les Etats-Unis et la République fédérale d'Allemagne ont indiqué qu'il est nécessaire de préciser dans la Loi type que celle-ci s'appliquait, que les parties soient ou non des commerçants. La République fédérale d'Allemagne, notant que le Groupe de travail a supprimé cette décision qui figurait dans une version antérieure[16], a proposé de la rétablir et a suggéré le texte ci-après, lequel contient une liste un peu moins longue d'exemples de transactions commerciales que celles qui figurent dans le texte actuel :

> "Un arbitre est commercial si la question soumise à l'arbitrage est de nature commerciale au sens le plus large du terme, que les parties soient ou non des commerçants en vertu d'une législation nationale donnée, comme par exemple toute transaction portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises, l'affacturage, le crédit bail, la construction d'usines, le financement, les transactions bancaires, l'assurance, le transport de marchandises ou de voyageurs, etc."

Les Etats-Unis ont proposé d'ajouter les mots "quelle que soit la nature ou le caractère des parties" à la fin de la première phrase du texte actuel.

15. Dans leur réponse, certains pays ont proposé d'étoffer la règle d'interprétation concernant le terme "commercial" afin d'en élargir ou d'en préciser le sens. La Tchécoslovaquie a proposé d'ajouter parmi les exemples les "contrats d'inspection visant à contrôler la qualité ou la quantité des marchandises". La République démocratique allemande a proposé de mentionner, outre le transport de marchandises par voie maritime, des cas typiques intéressant le droit de la mer et, en ce qui concerne la précision de la définition, s'est posé la question de savoir si le texte actuel indique de façon suffisamment claire qu'une relation commerciale peut être aussi bien de nature contractuelle que non contractuelle. Les Etats-Unis ont proposé d'ajouter les mots

[16] A/CN.9/245, par. 163.

"ou services" après le mot "marchandises" dans la deuxième phrase de la note de bas de page.

16. La Suède a indiqué que l'interprétation du terme "commercial" peut soulever des problèmes et que celui-ci devrait être interprété dans un sens aussi large que possible au cas où il serait conservé.

17. Les Etats-Unis, la Pologne, la République fédérale d'Allemagne et la Suède ont fait observer que la règle d'interprétation du terme "commercial" peut ne pas s'entendre de façon indiscutable et uniforme, compte tenu en particulier du fait qu'elle figure dans une note de bas de page qui risque de ne pas avoir la même importance et le même effet dans les divers systèmes juridiques. C'est pourquoi les Etats-Unis, la République fédérale d'Allemagne et la Suède ont proposé de faire figurer le texte de cette note dans le corps du texte de la Loi type. A l'appui de cette suggestion, les Etats-Unis ont souligné les difficultés auxquelles on s'est heurté par le passé du fait du sens relativement étroit accordé au terme "commercial" dans certains pays, d'où l'importance de fournir des directives pour son interprétation.

c) *"International"*

Portée et fiabilité des critères permettant de déterminer le caractère international

18. Les Etats-Unis, l'Inde, la Norvège, la Pologne et l'Association internationale du barreau ont exprimé l'opinion qu'il fallait définir de façon plus claire et plus probante la notion de "caractère international". Les Etats-Unis et l'Association internationale du barreau ont souligné qu'il importe que les parties sachent dès le départ si un arbitrage va être régi par la Loi type ou par d'autres règles en vigueur sur l'arbitrage interne dans l'Etat concerné. Les Etats-Unis et l'Association internationale du barreau ont proposé de réexaminer la proposition étudiée lors des cinquième, sixième et septième sessions du Groupe de travail, à savoir que l'on associe à la formule actuelle l'accord des parties pour définir l'arbitrage comme étant international[17]. Les Etats-Unis ont attiré l'attention sur les multiples formes sous lesquelles se pratique le commerce international. L'une consiste par exemple pour une société qui opère dans un autre pays à y ouvrir une agence. D'un point de vue commercial, la transaction est internationale, que cette agence soit une filiale ou une entité constituée en application de la législation locale. En pareil cas, les contrats passés par une agence constituée en société rentrent dans la définition figurant à l'alinéa *c* parce qu'ils intéressent plus d'un Etat. Toutefois, afin d'éliminer tous les doutes à ce sujet ou d'éviter toute contestation ultérieure, les Etats-Unis proposent d'ajouter à l'alinéa *c* une nouvelle phrase prévoyant que si les parties à un accord d'arbitrage ont déclaré par écrit dans leur contrat que celui-ci met en jeu des intérêts dans plus d'un Etat, elles ne pourront plus affirmer le contraire par la suite. Bien qu'une telle mention ne soit pas nécessaire pour que le contrat tombe sous le coup de l'alinéa *c*, le fait de l'inclure empêcherait les parties d'alléguer ultérieurement que le contrat n'est pas international au sens de la Loi type.

19. Le Japon a indiqué qu'il estime acceptable la définition du terme "international".

20. Selon la Norvège, dans l'hypothèse où il existe une réglementation nationale applicable à l'arbitrage national ou non commercial et qui diffère de la Loi type, cette dernière ne devrait pas empêcher les parties de décider d'un commun accord que l'arbitrage se déroulera conformément à cette réglementation, même si leur relation présente un caractère international et commercial. En outre, étant donné que les critères utilisés pour définir le caractère international et commercial d'un arbitrage sont vagues, il se peut que les parties à l'accord d'arbitrage souhaitent y prévoir le choix de la législation applicable. En conséquence, la Norvège propose d'ajouter à l'article premier une nouvelle disposition autorisant les parties, compte tenu du champ d'application territorial de la Loi type, à stipuler si la Loi type ou une autre loi doit être appliquée.

Cas où les parties ont leur établissement dans des Etats différents (article premier, paragraphe 2 a)

21. La Suède a déclaré que l'interprétation du terme "international" peut soulever des problèmes et que, dans l'hypothèse où il serait conservé, il devrait être interprété dans un sens aussi large que possible. Ainsi, un différend devrait être considéré comme international même s'il est issu d'une opération effectuée entre des parties ayant leur établissement dans un seul Etat, lorsque l'une des parties est une filiale d'une société étrangère. Or, un tel différend ne serait pas considéré comme tel en application du libellé actuel des alinéas *a* et *b* du paragraphe 2. Elle propose de supprimer le paragraphe 3 et de modifier l'alinéa *a* du paragraphe 2 de manière à préciser qu'il suffit que les parties aient leur principal établissement dans des Etats différents pour qu'un arbitrage soit considéré comme international.

Lieu autre que le lieu d'établissement conférant un caractère international à l'arbitrage (alinéa b du paragraphe 2 de l'article premier)

22. La Tchécoslovaquie a proposé de supprimer le texte de cet alinéa afin d'éviter que des différends entre des parties relevant d'un seul Etat soient soumis à un arbitrage international.

23. Ayant noté qu'à sa dernière session le Groupe de travail avait décidé d'ajouter les mots "ou déterminé en application de celle-ci" dans le sous-alinéa 2 *b* i[18], la République fédérale d'Allemagne a soulevé la question de savoir si ces mots se rattachent directement à la possibilité envisagée dans le paragraphe 1 de l'article 20, à savoir que si les parties ne se mettent pas d'accord à ce sujet, le lieu de l'arbitrage est fixé par le tribunal arbitral. Dès lors, ce dernier aurait la possibilité, simplement en procédant au choix du lieu d'arbitrage, de rendre internationale une procédure d'arbitrage qui n'aurait pas ce caractère. De l'avis de la République

[17] A/CN.9/233, par. 60; A/CN.9/245, par. 166; A/CN.9/246 et Corr.1, par. 162.

[18] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 157.

fédérale d'Allemagne, tel ne devrait pas être le cas; en conséquence, les mots "ou déterminé en vertu de cette convention" devraient probablement être interprétés comme signifiant que, même si le lieu d'arbitrage n'est pas expressément défini dans la convention d'arbitrage, on peut néanmoins déduire de sa teneur le lieu d'arbitrage que souhaitent les parties.

24. La République fédérale d'Allemagne a fait observer qu'il n'est pas nécessaire que la "partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale" à laquelle il est fait référence dans le sous-alinéa 2 *b* ii présente un lien avec l'objet du différend ni même qu'elle soit traitée dans l'accord d'arbitrage; le caractère international d'un arbitrage devrait dépendre uniquement du critère énoncé dans la deuxième partie de ce sous-alinéa, c'est-à-dire l'existence d'un lien entre l'objet du différend et un lieu situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement. En conséquence, étant donné qu'il lui paraît que les autres dispositions du paragraphe 2 de l'article premier garantissent l'applicabilité de la Loi type à pratiquement tous les différends présentant un lien international quelconque, la République fédérale d'Allemagne a proposé de supprimer la première partie du sous-alinéa 2 *b* ii.

Existence d'un autre lien international (alinéa c *du paragraphe 2 de l'article premier)*

25. Les Etats-Unis estiment que la disposition énoncée dans l'alinéa *c* du paragraphe 2 contribue à donner une définition à la fois vaste et exhaustive. Etant donné qu'il est question dans cette disposition d'"objet . . . lié à plus d'un Etat", ils ont fait observer que l'on pourrait avancer l'argument que l'on entendait par là une affaire liée à l'Etat lui-même, c'est-à-dire à son gouvernement. Estimant qu'il fallait préciser que cette disposition s'appliquait également aux intérêts privés dans un Etat, les Etats-Unis ont recommandé de la libeller comme suit : "l'objet de la convention d'arbitrage est lié à des intérêts commerciaux dans plus d'un Etat".

26. La Pologne a exprimé l'opinion que le libellé de l'alinéa *c* du paragraphe 2 est trop général et peut donner lieu à des interprétations divergentes. En conséquence, elle a proposé de le remplacer par une disposition plus précise.

Détermination de l'établissement (paragraphe 3 de l'article premier)

27. Chypre a proposé de supprimer les mots "à prendre en considération" dans le paragraphe 3. Elle a fait observer que l'alinéa *a* du paragraphe 2 dispose qu'un arbitrage est "international" si les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, "leur établissement" dans des Etats différents; en conséquence, si une partie en a plusieurs, "l'établissement" et non "l'établissement à prendre en considération" aux fins du paragraphe 2 est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage.

28. La République fédérale d'Allemagne a proposé de supprimer le mot "habituelle" dans la deuxième phrase du paragraphe 3. Comme suite à sa suggestion consignée plus haut (par. 14), à savoir que la Loi type devrait s'appliquer à la fois aux commerçants et aux non-commerçants, elle a suggéré en outre qu'en principe la résidence devrait avoir la même importance que l'établissement. Par souci de précision, il faudrait faire référence à la résidence dans le paragraphe 2 chaque fois qu'il est fait référence à l'établissement. Toutefois, afin d'éviter les répétitions, on pourrait prévoir une disposition générale établissant l'équivalence des deux termes; le libellé actuel de la deuxième phrase du paragraphe 3, dans laquelle est énoncée une telle équivalence entre établissement et résidence, risque de ne pas suffire, car il pourrait être interprété comme s'appliquant aux cas visés par la première phrase du paragraphe 3, c'est-à-dire lorsqu'une partie a plus d'un établissement ou d'une résidence. Il est donc proposé de libeller le paragraphe 3 de la façon suivante :

> "Aux fins du paragraphe 2 du présent article, si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence en tient lieu. Si une partie a plus d'un établissement ou d'une résidence, l'établissement ou la résidence à prendre en considération est celui ou celle qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage."

29. Comme on l'a déjà indiqué plus haut (par. 21), à propos de la modification qu'elle a suggéré d'apporter à l'alinéa *a* du paragraphe 2, la Suède a proposé de supprimer le paragraphe 3.

Article 2.
Définitions et règles d'interprétation

Article 2, alinéa a

1. La Tchécoslovaquie suggère de mentionner dans le texte de cet alinéa que les parties peuvent soumettre le différend à une institution d'arbitrage permanente ou à un tribunal arbitral *ad hoc*.

Article 2, alinéa b

2. Chypre a exprimé l'opinion que la définition du terme "tribunal" est trop large puisqu'elle s'applique également à des organismes ou des organes qui ne sont pas des tribunaux ou des cours de justice. Elle a proposé de définir le terme "tribunal" comme désignant un organisme ou un organe qui est considéré comme tel en vertu de la législation d'un pays.

Article 2, alinéa c

3. Chypre a déclaré que le sens du mot "institution" est limité et que l'intention des rédacteurs était peut-être d'inclure toute association de personnes.

Article 2, alinéa e

4. La Tchécoslovaquie a proposé d'ajouter le texte suivant à la fin de la première phrase de l'alinéa *e* : "En pareil cas, l'envoi par lettre recommandée suffit."

5. La République démocratique allemande propose de préciser que le dernier établissement, la dernière résidence habituelle ou la dernière adresse postale connue sont les derniers qui sont connus de l'expéditeur.

6. La Norvège a fait observer que selon l'alinéa *e* une communication écrite serait dans certains cas réputée reçue si elle a été remise au dernier établissement, à la dernière résidence habituelle ou à la dernière adresse postale connue du destinataire, même si elle n'est jamais parvenue à ce dernier. Tout en reconnaissant la nécessité d'une telle disposition, elle a également fait observer que les alinéas *a* du paragraphe 3 et *a* du paragraphe 4 de l'article 11 ainsi que l'article 25 laissent la possibilité qu'une sentence arbitrale soit rendue contre un défendeur à son insu. Sur la base de ces observations, la Norvège a suggéré d'accorder au défendeur un droit de recours ou d'appel qu'il puisse exercer en pareil cas, ou de l'autoriser à contester la sentence sur le fond pour se défendre dans une action en reconnaissance ou en exécution. De l'avis de la Norvège, ces questions doivent être examinées de façon plus approfondie.

Proposition visant à apporter des additions à l'article 2

7. Les propositions visant à faire figurer des définitions supplémentaires dans l'article 2 ou ailleurs sont reproduites dans les paragraphes 1 à 7 de la partie C (Observations concernant des points supplémentaires).

Article 4.
Renonciation au droit de faire objection

1. Chypre a déclaré que la façon dont cet article est libellé limite la renonciation au cas d'inobservation d'une condition énoncée dans la convention d'arbitrage, alors qu'il est clair que l'on a voulu viser également les cas où une partie omet de déroger à l'une des dispositions de la loi alors qu'elle sait ou devrait savoir qu'elle peut y déroger.

2. Selon l'Inde et la Suède, la règle concernant la renonciation énoncée dans cet article ne devrait pas s'appliquer uniquement à l'inobservation de dispositions facultatives de la Loi type. A titre d'exemple, la Suède a fait remarquer qu'il ne lui paraît pas logique de laisser une partie, qui a pris part à la procédure d'arbitrage sans soulever d'objections du fait d'un vice de forme dans la convention d'arbitrage, soulever ultérieurement une telle objection parce que la sentence est rendue contre elle.

3. Tout en appuyant le point de vue adopté par le Groupe de travail, à savoir qu'il est souhaitable de spécifier dans toutes les dispositions du texte final devant être non impératives que celles-ci ont un caractère non impératif[19], la Suède a exprimé l'opinion qu'il est difficile de le spécifier de façon précise pour chaque règle dans la Loi type. A son avis, les parties ne devraient pas pouvoir déroger à certaines règles de la procédure arbitrale avant le commencement de cette procédure ou avant que celle-ci ait atteint un stade donné, ou ne devraient pouvoir le faire que dans des conditions spéciales, mais elles devraient pouvoir le faire à un stade ultérieur. En conséquence, elle propose que l'on laisse dans une certaine mesure au tribunal arbitral ou à un autre tribunal le soin de décider si une disposition de la Loi type est impérative ou non.

4. La Pologne a appuyé l'idée tendant à restreindre à l'inobservation de dispositions non impératives l'application de la règle relative à la renonciation; toutefois, afin que cette règle soit plus facile à appliquer, elle a estimé qu'il serait *bon d'établir* une distinction plus claire entre les dispositions impératives et non impératives de la Loi type.

5. Selon la Finlande, il faudrait préciser que cette règle s'applique non seulement pendant la procédure d'arbitrage, mais également après que la sentence a été rendue, c'est-à-dire lors des procédures d'annulation, de reconnaissance ou d'exécution. De même, le Japon a exprimé l'opinion que l'effet de la renonciation au droit de faire objection (aux termes de l'article 4) devrait s'étendre aux procédures judiciaires ultérieures.

6. Selon la CNUCED, le mot "promptement" peut constituer une source d'ambiguïté ou donner lieu à des interprétations différentes pour ce qui est du délai dans lequel il peut être fait objection.

Article 5.
Domaine de l'intervention des tribunaux

1. La Norvège a indiqué qu'elle est très favorable à l'idée de préciser de façon claire et exhaustive dans la Loi type proprement dite les cas dans lesquels les tribunaux peuvent intervenir. En outre, il importe de réduire au strict minimum la possibilité d'intervention des tribunaux.

2. La République de Corée a souligné que le libellé de cet article est trop étroit en ce sens qu'il ne vise pas les questions d'arbitrage commercial international non régies par la Loi type. Afin d'en élargir le champ d'application, elle a proposé de libeller cet article de la façon suivante :

"Article 5. *Concours de l'ordre judiciaire*

"1) L'ordre judiciaire coopère à la procédure arbitrale conformément aux dispositions de la présente loi.

"2) Lorsque le tribunal arbitral est incapable d'accomplir un acte qu'il estime essentiel à l'arbitrage, l'ordre judiciaire peut à sa demande lui apporter son concours, conformément aux dispositions du Code de procédure civile, *mutatis mutandis*".

Article 6.
Tribunal chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage

Observations concernant la compétence du tribunal

1. L'Italie a soulevé la question de savoir comment déterminer, au moins pour les cas prévus aux articles 11 3), 11 4) et 13 3), le pays dont les tribunaux sont compétents, lorsque les parties ne se sont pas mises d'accord sur un lieu d'arbitrage. Elle a proposé d'envisager une solution inspirée de l'article 810 2) du Code

[19] *Ibid.*, par. 176 et 177.

italien de procédure civile qui donne compétence au tribunal du lieu où la convention d'arbitrage ou le contrat contenant la clause compromissoire a été conlu.

2. La Pologne a appuyé l'idée tendant à fixer à l'article 6 la compétence du tribunal d'Etat chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage. Elle a souligné toutefois que l'article 6 ne définit pas cette compétence pour les questions non régies par la Loi type, comme par exemple les cas d'arbitrage, la capacité des parties de conclure un accord d'arbitrage, l'immunité de juridiction des Etats étrangers, la compétence d'un tribunal arbitral pour adapter les contrats en fonction de l'évolution des circonstances, la fixation des honoraires des arbitres ou les dépôts pour couvrir les frais. Limiter l'application de l'article 6 aux questions régies par la Loi type en réduit considérablement l'intérêt.

3. Selon le Qatar, l'article 6 peut être interprété comme conférant véritablement au tribunal spécifié dans cet article la qualité de juridiction de première instance : cela pourrait inciter les parties à choisir le tribunal d'un Etat dont ils estiment la législation avantageuse, même si celui-ci est sans lien avec l'objet de l'arbitrage. Pour éviter cette fâcheuse "adjudication", le Qatar propose de libeller comme suit la formule introductive :

> "Au cas où la compétence juridique internationale des tribunaux du présent Etat est établie, le tribunal compétent peut s'acquitter des fonctions mentionnées . . ."

4. Selon la Suède, il serait utile de préciser si l'esprit de l'article 6 est qu'un seul tribunal doit être compétent dans chaque Etat ou si un Etat peut décider, par exemple, que c'est le tribunal du lieu où l'une ou l'autre des parties est domiciliée. Il faudrait également préciser s'il existe une possibilité de recours contre la décision prise par le tribunal au sujet d'une demande d'annulation effectuée en application de l'article 34.

5. On a proposé de préciser, à propos de toutes les fonctions du tribunal mentionnées dans l'article 6 (République démocratique allemande) ou à propos de celles énoncées dans les articles 11, 13 et 14 (Union soviétique), si le lieu de l'arbitrage détermine la compétence du tribunal spécifié à l'article 6 ou s'il doit s'agir, par exemple, du tribunal du pays soit du requérant, soit du défendeur. L'Union soviétique a fait observer qu'à la différence des articles 27 1) et 34 1), aucun critère spécifique, territorial ou autre n'est fourni pour définir la compétence de l'organe désigné dans l'article 6, si ce n'est la disposition très générale concernant le champ d'application de la Loi type qui figure dans l'article premier. En conséquence, il est concevable que les parties s'adressent, par exemple pour nommer un arbitre, aux tribunaux de deux Etats différents qui ont adopté la Loi type et que chacun de ces tribunaux se déclare compétent pour procéder à cette nomination. Etant donné que la possibilité d'un tel conflit entraverait le fonctionnement de l'arbitrage commercial international, l'Union soviétique a proposé que, lors de l'établissement de critères spécifiques pour déterminer la compétence de l'organe désigné pour s'acquitter des fonctions prévues aux articles 11, 13 et 14, l'on prenne en considération, par exemple, le cas où les parties ont accepté que l'arbitrage ait lieu conformément à la Loi type ou bien encore le cas où l'arbitrage doit avoir lieu dans le territoire de l'Etat qui a adopté la Loi type et où les parties n'ont pas décidé de soumettre l'arbitrage au droit d'un autre Etat.

6. La Tchécoslovaquie a proposé de disposer dans l'article 20 que le lieu de l'arbitrage joue un rôle décisif pour déterminer le tribunal qui est compétent pour s'acquitter des fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage et pour annuler la sentence.

Observations concernant la désignation des organes chargés de fonctions d'assistance et de contrôle

7. Le Mexique a fait observer que le tribunal spécifié dans l'article 6 est l'un des lieux définis dans l'article 2 *b* et que la Loi type (par exemple, dans son article 9) fait référence à d'autres tribunaux qui peuvent être différents. Il a proposé de faire apparaître cette différence dans l'article 6.

8. Selon le Japon, le choix du tribunal qui doit s'acquitter des fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage devrait être laissé à la discrétion de chaque Etat. Une loi nationale peut préciser, par exemple, que le tribunal chargé de ces fonctions est le tribunal du lieu de l'arbitrage. En outre, il n'est pas nécessaire que les diverses fonctions énumérées dans l'article 6 soient accomplies par le même tribunal.

9. L'Union soviétique a soulevé la question de savoir s'il est obligatoire de confier dans tous les cas les fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage à des organes judiciaires et d'en exclure les organes qui ne font pas partie du système judiciaire du pays. Elle a fait observer que tous les pays ne réservent pas ces fonctions à des organes judiciaires et que, d'un point de vue pratique, un tribunal ne semble pas être nécessairement le plus indiqué pour désigner un arbitre dans un souci maximum d'efficacité; par exemple, une chambre de commerce est mieux placée à cet égard puisqu'il s'agit d'une affaire mettant en jeu une relation commerciale internationale. Bien que des facteurs quelque peu différents puissent jouer dans le cas de récusation d'un arbitre ou de l'annulation de son mandat, l'Union soviétique a estimé qu'il n'est pas possible de dire que la procédure judiciaire était la plus appropriée à cette fin, compte tenu en particulier du fait que la procédure d'arbitrage est basée sur la volonté des parties. Si un Etat assignait par voie législative les fonctions visées aux articles 11, 13 et 14 à une institution autre qu'un tribunal d'Etat, cet Etat serait garant de la bonne exécution de ces fonctions. Afin d'accorder aux Etats qui adopteront la Loi type une plus grande liberté dans l'attribution des fonctions auxquelles renvoie l'article 6, l'Union soviétique propose d'employer l'expression "le tribunal ou un autre organe compétent" au lieu du mot "tribunal" tout seul.

CHAPITRE II. CONVENTION D'ARBITRAGE

Article 7. Définition et forme de la Convention d'arbitrage

Ensemble de l'article

1. S'agissant des cas dans lesquels les parties ont recours à une institution arbitrale permanente qui suit ses propres règles de procédure, la République fédérale d'Allemagne a proposé de préciser que ces règles priment les dispositions pertinentes de la Loi type, sauf si une règle est en conflit avec une disposition impérative de cette loi, auquel cas cette disposition l'emporte.

2. S'agissant de savoir si une convention d'arbitrage oblige les créanciers en cas de faillite ou de situation similaire résultant de l'insolvabilité, la Norvège a présumé que les rédacteurs de la Loi type n'ont pas eu l'intention de traiter cette question et que la réponse dépendrait du système juridique du lieu où se déroulerait la procédure de faillite ou une procédure similaire.

3. Tout en appuyant les dispositions de l'article 7, la Pologne a fait observer que la Loi type n'aborde pas les cas dans lesquels la conclusion d'un contrat se fait par un échange de formulaires imprimés contenant des clauses d'arbitrage différentes ("conflit de formulaires"). Afin d'éviter les flottements inhérents à ces cas, la Pologne a proposé de faire figurer dans la Loi type une disposition donnant effet aux clauses proposées par les parties dans la mesure où celles-ci coïncident. Normalement, il découlerait de ces clauses que tout différend devrait être réglé par un tribunal arbitral autre que les tribunaux d'Etat. Pour la Pologne, les questions non réglées par les parties devraient être régies par la Loi type.

Article 7, paragraphe 2

4. Les Etats-Unis appuient les dispositions de l'article 7 et en particulier la définition selon laquelle "une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunication qui en atteste l'existence", car ils estiment que cette formule est suffisamment souple pour prendre en considération les façons très diverses dont les affaires sont traitées dans différentes professions et les moyens modernes de communication qui sont utilisés actuellement ou qui le seront à l'avenir. Selon l'interprétation des Etats-Unis, l'expression "autre moyen de télécommunication" englobe tous les procédés électroniques et informatiques qui laissent une trace écrite. Bien que le libellé du projet de texte ne soit pas identique à la définition figurant dans la Convention de New York de 1958, les Etats-Unis estiment qu'il est conforme à cette Convention et en exprime l'intention.

5. Ayant fait observer que le paragraphe 2 de l'article 7 donne à entendre qu'une clause compromissoire énoncée dans un contrat figurant dans un document signé par une seule des parties ne sera pas reconnue comme ayant force obligatoire, la Norvège a fait observer que les connaissements, qui généralement ne sont pas signés par le chargeur, contiennent fréquemment de telles clauses. Pourtant, ces clauses sont généralement considérées comme opposables au chargeur et aux porteurs ultérieurs du connaissement, bien qu'on se trouve dans une situation encore plus complexe s'il est fait référence d'une manière générale dans le connaissement à des conditions énoncées dans un contrat d'affrètement [voir par exemple l'article 22 2) de la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer de 1978 (Règles de Hambourg)][20]. La disposition générale de l'article 1 1) de la Loi type selon laquelle cette dernière ne porte pas atteinte à tout accord multilatéral ou bilatéral permettra de régler certains des cas dans lesquels la signature d'une seule des parties suffirait, mais pas tous. Cela étant, elle propose d'ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe 2 de l'article 7 :

> "Si un connaissement ou un autre document, signé d'une seule partie, établit l'existence d'un contrat, d'une clause compromissoire dans le document, ou d'une référence dans le document à un autre document contenant une clause compromissoire, ce connaissement ou ce document sont réputés constituer une convention écrite."

6. Selon l'Argentine, la disposition énoncée dans la dernière phrase du paragraphe 2, à savoir que la référence à un document contenant une clause compromissoire doit être telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat, devrait prescrire ou au moins être interprétée comme prescrivant que la partie à qui est opposée la clause compromissoire savait ou aurait dû savoir que cette clause avait été incorporée dans le contrat. Il s'agit par là de protéger cette partie de l'application d'une clause compromissoire qui n'est pas utilisée habituellement dans un négoce donné, au cas où elle ne serait pas censée connaître la teneur du document auquel il est fait référence.

7. Selon la CNUCED, il est à craindre que la disposition du paragraphe 2 de l'article 7, qui permet d'incorporer une clause compromissoire dans un contrat en faisant référence à un document contenant cette clause, ne soulève des difficultés dans la pratique.

8. Selon l'Autriche, il faudrait faire figurer dans le paragraphe 2 une disposition selon laquelle une clause compromissoire prévoyant de confier le règlement du litige au tribunal d'arbitrage d'une bourse de commerce est également valide si le contrat (lettre) contenant la clause compromissoire n'a pas été rejeté.

9. La République de Corée a proposé de remanier comme suit le libellé de la deuxième phrase du paragraphe 2 :

> "La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire réputée faire partie du contrat vaut convention d'arbitrage à condition que ledit contrat soit sous forme écrite."

---

[20] A/CONF.89/13, annexe I.

Article 8.
Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal

1. L'Argentine approuve le principe, inscrit dans l'article 8 2), que le tribunal ne doit ni en la forme ni au fond intervenir dans l'arbitrage.

2. Chypre est d'avis que la question portée devant le tribunal, selon le paragraphe 1, n'est pas celle de la "compétence" et que le paragraphe 2 doit être modifié en conséquence.

3. La Tchécoslovaquie suggère d'ajouter à la fin du paragraphe 2 une phrase pour interdire au tribunal arbitral de se prononcer sur le fond avant que soit définitive la décision du tribunal sur la question de sa compétence.

4. L'Italie observe que cet article suppose que le défendeur comparaît devant le tribunal et ne prévoit pas le cas où il fait défaut. Pour éviter d'obliger une partie à supporter les dépenses entraînées par sa comparution (le cas échéant à l'étranger), même en cas de manœuvre purement dilatoire du demandeur, il paraît opportun qu'en cas de non-comparution le tribunal puisse se déclarer d'office incompétent.

5. La Suède observe qu'en droit suédois, le tribunal saisi d'une affaire qui fait l'objet d'une convention d'arbitrage ne renvoit pas les parties à l'arbitrage, mais se borne à déclarer la demande irrecevable. Il apparaît opportun de compléter l'article 8 pour tenir également compte de cette éventualité.

6. L'Union soviétique note la divergence suivante entre les articles 8 1) et 16 3) du projet de texte. D'une part, le tribunal visé à l'article 8 1) est habilité à déterminer la validité de la convention d'arbitrage même s'il est saisi alors que la procédure arbitrale est déjà engagée et même si le tribunal arbitral s'est entre-temps prononcé sur sa compétence, puisque l'article 8 2) permet à ce tribunal de poursuivre la procédure déjà engagée "en attendant que le tribunal ait statué sur sa compétence". D'autre part, selon l'article 16 3), la décision par laquelle le tribunal arbitral s'est déclaré compétent ne peut être attaquée par l'une ou l'autre des parties que lors d'une action en annulation de la sentence. La divergence se rencontre quand le tribunal arbitral s'est déclaré compétent sans avoir encore prononcé sa sentence et qu'une partie a néanmoins intenté une action en justice; en pareil cas, un problème de choix se pose entre l'article 8, qui habilite le tribunal à statuer sur la compétence du tribunal arbitral, et l'article 16 3) selon lequel la décision par laquelle le tribunal arbitral se déclare compétent ne peut être attaquée que lors d'une action en annulation de la sentence. De plus, quand malgré l'existence d'une convention d'arbitrage, une partie intente une action en justice avant que soit engagée la procédure arbitrale, il est possible de considérer *a contrario* qu'elle ne peut recourir au tribunal arbitral tant que le tribunal n'a pas statué sur la validité de la convention, puisque l'article 8 2) ne concerne que la poursuite d'une procédure arbitrale "déjà engagée" avant que soit intentée l'action en justice. Selon ces observations et vu la nécessité d'assurer un arbitrage commercial international qui soit efficace, l'Union soviétique propose de remplacer l'actuel paragraphe 2 de cet article par deux autres règles. L'une disposerait que l'action en justice d'une partie n'empêche pas l'autre d'engager la procédure arbitrale en attendant que le tribunal ait statué sur la compétence du tribunal arbitral. L'autre disposerait que, lorsque la procédure arbitrale est déjà engagée, le tribunal doit surseoir à statuer sur la compétence du tribunal arbitral jusqu'au prononcé de la sentence (cf. l'article VI 3) de la Convention de Genève de 1961). L'Union soviétique est d'avis que l'adoption de ces deux dispositions permettrait de supprimer la dernière phrase de l'article 16 3) devenue superflue.

7. La République de Corée suggère de placer le texte de l'article 8, qui traite de l'engagement et de la poursuite de la procédure arbitrale, ainsi que celui de l'article 9, après l'article 21, sous les numéros 21 *bis* et 21 *ter*.

Article 9.
Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal

1. Les Etats-Unis appuient le principe de cet article et l'opinion exprimée par le Groupe de travail, à savoir que la gamme des mesures visées à l'article 9 est très vaste et comprend notamment les saisies conservatoires[21]. Ils estiment que cette série de mesures permet non seulement la conservation des biens mais aussi, dans les circonstances appropriées, la protection des secrets d'affaires et renseignements exclusifs, toutes matières propres à faire l'objet des mesures de sauvegarde que peut prendre un tribunal. Il est particulièrement souhaitable qu'il en soit ainsi, vu la complexité croissante des transactions commerciales internationales qui suscitent des litiges relevant de l'arbitrage et qui vont actuellement des simples contrats commerciaux aux accords à long terme les plus difficiles. Ces mesures permettent aussi de conserver les documents ou autres preuves qui peuvent aider le tribunal arbitral à prononcer une juste sentence.

2. La République fédérale d'Allemagne note qu'au Groupe de travail sa délégation avait proposé de mentionner la préservation des preuves comme exemple premier de mesures provisoires prises par un tribunal. La majorité du Groupe ne l'ayant pas estimé nécessaire, elle demande l'inclusion d'une référence appropriée dans le rapport officiel.

3. Chypre préfère dans cet article et dans l'article 18 les mots "ordonnances ou jugements provisoires" aux mots "mesures provisoires conservatoires".

[21] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 26.

CHAPITRE III. COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL

Ensemble du chapitre

1. La Pologne appuie le principe fondamental de la volonté des parties (principe dispositif) consacré par ce chapitre.

2. La République démocratique allemande est d'avis que les délais prévus aux articles 11 et 13 sont trop courts et devraient être prolongés.

3. La République fédérale d'Allemagne propose de considérer l'opportunité d'inclure dans le chapitre III une disposition sur le choix de l'arbitre ou, dans le cas où il y en a plus d'un, sur la composition du tribunal arbitral, afin de garantir l'impartialité de la sentence.

Article 10. Nombre d'arbitres

L'Inde suggère que, sauf convention contraire des parties, l'arbitrage soit confié à un arbitre unique, par souci d'économie et de facilité.

Article 11. Nomination des arbitres

Ensemble de l'article

1. La Finlande suggère d'ajouter aux dispositions régissant la nomination des arbitres la disposition suivante :

> "Si une partie manque à son obligation de nommer un arbitre et que l'autre préfère alors intenter une action en justice, l'existence de la convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à la compétence du tribunal."

La Finlande propose encore d'examiner si tout autre manquement d'une partie qui, par exemple, n'acquitte pas sa quote-part de l'avance à verser aux arbitres, devrait avoir le même effet.

Article 11, paragraphe 3

2. Le Japon, notant que les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres [art. 10 1)] et que le paragraphe 3 de l'article 11 ne prévoit que les cas où il y a lieu de nommer trois arbitres ou de n'en nommer qu'un seul, propose de traiter de façon plus générale la nomination des arbitres quand les parties n'y pourvoient pas.

3. Le Qatar note que la Loi type ne dit rien de la présidence du tribunal arbitral s'il est composé de trois arbitres et que, si selon l'article 29 l'arbitre-président peut être autorisé à trancher les questions de procédure, cette disposition n'est précédée d'aucune définition dudit président ni d'aucune désignation de l'arbitre chargé de présider. Le Qatar propose donc de prévoir dans l'article 11 3) de la Loi type, à l'instar de l'article 7 1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, que les deux arbitres nommés chacun par une partie choisissent le troisième, qui exercera les fonctions d'arbitre-président du tribunal.

4. L'Union soviétique suggère, pour plus de certitude, de remplacer au paragraphe 3 *a* de l'article les mots "dans un délai de trente jours après avoir été priée de le faire par l'autre partie" par les mots "dans un délai de trente jours après réception de la demande que l'autre partie lui a adressée à cet effet".

Article 11, paragraphe 5

5. Au paragraphe 5 déclarant définitive la décision du tribunal, la Norvège n'a pas d'objection dans la mesure où il s'agit de son contenu purement discrétionnaire. En revanche, la Loi type ne saurait empêcher une partie de contester la décision dans sa forme, ou dans son interprétation et son application de la loi; comme toute autre solution serait inacceptable, du moins en droit norvégien, la question se pose de savoir si le mot "définitive" doit s'entendre comme interdisant même ce genre de contestation.

Article 12. Motifs de récusation

1. L'Inde est d'avis que les motifs de récusation énoncés dans cet article sont trop vagues pour permettre une interprétation et une application qui soient commodes et uniformes.

2. La CNUCED estime que la dernière phrase du paragraphe 1, qui oblige l'arbitre à signaler certaines circonstances aux parties, risque de contredire la phrase précédente, qui oblige justement toute personne pressentie comme arbitre à signaler ces circonstances. L'obligation ne devrait pas persister durant toute la procédure arbitrale. La CNUCED estime encore qu'au paragraphe 2 il semble opportun de disposer que l'arbitre ne peut être récusé que "s'il existe des raisons de croire à des circonstances . . ." puisque ces circonstances doivent être établies.

3. Les Etats-Unis approuvent les motifs de récusation annoncés à l'article 12. Le paragraphe 2 pose à juste titre le motif fondamental de récusation d'un arbitre, à savoir "s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance". En outre, les parties peuvent convenir que les arbitres doivent posséder certaines qualifications professionnelles et qu'à défaut ils sont susceptibles d'être récusés. Afin que la Loi type respecte cette faculté des parties, les Etats-Unis proposent d'ajouter les mots "ou pour un motif convenu par les parties", à la première phrase de l'article 12 2).

Article 13. Procédure de récusation

Article 13, paragraphe 1

1. Pour la proposition des Etats-Unis concernant les mots du paragraphe 1 "sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article", voir paragraphe 8 ci-dessous.

Article 13, paragraphe 2

2. Alors que la République fédérale d'Allemagne est d'avis que l'arbitre récusé ne devrait pas intervenir dans la décision de récusation, le Japon considère souhaitable de préciser au paragraphe 2 que le tribunal arbitral, qui se prononce sur la récusation, comprend l'arbitre récusé. La CNUCED note que cette règle ne peut s'appliquer que si le tribunal compte au moins trois arbitres.

3. La République démocratique allemande propose d'ajouter au paragraphe 2 la disposition suivante sur la récusation de l'arbitre unique : "si l'arbitre unique est récusé, il peut se déporter. Sinon la récusation met fin à sa mission".

4. La Norvège est d'avis que si une partie ne soulève pas d'objection dans le délai prévu au paragraphe 2, elle ne peut plus le faire non seulement durant toute la procédure arbitrale, mais aussi au titre des articles 34 2) *a* iv et 36 1) *a* iv : il conviendrait de l'indiquer clairement soit dans l'article 13, soit dans les articles 34 et 36.

5. La Suède observe que selon cet article l'arbitre récusé paraît avoir toute liberté de se déporter et que s'il se déporte, peut-être dans les débuts de la procédure, la partie qui l'a nommé risque d'en pâtir par suite des frais et retards qui en résultent. Une solution à ce problème consisterait à laisser le tribunal arbitral décider si la question de récusation doit être tranchée immédiatement ou si elle peut être laissée au tribunal devant lequel la partie peut attaquer la sentence.

6. La Norvège est d'avis que le délai de 15 jours prévu au paragraphe 2 (et aussi au paragraphe 3) est trop court pour donner aux parties une possibilité appropriée de récuser un arbitre. La raison en est que, dans l'arbitrage international, une communication est souvent remise non pas directement au destinataire, mais à son représentant au lieu de l'arbitrage, lequel contacte son confrère au lieu de l'établissement, qui contacte le destinataire. La réponse du destinataire suivra d'ordinaire la même voie et, à chaque étape, la formalité exige quelque temps. Compte tenu de la durée habituelle d'un arbitrage et de la disposition selon laquelle la récusation ne suspend pas la procédure, la Norvège estime inutile de fixer un délai si bref.

Article 13, paragraphe 3

7. La République fédérale d'Allemagne exprime l'avis que dans les cas où les parties peuvent recourir au tribunal en vertu de l'article 6, ce recours ne se justifie que si elles n'ont pas convenu d'une autre procédure qui aboutirait à une décision concluante et obligatoire, à l'exception du recours prévu à l'article 34. Observant qu'en vertu des paragraphes 3 et 4 de l'article 11 relatif à la nomination des arbitres, les parties ne peuvent recourir au tribunal que si elles n'ont pas convenu d'une autre procédure qui conduirait à une décision concluante et obligatoire, la République fédérale d'Allemagne suggère d'apporter la même réserve à l'intervention du tribunal en vertu de l'article 13 3). La même suggestion s'applique à l'article 14 (voir paragraphe 2 de la compilation des observations sur l'article 14).

8. Bien que le paragraphe 3 de l'article 13 protège quelque peu contre les manœuvres dilatoires d'une partie récalcitrante, les Etats-Unis s'inquiètent à l'idée qu'une récusation interlocutoire demandée au tribunal pendant la procédure d'arbitrage puisse servir à entraver cette procédure et à susciter des frais superflus. En même temps, ils partagent l'avis des praticiens de l'arbitrage selon lequel les parties devraient disposer d'un moyen de récuser un arbitre et d'obtenir une décision à ce sujet avant le prononcé de la sentence. La meilleure solution serait donc que les parties conviennent d'une procédure de récusation et qu'à défaut seulement elles puissent demander une récusation en justice au cours de l'arbitrage. Les Etats-Unis suggèrent de supprimer au paragraphe 1 les mots "sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article" et d'ajouter à la fin "et la décision prise selon cette procédure est définitive".

9. Vu la nécessité d'assurer l'impartialité et l'indépendance du tribunal arbitral et la faculté de poursuivre la procédure en attendant que le tribunal ait statué sur la demande de récusation, la Norvège considère qu'il devrait être possible d'en appeler de cette décision, au moins si elle est négative. Quant au caractère définitif de la décision, la Norvège présente la même observation qu'à propos de l'article 11 5) [voir par. 5 de la compilation des observations sur l'article 11].

10. L'Union soviétique exprime l'avis que l'article 13 3) permet sur la procédure arbitrale un contrôle judiciaire extrêmement étendu, qui semble injustifié et susceptible d'entraîner d'importants retards. Ce risque n'est pas réduit par le fait que le tribunal arbitral, y compris l'arbitre récusé, peut poursuivre la procédure arbitrale, puisqu'il ne s'agit là que d'une faculté et qu'en pratique le tribunal arbitral s'en abstiendra très probablement dans l'attente de la décision du tribunal. L'Union soviétique propose d'examiner l'opportunité de supprimer le paragraphe 3 ou du moins d'en limiter considérablement la portée de façon qu'il s'applique, par exemple, aux rares cas de récusation de l'arbitre unique ou de la majorité des arbitres, cas où la décision prise par le tribunal arbitral au sujet de la récusation conformément au paragraphe 2 pourrait susciter des doutes. Dans d'autres situations, le contrôle judiciaire de l'impartialité et de l'indépendance des arbitres pourrait, sans préjudice des droits des parties, s'exercer de façon appropriée après la clôture de la procédure arbitrale.

11. La République démocratique allemande propose de déterminer le tribunal compétent en vertu de l'article 13 3), en remplaçant les mots "le tribunal visé à l'article 6" par les mots "le tribunal, visé à l'article 6, du pays où se déroule l'arbitrage". Elle propose d'en faire de même pour l'article 14.

Article 14.
Carence ou incapacité d'un arbitre

1. L'Autriche propose d'insérer dans l'article 14 les mots "Sauf convention contraire des parties", pour montrer qu'elles sont libres de convenir de l'application d'un ensemble de règles d'arbitrage qui apportent une solution différente à la situation envisagée dans cet article.

2. Pour des raisons exprimées au paragraphe 7 de la compilation des observations sur l'article 13, la République fédérale d'Allemagne suggère d'inclure dans l'article 14 un libellé tel que les parties ne puissent recourir au tribunal que si elles n'ont pas convenu d'une autre procédure qui conduirait à une décision concluante et obligatoire.

3. L'Italie propose d'ajouter après les mots "de ses fonctions" les mots "d'une façon prompte et efficace".

4. Au sujet de la proposition de la République démocratique allemande de désigner le tribunal compétent en vertu de l'article 14, voir paragraphe 11 de la compilation des observations sur l'article 13.

5. Au sujet du caractère définitif de la décision du tribunal, la Norvège présente la même observation qu'à propos de l'article 11 5) [voir paragraphe 5 de la compilation des observations sur l'article 11].

6. Pour exprimer plus clairement les cas d'incapacité, la République de Corée propose de remplacer dans la première phrase les mots "s'il se déporte" par les mots "s'il décède ou se déporte".

Article 14 bis

Aucune observation.

Article 15.
Nomination d'un arbitre remplaçant

1. Chypre interprète les mots "conformément aux règles qui étaient applicables" comme renvoyant à la procédure exposée aux paragraphes 2 et 3 de l'article 11 : renvoi inopportun, car cette procédure concerne la nomination initiale de tous les arbitres et non celle d'un remplaçant. Chypre estime que le remplaçant doit être nommé selon la même procédure que l'arbitre qu'il remplace et que telle était peut-être l'intention des rédacteurs. Elle note que l'une des parties peut ne pas vouloir appliquer, à la nomination d'un remplaçant, un accord conclu en vertu de l'article 11 2) pour la nomination initiale. Elle suggère de prévoir expressément ces cas.

2. La Norvège observe que le Groupe de travail entendait couvrir dans l'article 15 tous les cas où il pourrait se révéler nécessaire de nommer un arbitre remplaçant[22]. Cette intention permet de simplifier le libellé en supprimant les mots : "conformément à l'article 13 ou 14, ou lorsqu'il se déporte pour toute autre raison, ou lorsque son mandat est révoqué par accord des parties ou dans tout autre cas où il est mis fin à son mandat".

3. La Suède, considérant que selon l'article 14 un arbitre peut se déporter de son propre chef sans motif particulier, note que selon l'article 15 un remplaçant lui est nommé dans les mêmes formes. Elle observe qu'en conséquence une partie peut, d'accord avec l'arbitre nommé par elle, le remplacer par un autre; ce qui peut lui permettre de prolonger la procédure et de remplacer l'arbitre par un autre qu'elle espère lui être plus favorable. La Suède propose donc que le remplaçant soit nommé par un organe impartial comme un tribunal : on devrait aussi envisager à l'article 14 une clause disposant que l'arbitre qui se déporte sans motif est tenu des frais ainsi causés.

CHAPITRE IV. COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 16.
Pouvoir qu'a le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence

Article 16, paragraphe 1

1. Chypre, notant que, selon son droit national, une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat nul est également nulle, appuie la disposition de l'article 16 selon laquelle la constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire. Toutefois, elle suggère de prévoir que le tribunal décide de cette dernière nullité.

2. L'Inde suggère d'ajouter à la fin de la première phrase du paragraphe 1 les mots "ou l'identité de toute partie à la convention d'arbitrage". Il s'agit par là de régler le problème de la responsabilité des armateurs en régime de libre immatriculation maritime.

Article 16, paragraphe 2

3. L'Union soviétique est d'avis que l'intention du tribunal arbitral d'outrepasser son mandat n'apparaîtra clairement qu'au prononcé de la sentence et que le délai imparti pour soulever une exception de ce fait devrait être défini avec plus de précision. La disposition serait plus précise si l'exception devait être soulevée par une partie dès qu'est posée la question qui excède le mandat (comme en dispose, par exemple, l'article V 1) de la Convention de Genève de 1968).

4. Selon la Suède, le sens de la disposition relative au délai imparti pour soulever l'exception prise de ce que le tribunal arbitral outrepasse son mandat manque de clarté. La question de ce mandat peut avoir été posée au cours de la procédure arbitrale et à ce moment-là le tribunal arbitral a pu indiquer son intention de la trancher. Toutefois, on ne peut guère le considérer comme lié par cette indication. Normalemement, c'est seulement au prononcé de la sentence qu'une partie sait avec certitude si le tribunal arbitral a outrepassé son

[22] *Ibid.*, par. 48.

mandat. Donc, elle devrait pouvoir soulever l'exception dans le délai imparti pour l'action en annulation de la sentence arbitrale.

5. La Norvège exprime l'avis qu'une partie qui ne soulève pas l'exception d'incompétence prévue au paragraphe 2 devrait être privée de la possibilité de la soulever lors de la demande d'annulation ou d'exécution de la sentence arbitrale. Observant que le Groupe de travail a exprimé la même opinion[23], la Norvège suggère de prévoir une disposition explicite à ce sujet soit dans l'article 16, soit dans les articles 34 et 36.

6. Chypre propose de modifier comme suit la première phrase du paragraphe 2 : "L'exception d'incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense; elle peut être soulevée dans ces conclusions."

Article 16, paragraphe 3

7. L'Autriche, l'Inde, la Norvège, la Pologne et l'Association internationale du barreau s'élèvent contre la règle énoncée dans la dernière phrase du paragraphe 3 et sont d'avis que la décision par laquelle le tribunal arbitral s'est déclaré compétent devrait pouvoir être soumise immédiatement à l'appréciation du tribunal.

a) L'Autriche note que selon le présent texte les parties sont en fait forcées de continuer la procédure, parfois au prix de frais et de délais considérables, avant de pouvoir intenter une action en annulation fondée sur l'incompétence du tribunal arbitral. Elle exprime donc l'opinion que le tribunal arbitral devrait avoir la possibilité de se prononcer sur sa compétence en tant que question préalable. Sa sentence pourrait alors être immédiatement attaquée par l'une ou l'autre partie dans une action en annulation en vertu de l'article 34. L'Autriche observe que selon l'article 13 3) la partie qui n'a pas obtenu la récusation d'un arbitre peut immédiatement prier le tribunal d'en décider et qu'une solution analogue conviendrait mieux dans le cas plus important où la compétence du tribunal arbitral est contestée.

b) La Norvège, bien que d'accord avec l'opinion majoritaire du Groupe de travail de ne pas accorder au tribunal un pouvoir de contrôle concomitant[24], suggère que dans certains cas il pourrait être très utile que le tribunal statue dès le début sur la compétence du tribunal arbitral et que la Loi type laisse à cet égard quelque souplesse. Elle propose de remplacer le paragraphe 3 de l'article 16 par les dispositions suivantes :

"3) Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Dans le premier cas, il peut prononcer une sentence préalable.

"4) Sauf convention contraire des parties, chacune peut demander au tribunal d'annuler la sentence préalable visée au paragraphe 3 du présent article. Cette demande doit être faite dans le délai visé au paragraphe 3 de l'article 34.

"5) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral décide de la poursuite de la procédure arbitrale en attendant que le tribunal ait statué sur sa compétence.

"6) La décision par laquelle le tribunal arbitral s'est déclaré compétent ne peut être attaquée que par une action visée au paragraphe 4 du présent article, une action en annulation de la sentence arbitrale sur le fond, ou un moyen de défense contre une action en reconnaissance ou en exécution de la sentence."

c) La Pologne est d'avis que l'article 16 3) contrevient au maître principe de l'arbitrage commercial, qui veut une procédure rapide et peu coûteuse. Elle suggère que le tribunal statue dès que possible sur l'exception d'incompétence du tribunal arbitral. Par exemple, on pourrait envisager que le tribunal arbitral prononce une sentence préalable obligatoire, qui pourrait être immédiatement attaquée devant le tribunal.

d) L'Association internationale du barreau admet qu'il appartient au premier chef au tribunal arbitral de se prononcer sur les questions de compétence, notamment les cas d'arbitrage et la validité de la convention d'arbitrage. Toutefois, comme ses décisions en la matière sont soumises au contrôle exercé en dernier ressort par le tribunal, il semble raisonnable de permettre à celui-ci d'intervenir dès le début plutôt qu'à la fin de la procédure d'arbitrage. On éviterait ainsi des retards et des frais superflus. En conséquence, l'Association internationale du barreau suggère de réexaminer l'article 16 3) et de revoir, en vue de le rétablir, l'article 17 débattu et supprimé par le Groupe de travail[25]. Elle fait observer que maints hommes de loi estiment que le contrôle concomitant du tribunal devrait pouvoir s'exercer dans un sens plus général, outre le recours au tribunal sur les questions de sa compétence, pour empêcher le tribunal arbitral d'outrepasser son mandat ou de violer les formes légales. Selon le texte actuel de l'article 16 3) (comme l'explique le Groupe de travail dans le rapport sur les travaux de sa septième session[26]), il semble ne pas y avoir de recours contre une sentence ou décision préalable du tribunal. Certes, l'intention de limiter au minimum le contrôle du tribunal se comprend (et il est probable que la majorité des membres de l'Association internationale du barreau l'accepte), mais il semble qu'il ne faudrait pas l'appliquer de façon si stricte qu'elle aboutisse à des situations extrêmes assujettissant les parties à des entraves, retards et frais inutiles.

[23] *Ibid.*, par. 51.

[24] *Ibid.*, par. 55.

[25] *Ibid.*, par. 53 à 56. Le texte de l'article 17, examiné par le Groupe de travail, était le suivant :

"Article 17. *Contrôle concomitant du tribunal.*

"1) [Nonobstant les dispositions de l'article 16], une partie peut [à tout moment] prier le tribunal visé à l'article 6 de statuer sur l'existence d'une convention d'arbitrage valide et [, si la procédure arbitrale a commencé,] sur la compétence du tribunal arbitral [en ce qui concerne le différend dont il est saisi].

"2) Dans l'attente de cette décision, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure [à moins que le tribunal n'ordonne une suspension de la procédure arbitrale]."

[26] *Ibid.*, par. 56.

8. La Norvège et l'Association internationale du barreau suggèrent de mentionner à l'article 16 3) que la décision par laquelle le tribunal arbitral se déclare compétent pourrait aussi être contestée comme moyen de défense contre une action en reconnaissance ou en exécution de la sentence. L'Association internationale du barreau souligne que, selon l'article 16 3), la question de compétence peut être soulevée seulement dans une action en annulation et non comme moyen de défense contre une action en reconnaissance ou en exécution de la sentence. On risque ainsi d'aboutir à un résultat absurde si la partie déboutée ne peut agir en annulation simplement parce que l'autre partie, plus diligente, a déjà intenté une action en exécution.

9. Le Mexique suggère de préciser que les dispositions du paragraphe 3 s'appliquent non seulement à l'exception d'incompétence du tribunal arbitral, mais aussi à l'exception prise de ce que le tribunal arbitral outrepasse son mandat.

10. L'Union soviétique, au sujet de la proposition relative à l'article 8 2) (voir par. 6) de la compilation des observations sur l'article 8, est d'avis qu'on pourrait supprimer la dernière phrase de l'article 16 3), qui est superflue.

Article 18.
Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires

1. L'Autriche propose de supprimer cette disposition. La plupart des législations nationales relatives aux marchandises périssables contiennent des articles permettant de les vendre d'urgence et il n'y a pas lieu d'en ajouter d'autres. Une mesure provisoire ordonnée par le tribunal arbitral (par exemple arrêter la construction d'un bâtiment) pourrait mettre les arbitres en position difficile et les exposer à une demande de dommages-intérêts si elle se révèle injustifiée. Donc, le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires de sauvegarde ne devrait appartenir qu'aux tribunaux ordinaires.

2. L'Inde est d'avis que le tribunal arbitral devrait avoir le pouvoir de faire exécuter des mesures provisoires de sauvegarde.

3. Le Mexique suggère de comprendre, dans les sûretés que le tribunal arbitral peut exiger de toute partie non seulement les frais occasionnés par les mesures provisoires de sauvegarde qu'il ordonne, mais les dommages éventuels qui en résultent pour l'autre partie, si celle-ci a gain de cause.

4. La Norvège considère qu'on n'a pas eu l'intention de traiter dans la Loi type la limitation du genre de mesures provisoires que le tribunal arbitral peut ordonner, ni leur exécution, ni des conséquences de leur inobservation.

5. La Suède observe qu'en droit suédois un tribunal peut décider une mesure à la demande d'une partie qui estime avoir un droit à faire valoir : ce qui s'applique aussi si le différend doit être réglé par arbitrage et que cette procédure soit engagée ou non. Elle note que l'article 18, considéré à la lumière de l'article 5, semble donner au seul tribunal arbitral le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires de sauvegarde. Un éclaircissement de cette disposition s'impose pour en dégager l'intention réelle. Il conviendrait aussi de préciser si toute mesure provisoire ordonnée par un tribunal arbitral est obligatoire et quelles sont les conséquences si une partie ne s'y conforme pas.

6. La Norvège propose d'utiliser une expression différente pour les mesures visées dans cet article, afin de ne pas les confondre avec celles ordonnées par un tribunal selon l'article 9.

CHAPITRE V. CONDUITE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

Article 19.
Détermination des règles de procédure

Ensemble de l'article

1. Selon la Suède, il serait bon que la Loi type, dans cet article ou dans un autre article approprié, invite le tribunal arbitral à faire diligence.

Article 19, paragraphe 1

2. Selon l'Italie, il conviendrait de permettre aux parties de déterminer les règles de procédure après que les arbitres ont accepté leur mission, pour autant qu'ils soient d'accord.

3. Les Etats-Unis, notant que selon l'article 19 1) "les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral" posent la question connexe de savoir si elles doivent le faire dans un délai quelconque. Bien que le Groupe de travail ait déclaré que "les parties devraient être libres de convenir de la procédure à suivre pendant toute la durée de la procédure d'arbitrage"[27], les Etats-Unis estiment que la Loi type devrait régler clairement cette question qui peut présenter de l'importance et proposent de dire au paragraphe 1 que les parties peuvent convenir de la procédure pendant ou avant la procédure arbitrale.

Article 19, paragraphe 2

4. L'Italie affirme que de nombreux régimes juridiques, dont le régime italien, considèrent la recevabilité et la pertinence des preuves comme des questions de fond, qui sont donc régies par les règles applicables au fond du différend, déterminées conformément à l'article 28.

5. Le Mexique suggère d'indiquer au paragraphe 2 que le tribunal arbitral doit exercer de façon prudente et raisonnable les pouvoirs qui lui sont conférés de conduire la procédure et de déterminer la recevabilité, la pertinence, la matérialité et l'importance des preuves et qu'il doit toujours motiver ses décisions.

6. Au sujet de la disposition de l'article 19 2) sur la conduite de la procédure arbitrale, la Pologne souligne

[27] *Ibid.*, par. 63.

que le tribunal arbitral doit tenir la balance égale entre les intérêts des parties et tenir compte des facteurs qui facilitent la procédure et permettent une compréhension mutuelle (par exemple la question de la langue).

Article 19, paragraphe 3

7. La Norvège, observant que selon le paragraphe 3 chaque partie doit avoir "toute" possibilité de faire valoir ses droits, note que la violation de cette disposition par le tribunal arbitral constitue un motif d'annuler la sentence [art. 34 2) *a* iv], de refuser de la reconnaître ou de l'exécuter [art. 36 1) *a* iv] et qu'elle peut aussi servir à des manœuvres dilatoires. La Norvège propose donc de remplacer au paragraphe 3 l'expression "toute possibilité" par une autre, par exemple "une possibilité appropriée".

8. L'Association internationale du barreau suggère d'ajouter, après le mot "full" (toute) au paragraphe 3, les mots "and proper" (pertinente) car, en anglais, le mot "full" s'emploie rarement seul dans ce sens et les mots "full and proper" constituent une expression idiomatique qui serait bien comprise dans le contexte et serait susceptible d'une définition raisonnablement précise. Au contraire, le mot "full", relativement imprécis en soi, risque de s'interpréter dans un sens indûment restrictif. Il est vrai que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI se borne au mot "full", mais cet emploi est moins important dans un règlement d'arbitrage que dans des législations nationales.

Article 20.
Lieu de l'arbitrage

1. L'Inde est d'avis que la liberté des parties de décider du lieu de l'arbitrage peut léser la partie la plus faible. Une solution possible serait que l'arbitrage ait lieu dans le pays du défendeur. L'Inde n'est toutefois pas opposée à l'inclusion du critère d'objectivité implicite dans l'expression "ce lieu est fixé par le tribunal arbitral" de l'article 20 1).

2. Au sens de la Norvège, il n'est pas nécessaire qu'un véritable lien unisse le lieu de l'arbitrage visé au paragraphe 1 et tout autre lieu visé au paragraphe 2 où se déroule la procédure arbitrale, y compris le prononcé de la sentence. Rappelant l'opinion qui l'a emporté au Groupe de travail, à savoir que le lieu de l'arbitrage devait être le seul critère déterminant pour l'applicabilité de la Loi type[28] et rappelant que, selon l'article 31 3), la sentence est réputée avoir été rendue au lieu de l'arbitrage déterminé conformément à l'article 20 1), la Norvège observe que ce lieu est, ou doit être, un critère décisif en vertu des articles 6, 27, 28 2), 34 et 36 1) i, iv et v. Elle propose de préciser si un tel lieu "de référence" déterminé conformément à l'article 20 doit présenter un caractère pertinent pour chaque disposition de la Loi type qui mentionne ou fait intervenir le lieu de l'arbitrage. Suivant l'intention du paragraphe 2 de l'article, la Norvège propose de prévoir dans la Loi type qu'un tel lieu n'a pas à présenter un caractère pertinent pour toute ou partie des dispositions où ce lieu est le critère déterminant, si aucun véritable lien de fait ne l'unit au déroulement de la procédure.

3. Pour la proposition faite par la Tchécoslovaquie de traiter dans l'article 20 la question de compétence, voir le paragraphe 6 de la compilation des observations sur l'article 6.

Article 21.
Début de la procédure arbitrale

1. La Tchécoslovaquie suggère d'ajouter à la fin de cet article le texte suivant : "En cas d'envoi de la demande par la poste, la procédure arbitrale est engagée à la date du cachet postal apposé par le bureau d'expédition."

2. Observant que la date de début de la procédure arbitrale présente une grande importance pour la prescription ou la péremption d'instance, la Tchécoslovaquie suggère d'ajouter la disposition suivante après l'article 21 :

"1) Toute demande de soumission d'un différend à l'arbitrage, adressée aux arbitres ou à une institution arbitrale permanente a le même effet juridique que si elle était adressée à un tribunal.

"2) Si le tribunal arbitral se déclare incompétent ou si sa sentence est annulée et que, dans les trente jours suivant réception de la notification, une partie adresse une nouvelle demande à un tribunal, ni la prescription, ni la péremption d'instance ne lui sont opposables."

3. Le Japon note que selon le droit japonais, et sans doute selon celui d'autres pays, en cas d'arbitrage assuré par une institution arbitrale permanente, la prescription cesse de courir au moment où une demande d'arbitrage lui est adressée. En conséquence, il propose l'addition suivante à l'article :

"En cas d'arbitrage assuré par une institution arbitrale, la procédure est engagée à la date à laquelle la demande d'arbitrage est reçue par l'institution."

Article 22.
Langue

1. De l'avis de l'Autriche, la disposition détaillée contenue dans la dernière phrase du paragraphe 1 est superflue et devrait être supprimée.

2. La République fédérale d'Allemagne est d'avis que, si les parties n'ont pas convenu de la langue à utiliser dans la procédure arbitrale, il convient d'en empêcher le choix arbitraire. On pourrait y parvenir en prévoyant que, faute d'un tel accord des parties, le tribunal arbitral en décide conformément au principe de l'article 19 3), à savoir que chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits.

Article 23.
Conclusions en demande et en défense

Article 23, paragraphe 1

1. L'Italie émet l'avis que mieux vaudrait peut-être fixer dans la Loi type un délai pour présenter les

[28] *Ibid.*, par. 167.

conclusions en demande et en défense, au lieu de le laisser à la discrétion des parties ou du tribunal arbitral.

2. Les Etats-Unis proposent, conformément au principe du dispositif, de préciser par un libellé approprié que la disposition du paragraphe 1 est facultative. L'incertitude sur ce point dans la Loi type pourrait susciter des difficultés aux parties qui utilisent régulièrement un règlement d'arbitrage ou des clauses contractuelles qui ne sont pas entièrement conformes à la disposition du projet de texte.

Article 23, paragraphe 2

3. Chypre est d'avis que l'expression "toute autre circonstance" est trop large et trop vague. La pratique, en ce qui concerne la modification des conclusions, a toujours été de la permettre, sauf si le tribunal est convaincu que la partie qui la demande a agi de mauvaise foi ou que, par sa faute, elle a causé à son adversaire quelque tort qui ne peut être réparé par dédommagement ou autrement. Pour négligente qu'ait été l'omission initiale et pour tardive que soit la modification proposée, celle-ci doit être permise si elle peut se faire sans injustice à l'égard de l'autre partie. Il n'y a pas d'injustice si cette partie peut être indemnisée. La modification doit être admise si elle permet de poser entre les parties la véritable question de fond.

4. L'Union soviétique considère que le paragraphe 2, selon lequel le tribunal arbitral peut ne pas autoriser un amendement aux conclusions "en raison du retard avec lequel il est formulé, du préjudice qu'il causerait à l'autre partie ou de toute autre circonstance", donne à ce tribunal arbitral un pouvoir discrétionnaire excessif dans une matière importante pour un examen approfondi et un règlement équitable du différend. Ce pouvoir résulte en particulier de l'expression "toute autre circonstance", qui devrait être supprimée. De plus, la mention "du préjudice qu'il causerait à l'autre partie" paraît équivoque. Il est logique de supposer qu'une des parties modifie ou complète ses conclusions à son avantage et, par conséquent, au "préjudice" de l'autre. Il semble qu'il serait plus équitable de lui donner le droit de les modifier ou de les compléter jusqu'à la clôture de l'examen par le tribunal arbitral; ou du moins de limiter les motifs de refus par ce tribunal, par exemple à la nature et aux raisons du retard.

Article 24.
Procédure orale et procédure écrite

Article 24, paragraphes 1 et 2

1. La Pologne et les Etats-Unis proposent de remplacer ces paragraphes par un paragraphe unique, inspiré de l'article 15 2) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et ainsi conçu :

> "Sauf convention contraire des parties, à la demande de l'une ou de l'autre et à tout stade de la procédure, le tribunal arbitral organise une procédure orale pour la production de preuve par témoins ou pour l'exposé oral des arguments. Si aucune demande n'est formée en ce sens, le tribunal arbitral décide s'il convient d'organiser une telle procédure ou si la procédure se déroulera sur pièces."

A ce propos, la Pologne note que d'ordinaire la Convention d'arbitrage conclue par les parties ne stipule pas de procédure orale et qu'à défaut de convention sur ce point, la loi type donne tout pouvoir au tribunal arbitral : solution inopportune et contraire aux intérêts des parties, pour qui la procédure orale constitue une phase essentielle qui les met en mesure d'exposer tous leurs moyens. Les Etats-Unis, préoccupés à l'idée que, selon le présent texte de l'article 24, la partie qui demande une procédure orale n'est pas assurée de l'obtenir, avancent les arguments suivants à l'appui du texte proposé. Le droit à une procédure orale, sauf renonciation, est un important moyen d'assurer un juste résultat. Sauf renonciation expresse, une partie doit avoir le droit de faire entendre ses témoins et d'en faire déterminer la crédibilité par le tribunal. Elle devrait aussi avoir le droit d'exposer ses points de droit et de fait le plus efficacement possible : ce qui se fait souvent au mieux par la procédure orale. La disposition correspondante du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, à savoir son article 15 2), prévoit qu' "à la demande de l'une ou l'autre partie et à tout stade de la procédure, le tribunal arbitral organise une procédure orale. . ." Il ne semble y avoir aucune raison de s'écarter de ce principe déjà adopté par la Commission. Son inclusion dans la Loi type éliminerait aussi un motif possible d'annulation de la sentence, invoqué par une partie qui soutiendrait "qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits" au sens des articles 34 et 36. Les Etats-Unis considèrent que le risque d'abuser du droit à la procédure orale pour en faire une manœuvre dilatoire devrait être évité grâce au mot "au stade approprié de la procédure arbitrale" qui figurent déjà dans le projet actuel du paragraphe 2. L'expérience a montré l'efficacité et l'absence d'ambiguïté de l'article 15 2) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dont s'inspire le texte proposé. De plus, la concordance sur ce point entre ce Règlement et la Loi type servirait l'uniformité de la procédure arbitrale internationale.

2. La République démocratique allemande suggère de formuler le principe posé dans l'article 24 2) en termes plus clairs et plus formels, à savoir qu'une procédure orale est organisée chaque fois qu'une partie le demande [art. 24 2)] ou qu'il y a doute sur les intentions des parties à cet égard.

3. La Suède suggère de remplacer, au paragraphe 2 du texte anglais, le mot "may" par le mot "shall".

4. L'Association internationale du barreau propose de revoir le libellé de l'article 24 2). Il ressort du texte actuel que le tribunal arbitral est seul maître d'organiser ou non une procédure orale, même si une partie le demande. Un tel résultat paraît à priori contraire à l'opinion majoritaire du Groupe de travail, à savoir que "le droit qu'avait une partie de demander une procédure orale était si important que les parties ne devaient pas être autorisées à l'exclure par accord entre elles"[29].

[29] *Ibid.*, par. 77.

Le rapport du Groupe de travail signale la divergence de vues, mais ne semble pas la résoudre[30].

5. L'Union soviétique suggère, pour plus de certitude, de prévoir au paragraphe 2 que dans tous les cas, ou du moins dans celui où les parties en litige n'ont pas convenu de le régler par une procédure écrite, le tribunal arbitral doit, à la demande de l'une d'elles, organiser une procédure orale après le leur avoir notifié.

6. De l'avis de la Norvège, le paragraphe 1 semble dire que le tribunal arbitral ne peut décider que la procédure sera en partie orale et en partie écrite. Il devrait avoir cette faculté et, par conséquent, il est suggéré de modifier le paragraphe 1 comme suit :

"1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral décide si et dans quelle mesure la procédure se déroulera sur pièces ou si et dans quelle mesure elle doit comporter des phases orales."

7. L'Autriche souhaiterait remplacer, dans le texte anglais du paragraphe 1, l'expression "subject to any contrary agreement by the parties" par l'expression "unless otherwise agreed by the parties" qu'utilise fréquemment la Loi type.

Article 24, paragraphe 3

8. De l'avis de Chypre, la Loi type devrait fixer le délai entre les audiences ou réunions et leur notification, car le mot "suffisamment" suscitera des difficultés.

9. L'Union soviétique suggère, pour plus de clarté, de remplacer les mots "aux fins d'examen" au paragraphe 3 par les mots "aux fins d'examen conformément à l'article 20 2)" ou par les mots "aux fins d'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces".

Article 24, paragraphe 4

10. L'Union soviétique considère l'obligation faite par la deuxième phrase du paragraphe 4 de communiquer aux parties tout "autre document" sur lequel le tribunal pourrait s'appuyer pour statuer comme excessive, car on pourrait l'interpréter comme s'appliquant par exemple à des documents tels que recueils de lois ou de jurisprudence et études juridiques. L'obligation ne devrait se rapporter qu'à ceux de caractère probatoire, c'est-à-dire les "pièces" au sens de l'article 22 2), ce que devrait clairement énoncer le paragraphe 4.

Article 25.
Défaut d'une partie

Article 25, alinéa b

1. La République fédérale d'Allemagne exprime l'avis que l'alinéa *b* pourrait s'interpréter comme signifiant que le silence du défendeur n'entraîne pour lui aucun inconvénient, ce qui n'est pas l'intention du texte. La disposition n'a de sens que dans la mesure où les conclusions du demandeur ne sont pas admises comme telles. D'autre part, le tribunal arbitral devrait pouvoir porter dans chaque cas cette appréciation ou une appréciation analogue. En d'autres termes, il devrait lui appartenir de donner au silence du défendeur le sens qui paraît le plus probable.

Article 25, alinéa c

2. L'Italie exprime l'opinion qu'il serait bon de sanctionner le défaut d'une partie visé à l'alinéa *c* : au minimum, si l'une des parties omet de comparaître à l'audience ou de produire des documents, le tribunal pourrait en tenir compte pour statuer.

3. De l'avis de l'Union soviétique, l'alinéa *c*, selon lequel le tribunal arbitral "peut" poursuivre la procédure, l'habilite aussi à ne pas le faire; mieux vaudrait donc dire que le tribunal arbitral "peut, et, à la demande de l'autre partie doit, poursuivre la procédure".

Article 26.
Expert nommé par le tribunal arbitral

Article 26, paragraphe 1

1. Le Mexique note que l'article 26 1) *b* autorise le tribunal arbitral à demander "à une partie" de fournir tous renseignements à l'expert. Il suggère de préciser que cette demande peut être adressée à chacune des parties et non à une seule. (*Note du secrétariat* : dans cet article, l'expression anglaise "may require a party" a été traduite en espagnol par "podrá solicitar a una de las partes".)

2. L'Union soviétique est d'avis que la faculté qu'ont les parties de limiter le droit pour le tribunal arbitral de nommer un expert ne devrait s'exercer qu'avant la nomination des arbitres, de sorte que ceux-ci connaissent cette limitation en acceptant leur mandat.

Article 26, paragraphe 2

3. Chypre suggère que le paragraphe 2 prévoit le droit pour le tribunal arbitral d'interroger l'expert nonobstant toute convention contraire des parties.

Article 27.
Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves

Observations relatives au champ territorial d'application de l'article 27

1. L'Autriche, le Japon et l'Union soviétique sont d'avis que la portée de l'article 27 devrait se limiter à la procédure arbitrale "menée dans le présent Etat" et qu'il faudrait donc supprimer les mots "en vertu de la présente loi". L'Autriche souligne que cette limitation serait conforme au principe qui veut que le lieu de l'arbitrage soit le seul critère déterminant pour l'applicabilité de la Loi type.

2. Le Japon exprime son appui à la décision du Groupe de travail de limiter l'assistance des tribunaux aux procédures arbitrales ayant lieu dans le même Etat[31], mais souligne qu'on ne doit pas entendre par là le refus d'aider à obtenir des preuves selon les règles de

[30] *Ibid.*, par. 78.

[31] *Ibid.*, par. 96.

l'assistance ou de la coopération judiciaire internationale.

3. Les Etats-Unis notent que l'article 27 1) exprime la décision du Groupe de travail de limiter l'article 27 à l'obtention de preuves dans l'Etat où se déroule l'arbitrage et ne pas l'étendre sur le plan international, étant entendu que cette décision devait être revue ultérieurement dans le cadre du débat général sur le champ d'application territorial de la Loi type[32]. Il serait bon, pour l'efficacité de l'arbitrage commercial international, d'inclure dans la Loi type, outre l'article 27, des dispositions qui habilitent les tribunaux de l'Etat où se déroule l'arbitrage : *a)* à transmettre au tribunal d'un Etat étranger une demande d'assistance pour l'obtention de preuves destinées à l'arbitrage (Etats-Unis et Norvège), *b)* à donner suite à une telle demande émanant d'un tribunal étranger de la même façon que s'il s'agissait d'une demande d'assistance de ce tribunal pour l'obtention de preuves destinées à une action judiciaire (Etats-Unis).

Article 27, paragraphe 1

4. L'Autriche suggère de prescrire dans la Loi type que soit donnée par écrit l'approbation du tribunal à la demande d'assistance d'une partie. Elle considère encore que les dispositions des alinéas *a, b* et *c* sur le contenu de la demande sont superflues et devraient être supprimées.

5. L'Union soviétique considère qu'il n'est guère indiqué de régir l'assistance des tribunaux en ce qui concerne les preuves émanant non seulement d'un témoin, mais encore d'un expert, puisque celui-ci participe à la procédure arbitrale à la demande de la partie intéressée [art. 26 2)].

Addition à l'article 27

6. La Suède estime que les différences qui séparent les régimes juridiques en matière d'assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves, et les difficultés qui en résultent, peuvent justifier l'inclusion d'une disposition pour les cas où ces preuves sont détenues par une partie; en vertu de cette disposition, le tribunal arbitral, outre la faculté que lui donne l'article 27, devrait avoir le pouvoir d'ordonner à cette partie de produire les preuves qu'elle détient et, en cas de refus, être expressément fondé à le retenir contre elle.

CHAPITRE VI. PRONONCÉ DE LA SENTENCE ET CLOTURE DE LA PROCÉDURE

Ensemble du chapitre

La Pologne exprime son soutien aux dispositions de son chapitre, car elles sont rédigées dans un esprit ouvert et souple, exprimant les tendances actuelles de l'arbitrage commercial international. Elle en cite, comme exemple particulier, l'article 28 1) sur le choix des règles de droit applicables au fond du différend.

[32] *Ibid.*, par. 97.

Article 28.
Règles applicables au fond du différend

Ensemble de l'article

1. La République de Corée tient pour remarquable que la Loi type traite une question aussi critique que les conflits des lois applicables au fond des différends commerciaux internationaux.

2. La Suède estime que les règles concernant le choix du droit applicable traduisent une conception assez traditionnelle de la question. A les adopter dans leur forme actuelle, on risque de contrarier la tendance à un libre jugement sur ce qui s'est manifesté dans l'arbitrage international. Une telle conséquence serait fâcheuse.

Article 28, paragraphe 1

3. Les Etats-Unis et la République fédérale d'Allemagne expriment leur appui au paragraphe 1 de l'article 28 car ils considèrent, de même que le Groupe de travail[33], que les parties disposent ainsi d'un éventail plus large de possibilités qui leur permet par exemple de retenir comme applicables à leur cas des règles émanant de systèmes juridiques différents, y compris des règles de droit élaborées à l'échelon international. La République fédérale d'Allemagne note qu'ainsi les parties disposent d'une plus grande marge de manœuvre en ce qui concerne la mesure dans laquelle elles désirent une décision conforme aux règles de droit ou une décision *ex aequo et bono*. Alors qu'en général la première est recherchée aussi dans l'arbitrage, les hommes d'affaires souhaitent souvent une décision fondée non sur la lettre de la loi, mais sur des critères économiques pratiques. L'expression "règles de droit" doit s'entendre au sens large, de façon à permettre d'y déroger conformément à l'intention déclarée ou présumée des parties.

4. L'Argentine considère que les règles choisies par les parties ne seront pas nécessairement celles d'un droit national mais pourront être, par ordre de primauté, celles énoncées dans le contrat, les usages commerciaux et les règles d'une convention internationale comme la Convention de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. Elle observe qu'un tel choix n'empêche pas les parties de se référer à un droit national pour régir, à titre subsidiaire, les questions non résolues par les règles qu'elles ont choisies. L'Argentine signale que, dans tous ces choix, il conviendrait de tenir compte des règles sur l'application exclusive du droit de l'Etat où se déroule l'arbitrage, ou d'autres Etats où la sentence pourra devoir être reconnue ou exécutée, ainsi que des règles d'ordre public auxquelles les parties ne peuvent déroger par leurs conventions particulières.

5. L'Union soviétique propose de substituer, au paragraphe 1, le mot "droit" au mot "règles de droit", qui introduisent une notion nouvelle et ambiguë, susceptible de causer de grandes difficultés en pratique. Il convient de retenir la notion traditionnelle de "droit" dans le présent texte destiné à une application universelle, en dépit des opinions, surtout doctrinales, que les arbitres peuvent utiliser, non seulement le droit d'un

[33] A/CN.9/245, par. 94.

Etat, mais aussi des principes et règles extranationaux ou anationaux. En ce sens, on peut citer les règles suivantes, expressions de la conception traditionnelle : l'article VII de la Convention de Genève de 1961, l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et l'article VII du Règlement d'arbitrage commercial international et principes de conciliation de la Commission économique des Nations Unies pour l'Asie et l'Extrême-Orient, 1966.

6. Chypre indique que le mot "droit" est peut-être plus approprié que "règles de droit".

Article 28, paragraphe 2

7. L'Italie propose de rédiger le paragraphe 2 comme suit :

> "A défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il juge appropriées, compte tenu des dispositions figurant dans les conventions internationales ou lois uniformes existantes, qu'elles soient ou non déjà en vigueur, et, en leur absence, du droit de l'Etat où les parties ont leur établissement".

8. La Norvège et la République fédérale d'Allemagne émettent l'avis que le paragraphe 2 laisse au tribunal arbitral trop de latitude dans le choix de la règle de conflit de lois qu'il juge applicable. La République fédérale d'Allemagne souligne qu'une telle latitude pourrait, d'une part, mettre le tribunal arbitral en position difficile pour déterminer cette règle et, d'autre part, susciter des controverses qui prolongent la procédure.

9. En conséquence, la République fédérale d'Allemagne propose que, sauf convention des parties sur les règles de droit applicables, celles-ci soient déterminées par les règles du conflit de loi en vigueur au lieu de l'arbitrage, pourvu que les parties aient convenu d'un tel lieu. En effet, ces règles de conflit de lois ne seraient pas appropriées si ce lieu a été déterminé par le tribunal arbitral, qui a pu le choisir en fonction de considérations sans rapport avec le différend en cause. Si les parties n'ont pas convenu d'un lieu d'arbitrage, il conviendrait de s'en remettre à la règle de conflit de lois qui a le lien le plus étroit avec l'objet du différend.

10. La Norvège soumet à l'examen deux variantes du paragraphe 2. La première s'énonce ainsi :

> "2) A défaut d'une telle désignation par les parties et pourvu qu'elles aient convenu d'un lieu d'arbitrage, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois établie dans le ressort de ce lieu. Si les parties n'ont pas convenu d'un lieu d'arbitrage et si leurs établissements rspectifs relèvent d'un même régime juridique, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois de ce régime. Sinon, il applique la loi du ressort avec lequel le différend a [le rapport le plus étroit] [le lien le plus direct]."

A l'appui de la première variante, on peut dire que l'actuel paragraphe 2 semble donner au tribunal arbitral trop de latitude dans l'application de la règle de conflit de lois et, partant, dans le choix du droit applicable. Si les parties ont convenu d'un lieu d'arbitrage, elles escompteront souvent que soit applicable la règle de conflit de lois de ce lieu; sinon et si elles ont leurs établissements respectifs dans le même Etat, elles escompteront souvent que s'applique la règle de conflit de lois de cet Etat, même si le tribunal arbitral décide de conduire la procédure dans un autre. Toutefois, la Norvège n'étant pas convaincue que le mode indirect de choix du droit proposé par cette variante soit le plus indiqué, car la Loi type doit probablement traiter directement de la question et fournir aussi quelques critères de choix, elle propose le libellé suivant en seconde variante :

> "2) A défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi du ressort avec lequel le différend a [le rapport le plus étroit] [le lien le plus direct]. En l'absence d'un tel rapport ou lien, le tribunal applique le droit déterminé par la règle du conflit de loi en vigueur dans le ressort du lieu de l'arbitrage déterminé conformément à l'article 20, paragraphe 1."

Article 28, paragraphe 3

11. L'Italie propose d'ajouter au texte du paragraphe 3 la disposition suivante :

> "Nonobstant cette autorisation, le tribunal arbitral, en rendant sa décision, assure dans toute la mesure possible l'exécutabilité de la sentence dans les Etats avec lesquels le différend a un lien marqué."

Addition à l'article 28

12. Les Etats-Unis, rappelant la décision du Groupe de travail de supprimer de l'article 28 le paragraphe selon lequel le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction[34], préconisent son rétablissement. En effet, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, dans son article 33 3), dispose que le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tienne compte des usages du commerce applicables : or, l'Assemblée générale, dans sa résolution 31/98 du 15 décembre 1976, a unanimement recommandé ce règlement comme acceptable dans des pays ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents, les Etats Membres approuvant par là même cette disposition particulière. Une même disposition figure d'ailleurs dans l'Article VII de la Convention de Genève de 1961 et dans l'article 38 du Règlement d'arbitrage de 1966 de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe. De plus, il a été reconnu que "le droit applicable au contrat pose, dans les relations économiques internationales, une question délicate sur laquelle, à la fin des négociations prolongées, il peut être difficile de s'accorder. Chaque partie préférera que soit déclaré applicable son propre droit, dans la crainte des surprises que pourrait lui causer le droit de l'autre. La question reste donc souvent pendante. Elle pourrait même inciter à insérer une clause compromissoire dans le contrat, car les

[34] *Ibid.*, par. 98 et 99.

parties, non sans bonnes raisons, attendent des arbitres qu'ils fondent avant tout leurs décisions sur le libellé et les antécédents du contrat ainsi que sur les usages du commerce"[35]. Suivant ces arguments, les Etats-Unis proposent d'inclure dans cet article un nouveau paragraphe, inspiré de l'article 33 3) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et ainsi conçu :

"Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction."

Article 29.
Prise de décisions par plusieurs arbitres

1. La Finlande, la Suède et, en ce qui concerne les sentences, l'Association internationale du barreau émettent l'avis qu'à défaut d'opinion majoritaire, l'arbitre-président tranche la question. A l'appui, la Suède signale que, selon la pratique de la règle majoritaire, on risque, s'il y a trois opinions différentes, que l'arbitre-président soit tenté de se ranger à une solution juridiquement douteuse pour obtenir la majorité nécessaire. L'Association internationale du barreau reconnaît que modifier cet article modifierait un principe déjà réglé et s'écarterait des dispositions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Néanmoins, elle considère qu'un problème réel peut se poser et que les parties sont exposées à perdre leur temps et leur argent si la procédure se clôt sans qu'une sentence soit prononcée. Elle estime que la plupart des hommes de loi préféreraient l'adoption de la solution proposée.

2. Pour les cas d'absence de majorité, la République de Corée propose de modifier la deuxième phrase de l'article 20 comme suit :

"Sauf stipulation contraire, la convention d'arbitrage cesse d'avoir effet quand les arbitres sont également partagés."

3. L'Italie suggère de permettre de décider par correspondance ou, du moins, de disposer que si un arbitre fait défaut sans motif, les autres peuvent délibérer sans lui.

4. La Norvège, suivant l'intention de la disposition énoncée dans la dernière phrase de l'article, considère que le mot "président" manque de clarté. Elle propose soit de l'expliquer dans la Loi type, ou encore mieux le supprimer.

5. Au sujet de la proposition du Qatar de donner dans l'article 11 de la Loi type une définition de l'arbitre-président, voir le paragraphe 3 de la compilation des observations sur l'article 11.

Article 30.
Règlement par accord des parties

L'Autriche et le Mexique proposent de supprimer les mots "et s'il n'y voit pas d'objection" au paragraphe 1. L'Autriche considère que ces mots limitent de façon injustifiée le principe dispositif, car si l'objet du différend peut faire l'objet d'un arbitrage, les parties sont libres de s'entendre pour le régler sans ingérence du tribunal arbitral. De l'avis du Mexique, le tribunal arbitral ne devrait pas pouvoir refuser de constater par une sentence arbitrale l'accord conclu par les parties.

Article 31.
Forme et contenu de la sentence

1. La Tchécoslovaquie suggère d'indiquer expressément que la sentence est définitive pour éviter toute incertitude quant à la décision au sujet du différend. Elle suggère encore d'ajouter un paragraphe ainsi conçu : "Une sentence remplissant toutes les conditions du présent article a force de chose jugée et est exécutoire devant les tribunaux."

2. La Norvège émet l'avis que la sentence devrait indiquer si un arbitre a émis une opinion dissidente. Celui-ci devrait pouvoir en donner les motifs dans la sentence. Elle propose donc d'inclure le nouveau paragraphe suivant :

"3 *bis*. La sentence indique si elle a été rendue à l'unanimité. Sinon, elle indique le point de désaccord et l'arbitre dissident. Celui-ci est fondé à indiquer ses motifs dans la sentence."

Article 32.
Clôture de la procédure

Article 32, paragraphes 1 et 2

1. L'Union soviétique énonce que suivant le droit et la procédure l'arbitrage peut se clore par une sentence ou ordonnance du tribunal arbitral, mais non pas directement par accord des parties. Un tel accord servira seulement à fonder l'ordonnance de clôture. Pour cette raison, elle propose de déplacer du paragraphe 1 à l'alinéa 2 *a* la mention de l'accord des parties.

Article 32, paragraphe 2

2. L'Autriche suggère d'énoncer à l'alinéa 2 *a* les critères de désistement, pour éviter toute incertitude sur la clôture de la procédure. Elle propose de rédiger l'alinéa 2 *a* comme suit :

"*a)* Ordonne la clôture de la procédure arbitrale lorsque le demandeur retire sa demande avant communication des conclusions du défendeur ou avec son consentement s'il les a déjà communiquées, ou encore renonce à ses droits."

3. De l'avis de l'Union soviétique, l'expression de l'alinéa 2 *b* : "Lorsque . . . la poursuite de la procédure devient superflue ou inappropriée" n'est pas claire. Elle propose de remplacer le mot "inappropriée", qui laisse trop de latitude au tribunal arbitral, par le mot "impossible" (à l'instar de l'article 34 2) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) ou par les mots "sans objet" ou tout autre mot analogue.

[35] Pieter Sanders, Model rules for international commercial arbitration : UNCITRAL Arbitration Rules, *Proceedings of the Fifth International Arbitration Congress, New Delhi 1975*, partie C.

Article 33.
Rectification et interprétation de la sentence et sentence additionnelle

1. La Tchécoslovaquie propose de limiter les dispositions relatives à l'interprétation de la sentence à celle de ses motifs.

2. La République démocratique allemande propose de ne pas traiter dans la Loi type de la possibilité d'interpréter une sentence.

3. Les Etats-Unis et la Suède proposent de revoir l'article en vue d'obliger le tribunal arbitral, qui a reçu au titre de cet article une demande d'une partie, à donner à l'autre la possibilité d'y répondre. Tandis que la suggestion de la Suède ne se réfère pas expressément au prononcé d'une sentence additionnelle, celle des Etats-Unis concerne les trois cas où l'intervention du tribunal arbitral peut être demandée, c'est-à-dire rectification et interprétation de la sentence et prononcé d'une sentence additionnelle. Quant au délai imparti pour la réponse à une demande et pour la suite que lui donne le tribunal arbitral, la Suède estime que 30 jours ne suffisent pas; les Etats-Unis proposent de prévoir que, sauf convention contraire des parties, le délai imparti au tribunal arbitral pour se prononcer sur la demande commence à courir dès notification ou forclusion de l'objection à la rectification, à l'interprétation ou à la sentence additionnelle.

CHAPITRE VII. RECOURS CONTRE LA SENTENCE

Article 34.
La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale

Ensemble de l'article

1. Les Etats-Unis ont appuyé l'article 34 qui prévoit pour l'annulation d'une sentence une voie de recours unique fondée sur les mêmes motifs que ceux visés aux paragraphes 1 (alinéas *a, b* et *c*) et 2 de l'article V de la Convention de New York de 1958 qui doit être utilisée dans les trois mois suivant communication de la sentence. Ils ont estimé pertinent, comme le Groupe de travail, de faire figurer la non-arbitrabilité du différend parmi les motifs d'annulation. Le libellé actuel était judicieux dans la mesure ou il prévoyait une seule voie de recours consistant à demander l'annulation de la sentence dans le pays dans lequel elle a été rendue et, au cas où la Commission adopterait en les combinant les principes de territorialité et d'autonomie, dans le pays dont la loi d'arbitrage a été adoptée par les parties. Il permettait également d'uniformiser les motifs d'annulation et les motifs de refus de reconnaissance et d'exécution des sentences.

Article 34, paragraphe 1

2. La République fédérale d'Allemagne, l'Autriche, la Finlande, le Japon, la Norvège et le Venezuela ont proposé de supprimer les mots "en vertu de la présente loi" placés entre crochets. A l'appui de cette suggestion, la Finlande et la Norvège ont fait référence à leurs vues concernant le champ territorial d'application de la Loi type (par. 1 de la section consacrée à l'article premier) et l'Autriche a fait référence à ses vues concernant l'article 27 (par. 1 de la section consacrée à l'article 27). Les arguments ci-après ont été avancés dans ce contexte : le lieu de l'arbitrage devrait être le facteur exclusif qui détermine l'applicabilité de la Loi type (Autriche, Finlande); le critère territorial est celui qui correspond le mieux à la pratique suivie par la plupart des pays (Finlande); le critère de lieu est plus facile à appliquer du fait de sa nature spécifique (République fédérale d'Allemagne); le fait d'appliquer les règles de conflit de lois en vigueur dans un Etat et les règles de fond en vigueur dans un autre Etat ou dans plusieurs Etats risque de susciter des doutes sur le lien avec le droit appliqué (République fédérale d'Allemagne); étant donné que les Etats ont vraisemblablement intérêt à ce que la Loi type soit respectée et que les mots "en vertu de la présente loi" offrent la possibilité de procéder à l'arbitrage d'une manière différente de celle envisagée dans la Loi type, il faudrait retenir de préférence le membre de phrase "dans le territoire du présent Etat"; le fait de conserver ce membre de phrase aurait pour effet de rendre la Loi type plus efficace car celle-ci régirait les procédures d'arbitrage entamées dans l'Etat qui a adopté la Loi type (Venezuela); le Japon a proposé de supprimer les mots "en vertu de la présente loi" principalement dans le but de rendre le critère d'application de l'article 34 plus clair pour le tribunal. Toutefois, selon l'interprétation du Japon, l'adoption de la disposition proposée ne limiterait pas la liberté des parties de soumettre la procédure d'arbitrage à la loi d'arbitrage d'un Etat autre que celui dans lequel cette procédure a lieu, et la loi appliquée par le tribunal pour annuler une sentence rendue en application de la loi d'arbitrage étrangère choisie par les parties peut être cette loi d'arbitrage étrangère.

3. Parmi les deux options proposées entre crochets, le Mexique a proposé de conserver les mots "en vertu de la présente loi" car il était superflu de faire figurer dans l'article 34 la mention "sur le territoire du présent Etat", déjà implicite dans l'article premier.

4. L'Italie et la Tchécoslovaquie ont proposé de conserver les deux formules proposées entre crochets et l'Italie a proposé de les relier par la conjonction "et".

5. Le Mexique a contesté le libellé du paragraphe 1 selon lequel la procédure d'annulation constitue le seul recours devant un tribunal contre la sentence arbitrale, étant donné que l'article 36 1) prévoit également un recours contre "la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale" et que l'article 16 2) offre deux autres recours, à savoir la possibilité d'exciper du fait que le tribunal arbitral est incompétent ou qu'il outrepasse son mandat. Le Mexique a proposé d'apporter des précisions à ce sujet dans l'article 34 1).

6. La République fédérale d'Allemagne a proposé d'harmoniser les libellés des articles 34 1) et 36 1) *a* v sur la base du libellé de l'article 34 1).

7. Le Japon a exprimé l'opinion que par "sentence" susceptible d'être annulée en application de l'article 34, il fallait entendre uniquement une sentence définitive sur le fond.

Article 34, paragraphe 2 a

8. L'Italie, la Suède et la Tchécoslovaquie ont proposé d'ajouter d'autres motifs d'annulation. La Tchécoslovaquie a proposé d'ajouter dans la liste figurant à l'alinéa *a* du paragraphe 2 le motif suivant : "que la sentence contient des décisions qui ont trait à des affaires qui sont impossibles ou interdites en vertu de la loi de l'Etat". L'Italie a proposé que l'on envisage de faire figurer parmi les motifs permettant d'attaquer une sentence les motifs de révision des sentences arbitrales prévus notamment dans l'article 831 du Code italien de procédure civile (par exemple, le fait qu'une preuve décisive n'a pas été communiquée par l'autre partie ou que le jugement est fondé sur une preuve qui est reconnue comme fausse après que le jugement a été rendu). Tout en notant que les dispositions régissant l'annulation des sentences lui paraissaient exhaustives, la Suède a exprimé l'opinion que la récusation d'un arbitre ou une fausse preuve pourraient, par exemple, également constituer un motif d'annulation et elle a proposé d'étudier la question de savoir si toutes les erreurs constituant un motif d'annulation devaient être traitées de la même façon. En ce qui concerne certains motifs d'annulation, la Suède a suggéré que l'on impose comme condition que l'erreur a influé sur le résultat de la procédure ou présentait un caractère grave.

9. Pour l'Inde, l'article 34 semble excessivement favorable à la partie contre laquelle le jugement est rendu car il prévoit un nombre trop important de motifs permettant d'attaquer la sentence et un délai trop long pour en demander l'annulation.

10. Selon Chypre, l'emploi du mot "dûment" à l'alinéa *a* ii du paragraphe 2 peut soulever des problèmes d'interprétation et il faudrait indiquer expressément dans quel cas on considère qu'une partie n'a pas été dûment informée. Cette observation vaut également pour l'article 36 1) *a* ii.

11. L'Association internationale du barreau a proposé de modifier le paragraphe 2 *a* ii en remplaçant les mots "qu'il lui a été impossible . . . de faire valoir ses droits" par les mots "qu'elle n'a pas eu . . . pleine et entière possibilité de faire valoir ses droits". Le libellé proposé correspondrait mieux à la disposition concernant l'égalité figurant à l'article 19 3) [voir également le paragraphe 8 de la section concernant l'article 14 dans lequel sont consignées les observations de l'Association en ce qui concerne l'article 19 3)].

12. Notant que dans le libellé espagnol du paragraphe 2 *a* ii les mots "*o árbitros*" étaient placés entre parenthèses, le Venezuela a proposé de les conserver en supprimant les parenthèses par souci de clarté et pour éviter que celles-ci ne soient interprétées comme exprimant un doute quant au caractère approprié de ces mots. Cette observation vaut également pour l'article 36 1) *a* ii.

Article 34, paragraphe 2 b

13. La Pologne a contesté le bien-fondé du paragraphe 2 *b* i selon lequel la question de savoir si un différend est susceptible d'être réglé par arbitrage doit être tranchée "conformément à la loi du présent Etat". Bien qu'il soit souhaitable d'appliquer cette règle à la reconnaissance et à l'exécution d'une sentence, elle ne devrait pas être appliquée dans le cadre de la procédure d'annulation parce que les conséquences de l'annulation s'exercent bien au-delà des limites de l'Etat considéré. La Pologne a proposé que l'on envisage de remplacer les mots "conformément à la loi du présent Etat" par les mots "conformément aux règles de droit applicables au fond du différend".

14. Selon l'Inde, l'expression "ordre public" utilisée au paragraphe 2 *b* ii est plutôt vague.

Article 34, paragraphe 4

15. L'Autriche a proposé de supprimer le paragraphe 4 car toute intervention du tribunal arbitral visant à éliminer les motifs d'annulation présuppose que le Tribunal ait annulé la sentence qui présente un vice.

16. Les Etats-Unis ont appuyé la disposition du paragraphe 4 visant à permettre à un tribunal arbitral, lorsque les circonstances le permettent, de remédier à des vices qui autrement rendraient nécessaire l'annulation de la sentence.

17. La République démocratique allemande a estimé que la possibilité de suspendre la procédure d'annulation devrait être soumise à un régime plus contraignant afin de donner au tribunal arbitral lui-même la possibilité de poursuivre la procédure arbitrale ou d'éliminer les motifs d'annulation.

18. L'Association internationale du barreau a proposé de réexaminer le paragraphe 4 en vue de le rapprocher de la version antérieure de ce paragraphe qui avait été examinée par le Groupe de travail à sa dernière session[36]. On disposerait ainsi d'un moyen plus précis et plus pragmatique pour éviter l'annulation de la sentence si le vice qui motive le recours est relativement mineur ou s'il est possible d'y remédier.

19. Selon le Japon, le paragraphe 4 devrait faire l'objet d'une étude plus approfondie parce que les situations visées n'y sont pas précisées.

CHAPITRE VIII. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES SENTENCES

Intérêt que présente le maintien de ce chapitre

1. Tout en exprimant un certain nombre de réserves en ce qui concerne les dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution (voir plus bas les paragraphes 7 et 11), la Pologne a estimé que les dispositions de ce chapitre étaient très progressistes et

[36] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 126.

qu'elles faisaient bénéficier les sentences arbitrales rendues en application de la Loi type d'un régime favorable; elle a noté que les sentences dont il était question dans la loi présentaient davantage le caractère de sentences arbitrales "internationales" que de sentences "étrangères", telles que ces dernières étaient définies dans la Convention de New York de 1958.

2. La République de Corée a exprimé l'opinion que, compte tenu de la complexité des problèmes de compétence et de champ d'application, il serait préférable de remplacer le paragraphe 1 de l'article 35 par les dispositions ci-après qui ont trait respectivement aux sentences rendues dans le territoire du "présent Etat", aux sentences rendues à l'extérieur du territoire du "présent Etat" en vertu d'une loi étrangère et aux sentences rendues à l'extérieur du territoire du "présent Etat" en vertu de la "présente loi" :

"1) Une sentence arbitrale rendue dans le territoire du présent Etat en application de la présente loi a le même effet entre les parties qu'un jugement définitif rendu par un tribunal.

"1 *bis*) Une sentence arbitrale rendue à l'extérieur du territoire du présent Etat en vertu d'une loi étrangère est reconnue conformément aux principes de réciprocité et de courtoisie internationale par décision du tribunal (ou selon les conditions prévues dans la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères).

"1 *ter*) Une sentence rendue à l'extérieur du territoire du présent Etat en vertu de la présente loi, ou dans le territoire du présent Etat en vertu d'une loi étrangère, est reconnue en vue de son exécution dans le présent Etat par décision du tribunal, eu égard au droit international, comme le dispose l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, et compte tenu de toutes les circonstances pertinentes."

3. L'Autriche a proposé de supprimer les dispositions du chapitre VIII relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'extérieur du territoire de l'Etat concerné parce qu'elle estime que cette question est traitée de façon appropriée dans la Convention de New York de 1958. Les dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences rendues dans le territoire de l'Etat concerné sont inutiles étant donné que ces sentences ont le même effet juridique que la jurisprudence; en droit autrichien, il n'existe aucune procédure spéciale pour la reconnaissance et l'exécution des sentences, si bien que celles-ci permettent d'accorder immédiatement des mesures d'exécution.

4. La Suède a contesté le bien-fondé de traiter de la reconnaissance et de l'exécution des sentences dans la Loi type, étant donné que les dispositions de cette dernière à ce sujet diffèrent à certains égards de celles de la Convention de New York de 1958. Ces différences peuvent susciter des difficultés pour les Etats qui ont adopté la Convention, la Suède a donc suggéré de remplacer les dispositions relatives à ces questions qui figurent dans la Loi type par une recommandation invitant les Etats qui adoptent la Loi type à adhérer également à la Convention.

5. Selon la Finlande, aucune disposition concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères ne devrait figurer dans la Loi type, à moins d'être plus avantageuse que celles figurant dans la Convention de New York de 1958, sinon les Etats qui ne veulent pas devenir partie à la Convention ne voudront pas accepter la Loi type. S'agissant des sentences rendues dans l'Etat dans lequel on en demande la reconnaissance ou l'exécution, c'est-à-dire des sentences autres que des sentences étrangères, le refus de leur reconnaissance ou de leur exécution ne devrait être possible que pour les motifs mentionnés dans les articles 36 1) *a* v et 36 1) *b*.

6. L'Association internationale du barreau a estimé que, pour assurer un degré acceptable d'harmonisation, il fallait mettre en place une base relativement simple et bien définie à la fois pour les recours et pour les actions en exécution. En outre, afin d'assurer la compatibilité avec le régime international actuellement en vigueur, il importait de ne pas perturber l'application de la Convention de New York de 1958, ou du moins de le faire d'une façon qui soit bien comprise par les tribunaux des pays qui adoptent la Loi type et de leurs praticiens. Tout bien pesé, la Loi type ne devrait pas traiter de la question de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères. Cette question devrait continuer à être régie par la Convention de New York de 1958 et, pour apporter des améliorations éventuelles, il faudrait soit amender la Convention par le biais d'un protocole, soit, comme on l'a proposé[37], promouvoir une approche plus unifiée de la Convention. En ce qui concerne l'exécution des sentences des arbitrages internationaux qui ont lieu dans le territoire de l'Etat concerné, l'Association internationale du barreau a estimé que l'article 35 était satisfaisant pour ce qui était des mécanismes. Toutefois, elle a attiré l'attention sur le fait que les motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution énoncés dans l'article 36 découlaient directement des dispositions de la Convention de New York de 1958. Cette dernière, qui a été spécialement conçue pour traiter la question de l'exécution des sentences étrangères, est fondée sur l'hypothèse que ces sentences ont été soumises à un contrôle judiciaire dans l'Etat dans lequel elles ont été rendues. L'Association a suggéré de réexaminer l'article 36 en partant du principe que les sentences "internes" n'auront été soumises à aucun contrôle judiciaire dans un autre Etat. Autrement dit, si la question de l'exécution des sentences étrangères est traitée dans un article séparé appliquant simplement les critères de la Convention de New York de 1958 (comme c'est le cas par exemple dans la Loi anglaise de 1975 sur l'arbitrage), la question du refus de l'exécution d'une sentence interne pourrait également faire l'objet d'un article séparé qui ne partirait pas du principe que la sentence a été soumise à un contrôle judiciaire dans l'Etat dans lequel elle a été rendue.

[37] A.J. van den Berg, *The New York Convention of 1958* (Deventer, Kluwer 1981).

7. Selon la Pologne, la façon dont la Convention de New York de 1958 va être appliquée aux sentences visées par l'actuel chapitre VIII de la Loi type constituait un motif d'incertitude qu'il fallait éliminer dans la Loi type.

8. L'Italie a noté que, conformément à la définition donnée dans l'article premier pour l'ensemble de la Loi type, les articles 35 et 36 visaient les sentences rendues dans l'arbitrage commercial international. Elle a suggéré de le mentionner dans le texte.

L'exigence de la réciprocité pour la reconnaissance ou l'exécution

9. La Tchécoslovaquie a proposé d'ajouter une nouvelle disposition indiquant que les sentences rendues dans un pays autre que celui dans lequel on en demande la reconnaissance ou l'exécution peuvent être reconnues ou exécutées sous réserve de traitement réciproque.

10. Rappelant qu'elle avait affirmé, à propos des articles premier et 34 (voir le paragraphe 1 de la section relative à l'article premier et le paragraphe 2 de la section relative à l'article 34), que le critère à retenir pour déterminer le champ d'application territorial de la Loi type devait être le territoire de l'Etat dans lequel l'arbitrage a eu lieu, la Norvège a signalé que ce point de vue avait pour conséquence logique, sinon inévitable, de subordonner la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères à la réciprocité. Elle a proposé que l'on envisage de faire figurer une telle condition dans le texte, au moins pour ce qui est des sentences étrangères qui ne sont pas fondées sur la Loi type, c'est-à-dire des sentences rendues dans l'arbitrage commercial international, tel qu'il est défini à l'article premier, selon des règles de procédure différentes de celles énoncées dans la Loi type. Elle a noté toutefois qu'il était difficile d'établir une distinction entre les sentences commerciales internationales fondées sur la Loi type et celles qui ne l'étaient pas, en raison de la nature même de la Loi type; si l'on adoptait les règles uniformes sous la forme d'une convention, on pourrait probablement distinguer facilement les sentences étrangères qui sont fondées sur les règles uniformes (sentences rendues dans les Etats contractants) de celles qui ne le sont pas.

11. Ayant noté que la Loi type ne subordonnait pas la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales à la réciprocité, la Pologne a estimé que cela était discutable et a proposé de disposer dans la Loi type que les signataires avaient le droit d'émettre une réserve à ce sujet.

12. Afin d'éviter les difficultés que pouvait soulever l'application de la Loi type, au moins pour certains Etats, l'Union soviétique a estimé qu'il serait utile d'examiner la possibilité de faire figurer dans cet article une disposition qui, à l'instar de la Convention de New York de 1958, permettrait l'acceptation de la Loi type sous réserve de réciprocité pour ce qui est de l'application de l'article 36 aux sentences arbitrales internationales.

13. Faisant référence à un point de vue exprimé par le Groupe de travail à sa septième session[38], les Etats-Unis ont indiqué que, selon leur interprétation, la liberté qu'avait tout Etat d'appliquer l'article 35 uniquement sur la base de la réciprocité, telle qu'elle était exprimée dans leur législation nationale, restait entière.

Le "double contrôle" des sentences

14. En ce qui concerne le droit d'une partie de faire valoir des moyens de défense contre la reconnaissance et l'exécution d'une sentence, les Etats-Unis ont appuyé l'opinion qui a prévalu à la septième session du Groupe de travail, à savoir qu'"une partie devait être libre de se prévaloir du double système de contestation qui avait été reconnu par la Convention de New York de 1958, et qui devait être maintenu dans la Loi type"[39]. Cela signifiait que l'on pouvait faire valoir ces moyens de défense soit dans une procédure d'annulation, soit pour faire opposition à une demande de reconnaissance ou d'exécution de la sentence. Lors de l'examen des articles 34 et 36 à la septième session du Groupe de travail, on s'est déclaré préoccupé par le risque de voir apparaître, au cours de la période de trois mois suivant la date à laquelle une sentence a été prononcée, des décisions contradictoires découlant du droit d'une partie à s'opposer à cette sentence soit en demandant au Tribunal visé à l'article 6 de l'annuler, soit en faisant objection à sa reconnaissance ou à son exécution[40]. Par la suite, on a notamment proposé comme solution d'imposer l'obligation de surseoir à statuer sur la reconnaissance ou l'exécution au cas où une procédure d'annulation a été engagée. Selon les Etats-Unis, le problème du "double contrôle" est déjà réglé de façon concrète par l'article 36 2) qui donne au tribunal saisi d'une demande en reconnaissance ou en exécution le pouvoir discrétionnaire de surseoir à statuer sur la question et, dans les cas appropriés, d'ordonner à l'autre partie de fournir des sécurités.

Article 35.
Reconnaissance et exécution

1. Tout en approuvant la formule consistant à soumettre les sentences internationales à un traitement uniforme, quel que soit le pays où elles ont été rendues, l'Inde a proposé, eu égard aux difficultés que soulève l'application de la Convention de New York de 1958, d'ajouter un certain nombre de dispositions en ce qui concerne les voies d'exécution.

2. L'Union soviétique a noté que la Loi type ne contenait aucune disposition explicite fixant le moment auquel une sentence arbitrale rendue dans "le présent Etat" acquérait force obligatoire à l'égard des parties et que l'article 35 1), selon lequel "la sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire", ne précisait pas ce moment. Elle a également noté que d'après l'article 36 1) v, la reconnaissance ou l'exécution d'une sentence peuvent être refusées si celle-ci "n'a pas encore acquis force

[38] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 144.

[39] *Ibid.*, par. 154.

[40] *Ibid.*, par. 152.

obligatoire pour les parties". A son avis, si une sentence est rendue dans un Etat étranger, c'est la loi de cet Etat étranger qui devrait déterminer le moment auquel elle acquiert "force obligatoire" et si elle est rendue dans "le présent Etat", ce moment doit être déterminé selon "la présente loi". Elle a donc proposé de préciser ce point en indiquant par exemple que la sentence acquiert force obligatoire pour les parties à compter de la date à laquelle elle a été rendue ou à compter de la date à laquelle elle a été remise à chacune des parties [art. 31 3) et 4)], ou que cette sentence, si elle ne contient pas de disposition contraire, est "exécutable immédiatement" ou bien encore en ajoutant une formule similaire.

3. Les Etats-Unis ont approuvé l'orientation de l'article 35 qui, à lui seul, définissait des conditions uniformes pour la reconnaissance et l'exécution des sentences rendues dans l'arbitrage commercial international, quel qu'en soit le lieu d'origine. Ils ont souligné que, comme l'avait noté le Groupe de travail à sa cinquième session, le fait de faire figurer des dispositions traitant de la reconnaissance et de l'exécution non seulement des sentences internes, mais également des sentences étrangères dans le pays qui adopte la Loi type pouvait être considéré "comme contribuant fortement à créer, en plus du réseau multilatéral et bilatéral existant, un système unilatéral de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères"[41]. Les Etats-Unis sont persuadés que le libellé de l'article premier 1) où il est stipulé expressément que l'application de la Loi type ne "porte pas atteinte à tout accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent Etat" permettra d'éviter toute incohérence éventuelle entre les régimes juridiques définis par la Loi type et par la Convention de New York de 1958. La disposition relative aux clauses les plus avantageuses de l'article VII 1) de la Convention de New York réduit encore davantage les risques de conflit entre les deux régimes.

Article 36.
Motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution

Article 36, paragraphe 1

1. L'Argentine a exprimé l'opinion que l'article 36 devait être interprété comme signifiant qu'une sentence ne serait pas reconnue au cas où le tribunal établirait que le tribunal arbitral est intervenu alors qu'il n'était pas compétent ou a empiété sur la juridiction exclusive du tribunal devant lequel la reconnaissance ou l'exécution est demandée.

2. Ayant noté que les dispositions de l'article 36 1) s'appliquaient aux sentences arbitrales internationales, quel que fût leur lieu d'origine, les Etats-Unis ont indiqué qu'il ressortait de l'examen des dispositions de cet article que tous les motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution pouvaient ne pas s'appliquer de la même façon aux sentences internes et aux sentences étrangères. Ils ont estimé que chacune de ces dispositions devait être réexaminée à la prochaine session de la Commission, compte tenu de la décision qui reste à prendre en ce qui concerne le champ d'application territorial de la Loi type.

3. En ce qui concerne la suggestion de la Finlande tendant à limiter les motifs de reconnaissance ou d'exécution des sentences rendues dans le territoire de l'Etat où la reconnaissance ou l'exécution est demandée aux motifs mentionnés dans l'article 36 1) alinéas *a* v et 1 *b*, voir le paragraphe 5 de la section consacrée au chapitre VIII de la Loi type.

Article 36, paragraphe 1 a *i*

4. Chypre a exprimé l'opinion que le membre de phrase "à défaut d'une indication à cet égard" figurant à l'alinéa *a* i du paragraphe 1 n'était pas satisfaisant et a proposé de le remplacer par le membre de phrase suivant "si aucune loi n'a été choisie par les parties".

Article 36, paragraphe 1 a *ii*

5. Chypre a fait deux observations au sujet de ce paragraphe. La première, qui portait sur l'emploi du mot "dûment", a été consignée dans le paragraphe 10 de la section relative à l'article 34. La deuxième portait sur le membre de phrase "ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits" qui, à son avis, avait un sens très large; elle a estimé que les raisons empêchant une partie de faire valoir ses droits devaient être mentionnées expressément et que l'on pourrait accorder au tribunal le pouvoir discrétionnaire de refuser la reconnaissance et l'exécution lorsqu'il estime que la raison invoquée est légitime compte tenu des circonstances.

6. Le Venezuela a présenté, au sujet de la version espagnole de la Loi type, une observation qui s'appliquait à la fois à l'article 36 1) *a* ii et à l'article 34 2) *a* ii. Cette observation a été consignée au paragraphe 12 de la section relative à l'article 34.

Article 36, paragraphe 1 a *iv*

7. Selon Chypre, le membre de phrase "la procédure arbitrale n'a pas été conforme à la convention" qui figure dans le paragraphe 1 *a* iv a un sens tellement large qu'une partie peut l'invoquer pour alléguer des écarts de procédure mineurs.

8. Pour le Mexique, le membre de phrase "n'a pas été conforme . . . à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu" qui figure au paragraphe 1 *a* iv n'est pas en harmonie avec le paragraphe 3 de l'article 11 où est énoncée la procédure devant être suivie par le tribunal arbitral en l'absence d'une convention des parties. En conséquence, ce n'est pas "la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu" qui devrait être suivie, mais la "présente loi", c'est-à-dire la Loi type. En outre, si l'on avait recours à cette solution et à ce libellé, cette disposition coïnciderait avec celle de l'article 34 2) *a* iv.

Article 36, paragraphe 1 b *ii*

9. Selon l'Inde, l'expression "ordre public" employée dans le paragraphe 1 *b* ii est trop vague et permet des interprétations contradictoires.

[41] A/CN.9/233, par. 129.

10. Le Qatar a noté que l'article 36 régissait la question du refus de la reconnaissance ou de l'exécution d'une sentence dans tout Etat qui adoptera la Loi type et que, conformément au paragraphe 1 *b* ii, cette reconnaissance ou cette exécution peut être refusée si elle est contraire à l'ordre public de l'Etat intéressé. Il a estimé que si une sentence arbitrale est valable et a force obligatoire dans un pays, si bien que le problème qui se pose se limite simplement à la reconnaissance ou à l'exécution de cette sentence dans un autre pays, l'obligation de respecter l'ordre public du pays dans lequel la reconnaissance ou l'exécution est demandée doit être envisagée de la façon la plus étroite possible, autrement dit, elle ne doit porter que sur la procédure de reconnaissance ou d'exécution nécessaire. Cette procédure prévoit normalement une mesure impérative pour assurer le paiement de sommes d'argent ou d'autres mesures d'exécution qui en elles-mêmes, indépendamment du fond du litige et des règles juridiques appliquées par le tribunal arbitral, ne portent pas atteinte à l'ordre public d'un pays. Ces règles juridiques, appliquées au fond du litige, peuvent être jugées incompatibles avec l'ordre public du pays d'exécution ou de reconnaissance, bien qu'elles ne le soient pas avec celui du pays dans lequel ou en vertu de la loi duquel la sentence arbitrale a été rendue. Lorsque les droits des parties sont consacrés sous forme pécuniaire ou par reconnaissance d'un titre ou bien encore sous toute autre forme qui en elle-même ne porte pas atteinte à l'ordre public du pays de reconnaissance ou d'exécution, la raison d'ordre public ne devrait pas être alléguée pour refuser la reconnaissance ou l'exécution. Au contraire, cela reviendrait à reprendre l'examen d'un litige déjà jugé, ce qui aurait pour effet de rendre vaine la procédure d'arbitrage et d'ébranler la confiance qui est nécessaire aux transactions en général et aux transactions internationales en particulier. A l'appui de ce point de vue, le Qatar a signalé l'existence dans de nombreux Etats, dont les Etats-Unis, de lois et de certaines décisions jurisprudentielles prévoyant une telle interprétation restreinte de la notion d'ordre public. Par conséquent, le Qatar a suggéré d'insérer le texte ci-après à la fin du paragraphe 1 *b* ii :

> "Pour décider si une sentence arbitrale serait contraire à l'ordre public de l'Etat, il ne sera pas procédé au réexamen du fond du différend au sujet duquel il a été statué par cette sentence et la décision ne portera que sur la procédure ou les actions nécessaires aux fins de la reconnaissance ou de l'exécution."

Addition à l'article 36

11. La Norvège a proposé d'ajouter le nouveau paragraphe ci-après à l'article 36 :

> "2 *bis*) Si une demande d'annulation de la sentence n'a pas été présentée dans le délai prescrit à l'article 34 3), la partie contre laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée par la suite ne peut soulever d'objections autres que celles mentionnées dans les sous-alinéas *a* i, v ou dans l'alinéa *b* du paragraphe 1 du présent article."

C. *Observations concernant d'autres points*

Suggestions visant à ajouter certaines définitions

Demande reconventionnelle

1. La Norvège et les Etats-Unis ont fait observer qu'il n'était pas fait référence aux demandes reconventionnelles dans la Loi type et que, selon l'interprétation du Groupe de travail, toute disposition de la Loi type concernant la "demande" devait également s'appliquer, *mutatis mutandis*, à une demande reconventionnelle[42]. Toutefois, la Norvège a proposé, par souci de précision et d'information, d'ajouter à l'article 2 que, sauf indication contraire, toute disposition faisant référence aux demandes s'applique, *mutatis mutandis*, aux demandes reconventionnelles; elle a souligné toutefois qu'il serait nécessaire d'examiner attentivement les exceptions à ce principe de l'équivalence de la demande reconventionnelle et de la demande. Les Etats-Unis ont estimé qu'il était souhaitable de faire figurer dans la Loi type une mention explicite autorisant et réglementant les demandes reconventionnelles et ils ont proposé de le faire soit en ajoutant une note y faisant référence dans les paragraphes 1 et 2 de l'article 23 (ainsi que le paragraphe 2 de l'article 16) soit en faisant figurer dans l'article 2 la disposition générale que toute mention concernant les demandes et les défenses s'applique, *mutatis mutandis*, aux demandes reconventionnelles.

2. Le Mexique a proposé d'ajouter, après la première phrase du paragraphe 1 de l'article 23 où il est question de la réponse du défendeur aux conclusions du demandeur, les mots "ou, s'il y a lieu, présente une demande reconventionnelle".

3. La Tchécoslovaquie a suggéré d'ajouter la disposition ci-après à l'endroit approprié :

> "Jusqu'à la fin des audiences, le tribunal arbitral connaît également des demandes reconventionnelles visées par la convention d'arbitrage et des demandes présentées pour venir en compensation, comme moyen de défense."

Le présent Etat

4. Le Mexique a proposé d'ajouter à l'article 2 une définition précisant que l'expression "le présent Etat", utilisée en divers endroits de la Loi type, désigne le pays qui a adopté la Loi type.

Partie

5. L'Inde a proposé d'ajouter à l'article 2 un alinéa précisant que par "partie" on entend une "personne physique ou morale qui a conclu une convention d'arbitrage, qu'elle y soit ou non nommée ou identifiée".

Autorité de nomination

6. Ayant fait observer que l'expression "autorité de nomination" utilisée dans l'article 11 n'était pas définie

[42] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 73 et 196.

dans la Loi type, la République démocratique allemande a suggéré d'en donner une définition dans l'article 2.

Sentence

7. Le Mexique a proposé d'indiquer dans l'article 2 les divers types de décisions rendues par un tribunal arbitral que recouvrait le terme "sentence" tel qu'il était utilisé dans l'article 34 1) et dans d'autres articles qui pouvaient faire la distinction entre divers types de sentences [par exemple l'article 16 3)]. [En ce qui concerne les types de sentences pouvant être annulées en application de l'article 34, voir les observations présentées par l'Autriche, la Norvège et la Pologne au sujet de l'article 16 (par. 7 de la section relative à l'article 16) et par le Japon au sujet de l'article 34 (par. 7 de la section relative à l'article 34).]

Nouvelles dispositions suggérées sur des questions supplémentaires

Calcul des délais

8. La Norvège a proposé d'ajouter une disposition générale concernant le calcul des délais, en particulier pour régler la question de savoir si le premier et/ou le dernier jour du délai devait être compté et si ce dernier devait être prolongé au cas où il se terminerait un jour de vacances judiciaires [la Norvège a fait référence aux articles 28 et 29 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 1974)][43].

Charge de la preuve

9. Selon l'Union soviétique, il serait utile, d'un point de vue pratique, comme par exemple dans l'article 24 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, dans d'autres règles internationales et nationales connues, ainsi que dans des lois d'arbitrage, de faire figurer dans la Loi type (par exemple, en tant qu'article 24 *bis* la mention qu'il incombe à chaque partie d'apporter la preuve des faits dont elle fait état et que les arbitres sont en droit d'exiger qu'elles présentent des preuves supplémentaires. Bien qu'il soit possible de résoudre ces questions, au moins de façon indirecte, au moyen de la règle générale figurant dans l'article 19 2), leur importance justifie qu'elles soient réglées de façon plus claire et plus explicite dans la Loi type.

10. Afin de préciser les responsabilités des parties et du tribunal arbitral, les Etats-Unis ont estimé qu'il serait utile d'ajouter à l'article 24, à propos de la charge de la preuve, une mention indiquant que "chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde sa requête ou sa réponse". Ce libellé est identique à celui de l'article 24 1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. En l'absence d'une telle mention, certaines parties pourraient ne pas faire diligence ou certains tribunaux arbitraux pourraient estimer à tort qu'il leur incombe d'instruire l'affaire.

[43] A/CONF.63/15.

Preuve par témoins

11. Les Etats-Unis ont proposé que deux aspects de la procédure arbitrale ayant trait à la présentation de preuves par témoins fassent l'objet de dispositions spécifiques dans la Loi type. Tout d'abord, il serait judicieux de disposer que "le tribunal arbitral est libre de fixer la manière dont les témoins sont interrogés, sauf convention contraire des parties". Cette formule est inspirée de l'article 25 4) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Ce pouvoir est déjà prévu de façon implicite dans l'article 19 2) de la Loi type qui donne au tribunal arbitral la faculté de procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, sous réserve de l'accord des parties et des autres dispositions de la Loi type. Toutefois, comme la façon d'interroger les témoins est une question qui se pose à propos de presque toutes les procédures arbitrales internationales, il serait utile de prévoir une disposition spécifique qui pourrait être invoquée pour appuyer l'opinion que le tribunal arbitral est juge de cette question. Deuxièmement, les Etats-Unis ont suggéré d'ajouter une disposition prévoyant que "la preuve par témoins peut également être administrée sous la forme de déclarations écrites signées par les témoins". Cette disposition, qui figure également à l'article 25 5) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, permettrait de préciser que les parties à une procédure d'arbitrage commercial international peuvent avoir recours à cette méthode qui est utile et parfois nécessaire pour produire les témoignages.

Question des conflits de lois

12. La République démocratique allemande a fait observer que la Loi type ne contenait pas de règles en ce qui concerne certains conflits de lois, notamment de règles sur le droit applicable aux conventions d'arbitrage et sur le droit applicable aux sentences sur le fond alors que de telles règles, qui lui paraissaient conformes à la nature et aux objectifs de la Loi type, avaient été proposées dans les projets préliminaires. Elle a proposé que l'on revoie s'il n'y avait pas lieu de prévoir de telles règles.

Frais d'arbitrage

13. Le Qatar, la République démocratique allemande et la Suède ont estimé que la question des frais d'arbitrage devait être traitée dans la Loi type. De l'avis de la République démocratique allemande, la Loi type devrait fixer les principes régissant les questions des frais et notamment leur répartition et l'obligation de verser des avances, les articles 38, 40 1) et 41 1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pouvant servir de modèles à cet effet. Le Qatar a proposé d'ajouter des dispositions concernant les frais d'arbitrage, le versement d'avances pour couvrir ces frais et leur répartition définitive entre les parties; soulignant l'importance que revêtent ces dispositions pour assurer que l'arbitrage international soit administré de façon harmonieuse, il a suggéré de les calquer sur les articles 38 à 40 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Vu l'importance qu'elle accordait à la question des frais d'arbitrage, la Suède a souligné que, comme la Loi type était relativement détaillée par ailleurs, l'absence de disposition à ce sujet lui semblait être une lacune.

14. En ce qui concerne la proposition de la Finlande visant à traiter l'effet du non-paiement par l'une des parties de sa part de l'avance à verser aux arbitres, voir le paragraphe 1 de la section relative à l'article 11.

Autres observations

Modification et amendement des contrats

15. La République fédérale d'Allemagne a fait observer que la question de savoir si un tribunal arbitral devrait être habilité à modifier un contrat afin de l'adapter à une situation nouvelle ou de l'amender était largement débattue à l'échelon international. Selon son interprétation, l'absence de dispositions concernant cette question signifiait que l'on n'avait pas l'intention d'accorder ce genre de pouvoir au tribunal arbitral. La délégation de la République fédérale d'Allemagne avait préconisé que l'on ne fasse pas figurer une telle disposition dans la Loi type et elle maintenait ce point de vue. Son opposition à l'inclusion d'une disposition concernant cette question dans la Loi type était motivée non pas tant par le fait que l'adaptation des contrats soulevait des questions de droit positif alors que la Loi type portait sur la procédure, mais plutôt par le fait que l'activité du tribunal arbitral portait principalement sur l'interprétation et l'exécution d'accords contractuels et de dispositions juridiques. Conférer à un tribunal le pouvoir de modifier et d'amender les contrats, comme aux tribunaux d'Etat de la République fédérale d'Allemagne, serait souvent le meilleur moyen de parvenir à concilier équitablement les intérêts des parties pour régler un différend. Toutefois, il ne semblait pas indiqué de faire figurer une disposition de ce genre dans la Loi type. Si les parties avaient prévu dans la convention d'arbitrage la possibilité d'apporter des modifications ou des amendements au contrat, le tribunal arbitral pouvait prendre les mesures appropriées. Il n'était pas nécessaire que cette possibilité fût exprimée de façon explicite mais elle pouvait être déduite de l'orientation et de l'objectif de la convention. Toutefois, si les parties ne voulaient pas d'un arbitrage de ce type, il ne devait pas leur être imposé.

Commentaire concernant la Loi type

16. Selon la CCE, il serait souhaitable qu'un rapport soit adopté par la Commission conjointement avec la Loi type. Il faudrait, dans la première partie de ce rapport, préciser la nature de la Loi type dans le régime du droit international, indiquer la procédure pouvant être utilisée pour l'incorporer dans un régime juridique national et examiner les rapports que celle-ci présente, telle qu'elle a été incorporée dans le régime juridique d'un Etat, avec les accords internationaux qui ont été conclus par cet Etat ainsi qu'avec d'autres règles juridiques relatives à l'arbitrage en vigueur dans ce dernier. Toutefois, on a fait observer que compte tenu de la diversité des régimes juridiques en vigueur dans les Etats susceptibles d'adopter la Loi type, il ne serait possible de fournir dans ce rapport que des directives générales s'adressant principalement aux Etats qui sont les moins familiarisés avec la procédure d'arbitrage. La deuxième partie de ce rapport devrait être consacrée à un commentaire analytique de la Loi type, article par article, dans lequel on expliquerait brièvement les raisons justifiant le choix des solutions retenues.

Rédaction

17. Pour l'Union soviétique, il était entendu que l'on prêterait attention pendant la session de la Commission à la nécessité de mettre au point des versions correspondantes de la Loi type dans les différentes langues, à l'uniformisation de la terminologie utilisée (comme par exemple les mots "pays" et "Etat", en particulier aux articles 35 et 36), au titre des divers chapitres et articles et à des questions similaires.

18. L'Association internationale du barreau a proposé de réexaminer le texte en vue de déterminer si les mots "territoire", "pays" et "Etat" étaient utilisés de façon appropriée dans leurs contextes respectifs.

[A/CN.9/263/Add.1]

ADDITIF

Introduction

1. Le présent additif au document A/CN.9/263 présente une compilation des observations reçues entre le 31 janvier et le 29 mars 1985 des Etats et organisations internationales suivants : Canada, Soudan, Yougoslavie; Comité consultatif juridique africano-asiatique (AALCC)[1], Conférence de La Haye de droit international privé (Conférence de La Haye)[2] et Chambre de commerce internationale (CCI)[3].

2. La structure et la présentation de l'additif sont identiques à celles du document A/CN.9/263[4].

Compilation analytique des observations

A. *Observations générales sur le projet de texte*

1. Le Canada estime que la Loi type constitue un instrument précieux en vue de promouvoir un ensemble de règles simples et pratiques qui permettront de reconnaître et d'encourager les arbitrages internationaux. Dans l'ensemble, la Loi type est bien conçue compte tenu des principaux objectifs de l'arbitrage commercial international : procédure rapide à un coût raisonnable, appui judiciaire limité mais efficace et neutralité de la procédure. Elle présente un certain nombre de problèmes sur les plans de la rédaction et de la procédure, mais aucun d'entre eux ne semble tenir à un concept qui serait inacceptable pour le Canada ou contraire aux principes fondamentaux des deux systè-

[1]Les observations de l'AALCC sont fondées sur les avis unanimes ou les avis ayant prévalu durant l'examen du projet de texte de la Loi type par le Sous-Comité de l'AALCC pour les questions de droit commercial international à sa vingt-quatrième session (Katmandou, Népal, 7-12 février 1985).

[2]Les observations ont été soumises par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye. Lorsque, comme pour l'article 27, une observation émane de la Conférence de La Haye de droit international privé elle-même, le nom de cette organisation internationale n'est pas abrégé.

[3]Les observations de la CCI ont été adoptées par sa Commission de l'arbitrage international, le 29 novembre 1984.

[4]A/CN.9/263, par. 4 à 6 de l'introduction.

mes juridiques du Canada, la *common law* et le droit civil.

2. La CCI estime que la disparité des diverses législations nationales sur l'arbitrage et les difficultés auxquelles se heurtent les hommes d'affaires internationaux lorsqu'ils essayent de déterminer comment un différend sera réglé dans un système juridique donné et comment la solution apportée sera appliquée dans un autre système judiciaire appellent une harmonisation de ces législations régissant le règlement des différends qui se produisent dans le cadre de transactions internationales. Des mesures importantes ont déjà été prises grâce à la conclusion de nombreux accords et conventions bilatéraux et multilatéraux. Il serait préférable d'assurer l'harmonisation voulue par l'élaboration d'une loi type plutôt que d'une convention qui, l'expérience le prouve, est moins aisément acceptée par un grand nombre de nations, sinon au prix de réserves importantes qui en diminuent la valeur en tant qu'instrument uniforme. La nécessité d'une loi type est perçue différemment d'une part par les pays industrialisés ayant une longue tradition commerciale et une grande expérience du règlement des différends, et d'autre part par les pays qui sont nouveaux venus dans le monde du commerce international. La CCI estime donc que la Loi type ne devrait ni limiter la liberté des parties d'adapter des arbitrages à leurs besoins, ni supprimer les notions et pratiques existantes dans les différentes régions du monde. Une loi type devrait instaurer un cadre standard fondé sur des notions universellement acceptées parce qu'elles garantissent le respect de la légalité, l'équité et l'égalité, c'est-à-dire les principes fondamentaux de la justice. C'est pourquoi, lorsque des questions soulevées par la Loi type suscitent d'importantes divergences d'opinions, de conceptions et de traditions entre les nations commerçantes, la CCI estime qu'il vaut mieux laisser cette diversité se développer librement et sans restriction, au lieu de modifier les notions et pratiques actuellement appliquées par les différents pays. Ainsi, plutôt qu'une réglementation détaillée tranchant, sans laisser de place à l'incertitude, un problème donné auquel des solutions différentes sont apportées selon les pays, la CCI prône l'adoption dans la Loi type d'un dénominateur commun. Une loi type imposant des solutions considérées comme étrangères par les nations intéressées risque fort de ne pas être généralement acceptée et n'atteindra donc pas les objectifs visés.

B. *Observations portant sur des articles donnés*

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Champ d'application

Champ d'application territorial

1. L'AALCC, notant que la Loi type ne contient pas de dispositions sur le champ d'application territorial, estime qu'elle ne devrait pas comporter de limites territoriales.

La Loi type cède le pas devant la loi des traités

2. L'AALCC recommande de remplacer, au paragraphe 1 de la version anglaise, les mots "which has effect in this State" par les mots "which is in force in this State".

Champ d'application quant au fond : "arbitrage commercial international"

"Commercial"

3. Pour ce qui est de la définition du mot "commercial", le Canada considère que, bien qu'il ne soit pas habituel, conformément à la pratique légale en matière de rédaction, de placer des définitions dans des notes de bas de page, toute juridiction, qui décidera que sa législation sur l'arbitrage doit comporter une définition du mot "commercial", appliquera ses propres techniques de rédaction et d'interprétation à cet égard. De l'avis du Canada, les activités commerciales des gouvernements et de leurs organismes, y compris les "prêts à risques souverains", sont incluses dans la définition du mot "commercial". Si l'on n'a pas l'intention d'inclure de telles activités ou prêts de l'Etat dans la définition, il faudrait le mentionner explicitement. Il semblerait préférable de stipuler que de telles activités entrent dans le cadre de la Loi type et, si un gouvernement souhaite écarter cette possibilité, il faudrait le laisser libre de préciser ce fait dans sa législation.

4. L'AALCC recommande qu'au lieu de donner une liste présentant des exemples, l'on définisse le mot "commercial" et inclue cette définition dans le texte de l'article premier.

5. De l'avis de la CCI, il n'est pas bon de laisser la définition du mot "commercial" dans une note de bas de page. Ce mot est essentiel pour déterminer le champ d'application de la Loi type et la définition devrait se trouver dans la Loi type elle-même. La CCI ne pense pas que la loi doive harmoniser la notion de "commercial". Au contraire, il faut respecter les diverses interprétations et les divers sens que donnent à ce mot les différents pays, mais la loi devrait aller au-delà de simples définitions, de sorte que les exemples qui seront en dernière analyse inclus dans la Loi type soient précis et utiles pour les entités participant à un arbitrage. La CCI ajoute qu'il lui semble indispensable, pour que la Loi type soit plus utile, d'indiquer si elle s'applique aux transactions commerciales qui sont le fait d'Etats souverains et d'entreprises nationalisées.

"International"

6. Pour ce qui est du mot "international", la CCI estime que la solution de compromis énoncée actuellement au paragraphe 2 de l'article premier est acceptable. La CCI considère qu'elle couvre le cas fréquent où deux parties ayant leur établissement dans le même pays concluent un contrat qui doit être exécuté à l'étranger.

Lieux, autres que l'établissement, déterminant le caractère international de l'arbitrage (article premier, paragraphe 2 b*)*

7. Le Canada note que certaines des entités qu'il a consultées, notamment ses gouvernements provinciaux, se sont déclarées préoccupées par le fait qu'en vertu du paragraphe 2 *b* un arbitrage devient international simplement parce que l'on a choisi pour l'arbitrage un lieu se situant hors de la juridiction. Cette disposition permettrait aux parties de choisir la juridiction "la plus intéressante", ce qui pourrait se révéler inacceptable pour certaines juridictions.

Autre lien international (article premier, paragraphe 2 c*)*

8. De l'avis du Canada, l'alinéa *c* du paragraphe 2 est trop vague. Le Canada n'est pas certain de l'objet de cet alinéa et il estime peu probable qu'un grand nombre de juridictions, notamment celles appliquant la *common law*, donneront effet à une telle disposition.

9. La Yougoslavie estime que la définition du mot "international" figurant à l'article premier est trop large car, en vertu de l'alinéa *c* du paragraphe 2, une sentence arbitrale est considérée comme internationale lorsque les deux parties ont leur établissement dans le même Etat, à condition que "l'objet de la convention d'arbitrage [soit] lié à plus d'un Etat". En outre, la définition de l'arbitrage commercial international implique que le tribunal arbitral ne peut examiner des questions de fond afin de statuer sur sa compétence, ce qui est contraire à la pratique internationale actuelle. Puisqu'une telle solution risquerait de créer des problèmes complexes, il est proposé de simplifier l'article premier, afin de permettre une détermination efficace de la compétence du tribunal arbitral. Les solutions retenues à l'article premier sont contraires aux lois et règlements yougoslaves et l'on peut craindre que cela ne soit une des raisons pour lesquelles certains Etats adopteront une attitude négative à l'égard de la Loi type dans son ensemble. La définition figurant à l'article premier est reprise en particulier dans les articles 35 et 36, selon lesquels une sentence nationale peut dans certains cas être soumise à la procédure de l'*exequatur*, ce qui est contraire à la pratique en Yougoslavie, ainsi que dans un grand nombre d'autres pays. Il est proposé que la définition figurant à l'article premier soit réexaminée et modifiée compte tenu de la pratique internationale actuelle et des solutions apportées dans les conventions actuelles en ce qui concerne la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Article 2.
Définitions et règles d'interprétation

Article dans son entier

1. L'AALCC, notant que l'article 2 comporte la définition de certains termes, ainsi que des règles d'interprétation, recommande que les définitions d'une part, et les dispositions stipulant les règles d'interprétation d'autre part, figurent dans deux articles indépendants intitulés "Définitions" et "Règles d'interprétation". Il serait bon de placer l'article contenant les règles d'interprétation vers la fin de la Loi type.

Article 2, alinéa c

2. De l'avis de la Conférence de La Haye, l'alinéa *c* semble difficilement compatible avec l'article 28 de la Loi type. La liberté des parties quant au choix de la loi applicable au fond du litige est un principe fondamental du droit international privé. Il ne semble pas souhaitable de permettre aux parties, dans la Loi type, de confier cette liberté de choix à un tiers, encore moins à une institution telle que la Chambre de commerce internationale (qui, d'ailleurs, devrait se reconnaître incompétente en la matière). Les possibilités devraient être limitées comme suit : soit les parties choisissent la loi applicable au litige, et ce choix sera respecté par le tribunal arbitral; soit elles restent silencieuses, et le tribunal arbitral, mais uniquement lui, devra alors déterminer la loi applicable en application du paragraphe 2 de l'article 28. (On notera qu'il n'y a pas lieu de se demander si le fait d'autoriser le tribunal arbitral à choisir librement la loi applicable au fond du litige, en dehors de toute référence à une règle de conflit, équivaut à lui donner l'autorisation de décider en tant qu'amiable compositeur, solution envisagée au paragraphe 3 de l'article 28.) La disposition de l'alinéa *c* de l'article 2 devrait donc être modifiée par une réserve concernant l'article 28.

Article 2, alinéa e

3. Le Canada estime que les modalités de remise, selon chaque système, décrites à l'alinéa *e*, devront être examinées par chaque Etat, compte tenu des règles qu'il accepte en la matière dans le cas de procédures judiciaires, ainsi que des conditions locales. Par exemple, en vertu des règles de procédure, il se peut que la remise soit réputée avoir été effectuée un certain nombre de jours après la date de l'expédition.

Article 4.
Renonciation au droit de faire objection

1. De l'avis de la Yougoslavie, la règle générale sur la renonciation présumée au droit de faire objection peut constituer une sanction injuste et sévère et, dans le même temps, donne un pouvoir considérable au tribunal arbitral. Le fait d'exiger que l'objection soit formulée "promptement" constitue une condition trop stricte, notamment lorsque la partie provient d'un pays en développement, car une partie n'ayant pu faire objection se retrouve dans une situation extrêmement défavorable. Il est proposé qu'au lieu d'énoncer une règle générale sur le défaut d'objection d'une partie, il faudrait évaluer ce défaut cas par cas, compte tenu de tous les faits pertinents.

2. L'AALCC estime que le mot "promptement" est vague et qu'il serait bon de stipuler un certain délai.

3. Le Canada note que la version anglaise de cet article semble très peu claire pour le lecteur. Le problème est de savoir si cet article vise le non-respect de la loi ou le non-respect de la dérogation convenue. Si c'est la première possibilité qui est visée, on peut se demander s'il ne faudrait pas lire "from which the parties may not derogate", plutôt que "from which the

parties may derogate". Cependant, la version française semble indiquer que c'est la deuxième possibilité qui est visée; si cela est vrai, on pourrait supprimer l'ambiguïté de la version anglaise en ajoutant, après le mot "non-compliance", les mots "with the agreed upon derogation or requirement under the arbitration agreement".

Article 5.
Domaine de l'intervention des tribunaux

L'AALCC propose de remplacer le titre de l'article 5 par le titre suivant : "Limitation de l'intervention des tribunaux".

Article 6.
Tribunal chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage

1. La Yougoslavie, notant que cet article traite de la compétence du Tribunal dans un système juridique et non de sa compétence internationale, propose d'élaborer une solution dans laquelle, en premier lieu, la compétence internationale serait reconnue en principe au Tribunal de l'Etat aux règles de procédure duquel les parties sont convenues de soumettre leur arbitrage; en l'absence d'une telle convention, la compétence serait fonction du lieu de l'arbitrage. Il est noté qu'un problème se poserait dans les cas où les parties n'auraient pas conclu un tel accord et où le lieu de l'arbitrage n'aurait pas été déterminé, si une intervention des tribunaux était nécessaire avant le début de la procédure arbitrale.

2. L'AALCC estime qu'il faudrait préciser que les tribunaux désignés par l'autorité nationale compétente devraient avoir compétence pour traiter des questions concernant la Loi type. Il est proposé de modifier comme suit cet article :

"Article 6. Tribunaux compétents pour s'acquitter des fonctions prévues dans la loi type

"Les tribunaux compétents pour s'acquitter des fonctions prévues dans la Loi type sont . . ."

CHAPITRE II. CONVENTION D'ARBITRAGE

Article 7.
Définition et forme de la convention d'arbitrage

Article dans son entier

1. L'AALCC recommande de diviser cet article en deux articles, l'un traitant de la définition de la convention d'arbitrage et l'autre de la forme de la convention d'arbitrage.

Article 7, paragraphe 1

2. De l'avis du Canada, le mot "déterminé", associé à l'expression "rapport de droit" semble poser un problème. L'expression "rapport de droit déterminé" ne renvoie à aucune notion particulière dans la *common law* et on peut se demander dans quel texte le rapport de droit a été déterminé — dans une loi, dans un contrat, ou ailleurs. On peut donc douter que ce mot soit nécessaire.

3. L'AALCC recommande de remplacer au paragraphe 1 l'expression "rapport de droit déterminé" par les mots "questions juridiques déterminées" ou "différends juridiques déterminés".

Article 7, paragraphe 2

4. De l'avis du Canada, le paragraphe 2 devrait envisager également les transactions ne se faisant pas sur papier, c'est-à-dire le traitement automatique des données dans le commerce international.

5. Le Canada note que, lorsqu'un contrat incorpore un autre contrat par référence et que cet autre contrat comporte une clause compromissoire, il n'est pas certain dans la pratique que ladite clause compromissoire ait été incorporée dans le premier contrat. On peut supposer que cette incorporation par référence ressort maintenant du libellé des paragraphes 1 et 2, mais s'il subsiste un doute, il faudrait indiquer explicitement que cette possibilité est prévue par l'article. On pourrait pour cela ajouter au paragraphe 2 que, lorsqu'un contrat reprend par référence les termes d'un autre contrat et que l'autre contrat contient une clause compromissoire, la clause compromissoire sera réputée être incorporée au premier contrat.

6. L'AALCC recommande, en ce qui concerne la question de savoir si une signature sur un document doit être manuscrite ou peut être effectuée par des moyens mécaniques, que le mode de signature soit déterminé par les législations nationales.

7. La Yougoslavie propose de compléter cet article afin que les parties soient habilitées, même si l'exigence de l'écrit n'a pas été respectée, à valider la convention d'arbitrage (par exemple par les moyens suivants : participation à une audience sur le fond du différend sans présenter d'objections, ou déclaration du défendeur, incorporée au compte rendu de l'arbitrage, au terme de laquelle celui-ci déclare accepter la compétence du tribunal arbitral). Il devrait être spécifié que la disposition concernant la forme écrite, qui figure dans cet article, ne devrait pas être interprétée comme une disposition visant à protéger des intérêts publics, mais comme une disposition tendant à protéger des intérêts privés. La Yougoslavie note que l'on peut assouplir les règles stipulant que l'existence de la convention d'arbitrage doit être prouvée dans la procédure d'*exequatur* (art. 35) en indiquant que la partie demandant la reconnaissance ou l'exécution doit prouver que l'autre partie s'est soumise valablement à l'arbitrage, ce qui ne signifie pas nécessairement qu'une convention d'arbitrage écrite doive être présentée comme preuve.

Ajout proposé à l'article 7

8. La CCI, notant que la Loi type doit être mise en œuvre dans des pays ayant des systèmes judiciaires et des règles d'interprétation différents, estime que la compétence des institutions d'arbitrage devrait être préservée de la manière la plus claire possible et que la Loi type devrait comporter une disposition sur le conflit possible entre les règles de la Loi type et celles de l'institution intéressée. Il est proposé d'ajouter le paragraphe suivant à l'article 7 :

"1 *bis*) Lorsque les parties sont convenues de soumettre tous leurs différends ou certains de leurs différends visés au paragraphe 1 de l'article 7 à un arbitrage organisé par une institution permanente d'arbitrage, l'arbitrage est conduit conformément aux règles de ladite institution d'arbitrage et est régi par ces règles, dans la mesure où celles-ci ne sont pas contraires ou inadaptées aux dispositions impératives de la présente Loi, qui prévaut en cas de conflit."

Article 8.
Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal

Article 8, paragraphe 1

1. Le Canada estime que le paragraphe 1 n'est pas clair. Il s'agit de savoir si cet article prévoit une simple suspension de l'action ou le désaisissement total d'un tribunal, ou s'il vise peut-être à laisser cette question à l'appréciation du pouvoir législatif adoptant la Loi type.

2. La Yougoslavie note que, lorsque le tribunal de l'Etat conclut qu'il n'a pas compétence pour trancher le différend, il n'est pas d'usage que ce tribunal ordonne aux parties de s'adresser à une institution donnée pour régler leur différend. Cette question devrait être laissée aux parties. Le recours à l'arbitrage peut ne pas être la seule (ou la meilleure) solution pour les parties.

3. L'AALCC propose de supprimer les mots "non susceptible d'être exécutée" car il les juge superflus.

Article 8, paragraphe 2

4. L'AALCC recommande de modifier comme suit le paragraphe 2 :

"Lorsque, dans de tels cas, la procédure arbitrale est déjà engagée, le tribunal arbitral poursuit la procédure, à moins que le tribunal n'ordonne provisoirement la suspension de la procédure."

CHAPITRE III. COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 10.
Nombre d'arbitres

1. Le Soudan propose, afin que cet article soit plus complet et plus clair, d'ajouter le paragraphe suivant à l'article 10 :

"Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, lorsque le tribunal arbitral se compose de plus d'un arbitre, les arbitres sont en nombre impair."

Cette proposition vise les cas où les parties prévoiraient un nombre pair d'arbitres dans leur convention.

2. La CCI estime que, puisque les parties peuvent librement convenir de nombre d'arbitres, il faudrait envisager la manière dont il sera procédé aux nominations, lorsque les parties n'en conviennent pas. Les dispositions actuelles du paragraphe 3 de l'article 11 ne couvrent que les cas les plus fréquents où soit un arbitre, soit trois arbitres sont nommés. Il semblerait qu'une règle générale serait nécessaire en cas de nomination d'un nombre pair d'arbitres et d'un nombre impair d'arbitres supérieur à trois.

Article 11.
Nomination des arbitres

Article 11, paragraphe 1

1. Le Soudan propose de remplacer au paragraphe 1 l'expression "sauf convention contraire des parties" par les mots suivants "cependant, si un seul arbitre doit être nommé, cet arbitre sera d'une nationalité autre que celle des parties". Une telle disposition serait plus claire et plus satisfaisante.

Article 11, paragraphe 3

2. De l'avis du Canada, le paragraphe 3 devrait stipuler expressément qu'un arbitre peut être nommé, même après expiration du délai, jusqu'au moment où une demande est présentée au Tribunal. Comme il est actuellement rédigé, le paragraphe 3 laisse entendre qu'après l'expiration du délai spécifié, une partie ne peut nommer un arbitre, ou les deux arbitres qui ont été nommés ne peuvent nommer un troisième arbitre. Le Canada se demande également si, dans la pratique, un délai de trente jours est suffisamment long pour permettre aux deux arbitres qui ont été nommés de nommer le troisième arbitre.

3. La CCI note que la Loi type n'exige pas expressément que les arbitres soient indépendants des parties et impartiaux. Il est vrai que le paragraphe 5 de l'article 11 stipule qu'un Tribunal, lorsqu'il lui est demandé d'intervenir, fait en sorte de nommer un arbitre indépendant et impartial, mais rien dans la Loi type n'interdit aux parties elles-mêmes de nommer un arbitre qui n'est ni indépendant ni impartial, par exemple leur avocat. Bien que, conformément à l'article 12, un arbitre soit tenu de signaler toute circonstance de nature à soulever des doutes sur son impartialité ou son indépendance, il serait préférable que la Loi type comporte une disposition expresse stipulant que tous les arbitres doivent être impartiaux et indépendants.

Article 12.
Motifs de récusation

Article dans son entier

1. Notant que, dans la version anglaise des paragraphes 1 et 2 de cet article, on a utilisé l'expression "justifiable doubts" comme équivalent de l'expression française "doutes légitimes", le Canada note que l'expression "justifiable doubts" pose des problèmes d'application pour un juriste de *common law* anglophone. De l'avis du Canada, l'expression "reasonable doubts" permettrait de mieux rendre la signification que l'on veut donner à cet article. En outre, il est proposé que l'exigence de la divulgation énoncée au paragraphe 1 soit plus stricte que celle énoncée au paragraphe 2, la préférence devant aller à la divulgation prévue au paragraphe 1; l'article 12 devrait donc être modifié en ce sens.

2. Le Soudan estime que l'article 12 serait plus complet si l'on ajoutait à la fin les mots suivants :

"De telles causes comprennent, de manière non exhaustive, tout intérêt financier ou personnel lié au résultat de l'arbitrage ou tout lien commercial avec l'une ou l'autre partie, ou avec l'avocat ou le mandataire d'une partie, le cas échéant."

Article 12, paragraphe 2

3. La Yougoslavie estime que la liste des motifs de récusation des arbitres devrait être élargie. Le paragraphe 2 de l'article 12 ne mentionne que les doutes sur l'impartialité et l'indépendance, ce qui est bon, mais insuffisant. Il faudrait stipuler qu'un arbitre peut être récusé s'il ne s'acquitte pas de ses fonctions avec la diligence voulue ou, dans le cas de tribunaux arbitraux permanents, conformément aux règles desdits tribunaux.

Article 13. Procédure de récusation

Article 13, paragraphe 1

1. La CCI note que, bien que le paragraphe 1 laisse les parties libres de convenir d'une procédure de récusation, le paragraphe 3 limite hélas considérablement cette liberté en donnant aux parties le droit de demander au Tribunal de prendre une décision sur la récusation, si la récusation ne peut être obtenue selon la procédure convenue. De l'avis de la CCI, cette limitation du droit qu'ont les parties de convenir de la procédure de récusation est inopportune pour la raison suivante : si les parties préfèrent l'arbitrage à une procédure judiciaire, c'est notamment du fait de son caractère confidentiel. Si le Tribunal d'un Etat doit juger une affaire en application du paragraphe 3, on peut craindre que le différend ne devienne public (divulgation de l'identité des parties, du montant faisant l'objet du litige, etc.), ce qui peut parfois avoir des effets très graves sur l'image et la situation financière des parties. Il faut limiter au maximum les tactiques dilatoires. L'arbitrage sera moins attrayant pour les parties et peut-être même inopportun, si la procédure peut être bloquée et le litige soumis au Tribunal d'un Etat par le simple fait de récuser, de bonne foi ou de mauvaise foi, un arbitre; l'arbitrage sera également moins attrayant pour les arbitres s'ils savent que leurs compétences et leur éthique risquent d'être discutées publiquement devant un Tribunal à chaque fois qu'ils acceptent de servir d'arbitres. La Loi type devrait donc traiter chaque cas différemment. Le recours au Tribunal est acceptable dans les arbitrages *ad hoc*, mais les parties devraient être libres d'exclure une telle intervention lorsque les règles institutionnelles qu'elles ont choisies comportent des dispositions en la matière.

Article 13, paragraphe 2

2. La Yougoslavie et la CCI ne sont pas favorables au paragraphe 2 aux termes duquel le tribunal arbitral, y compris l'arbitre récusé, se prononce sur la récusation. La CCI estime que les arbitres ne devraient pas être leurs propres juges en matière de récusation. La Yougoslavie note que l'on peut difficilement compter qu'un tribunal arbitral sera objectif si l'arbitre dont la récusation est demandée participe à la prise de décision; cela est particulièrement vrai lorsque c'est un arbitre unique qui est récusé. De l'avis de la Yougoslavie, il semble plus approprié, du moins dans le cadre d'une institution permanente d'arbitrage, de laisser l'organe directeur intéressé ou une instance *ad hoc* se prononcer sur de telles questions.

Article 13, paragraphe 3

3. Pour ce qui est de la disposition figurant au paragraphe 3, selon laquelle la décision du Tribunal est définitive, le Canada se demande s'il s'agit "d'une décision définitive" du Tribunal, qui peut donc faire l'objet d'un appel auprès d'un tribunal supérieur, ou si ce paragraphe veut dire que la décision elle-même est définitive et ne peut faire l'objet d'un appel. Cette disposition n'est pas claire, du moins dans un contexte de *common law*, et elle devrait être précisée. Si c'est la deuxième possibilité qui est visée, le paragraphe serait plus clair si l'on ajoutait après le mot "définitive" les mots "et aura force obligatoire".

4. Le Soudan estime qu'il serait plus sûr et plus juste d'ajouter le texte suivant à la fin du paragraphe 3 : "uniquement lorsque la poursuite de la procédure ne porte pas préjudice à la demande ou à la défense de la partie récusante".

Article 14. Carence ou incapacité d'un arbitre

1. De l'avis du Canada, les procédures énoncées aux articles 13 et 14 devraient être fusionnées. Pour le moment, le rapport entre l'article 14 et l'article 13 n'est pas très clair. Par exemple, on peut se demander si un préjugé apparent d'un arbitre peut être considéré comme une impossibilité de droit.

2. De l'avis de la CCI, l'article 14 actuel, qui traite de l'impossibilité de droit ou de fait d'un arbitre de remplir sa mission et qui donne une compétence exclusive au Tribunal d'un Etat lorsqu'une controverse persiste sur la cessation du mandat de l'arbitre, n'est pas compatible avec les règles des institutions d'arbitrage qui stipulent que, dans de tels cas, c'est l'institution qui prend une décision définitive. La CCI propose que l'article 14 soit modifié afin de donner aux parties la liberté de convenir de la procédure à suivre et de ne donner compétence au Tribunal d'un Etat qu'en dernier recours, au cas où la procédure convenue échouerait pour une raison quelconque (comme cela a été fait au paragraphe 4 de l'article 11 de la Loi type). Elle note cependant que, puisque les parties peuvent convenir de la cessation du mandat d'un arbitre (art. 14, première phrase), l'article 14 pourrait être interprété comme signifiant que le simple fait que les parties soumettent un différend aux règles d'une institution d'arbitrage implique qu'elles donnent à cette institution le pouvoir de décider de la question (en vertu de l'alinéa *c* du paragraphe 2 donnant aux parties le droit d'autoriser une institution à décider d'une question en leur nom). S'il est jugé impossible de modifier la Loi type de manière à ne donner compétence au Tribunal d'un Etat

qu'en dernier ressort et si l'interprétation indiquée ci-dessus est correcte, il serait souhaitable, si possible, de consigner cette interprétation.

3. Le Canada estime que, dans un arbitrage avec trois arbitres, une partie devrait pouvoir demander aux autres membres du tribunal arbitral de mettre fin au mandat du troisième arbitre avant d'être tenue de demander au Tribunal de le faire, de manière à réduire les cas où il est nécessaire de faire appel au Tribunal.

4. Le Soudan propose d'ajouter le paragraphe suivant à l'article 14 :

"2) Si l'arbitre unique ou l'arbitre-président est remplacé pour une des raisons mentionnées au paragraphe ci-dessus, toute audience déjà tenue est répétée. De même, si tout autre arbitre est remplacé, les audiences déjà tenues sont répétées au gré du tribunal arbitral."

5. Compte tenu de la reformulation proposée de l'article 6 (voir le paragraphe 2 des observations sur l'article 6), l'AALCC note que certaines modifications devront de ce fait être apportées à cet article; ainsi, les mots "le Tribunal visé à l'article 6" devraient être remplacés par "les tribunaux spécifiés conformément à l'article 6".

Article 14 bis

L'AALCC recommande que la formule d'introduction "Le fait que", jugée superflue, ne soit pas utilisée.

Article 15.
Nomination d'un arbitre remplaçant

Le Soudan, faisant remarquer que l'article 15 ne prévoit pas de délai pour la nomination d'un arbitre remplaçant, propose qu'après les mots "un arbitre remplaçant est nommé", soient ajoutés les mots suivants :

"sous réserve que cette nomination s'effectue dans un délai d'un mois à compter de la date de cessation du mandat de l'arbitre remplacé".

Pour des raisons de langue, les mots "arbitre remplacé", figurant dans le membre de phrase qui suit l'ajout proposé, devront être remplacés par les mots "dudit arbitre".

CHAPITRE IV. COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 16.
Pouvoir qu'a le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence

1. L'AALCC recommande que cet article soit intitulé "Compétence".

2. De l'avis du Canada, le paragraphe 3 semble excessivement restrictif en n'autorisant les parties à attaquer la décision par laquelle le tribunal arbitral s'est déclaré compétent que lors d'une action en annulation de la sentence arbitrale. Il est vraisemblable qu'aucune juridiction canadienne ne serait disposée à accepter un tel principe car on estime que le règlement des questions de compétence doit pouvoir intervenir avant la sentence définitive. L'une ou l'autre des parties devrait pouvoir traiter la question de la compétence comme une question préalable. Le problème que pose le fait de laisser à l'Etat d'exécution le soin de régler cette question est qu'il y aurait alors une différence entre les Etats qui sont parties à la Convention de New York de 1958 et les Etats qui ne le sont pas. En outre, la décision récente de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire qui a opposé la République arabe d'Egypte à la Southern Pacific Properties, Ltd. *et al.* (International Legal Materials, vol. 3, n° 5, septembre 1984, p. 1048 à 1061) atteste l'importance qu'il y a à régler ce type de question dans la phase initiale de la procédure. Le paragraphe 3 devrait être revu de manière à traiter ce problème; il pourrait peut-être stipuler que le tribunal arbitral peut renvoyer la question de sa compétence au Tribunal.

Article 18.
Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires

1. Le Soudan propose le remplacement du texte de l'article 18 par le texte ci-après, établi à partir de différents règlements d'arbitrage international :

"Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, de son propre chef ou à la demande de l'une ou l'autre des parties, prendre toute mesure provisoire conservatoire qu'il juge appropriée en ce qui concerne l'objet du différend, notamment ordonner le dépôt de marchandises, le cas échéant, entre les mains d'un tiers ou l'ouverture d'un crédit bancaire ou la vente de denrées périssables."

2. L'AALCC recommande que cet article soit intitulé "Mesures provisoires" et en propose une nouvelle version :

"Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande de l'une des parties, ordonner toute mesure provisoire conservatoire qu'il juge nécessaire en ce qui concerne l'objet du différend. Le tribunal arbitral peut exiger de toute partie des sûretés au titre des frais occasionnés par ladite mesure."

3. Le Canada suggère que, par souci de clarté, cet article soit combiné avec l'article 9.

CHAPITRE V. CONDUITE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

Article 19.
Détermination des règles de procédure

Article 19, paragraphe 2

1. De l'avis de la Yougoslavie, il semble insuffisant de restreindre le droit du tribunal arbitral de procéder à

l'arbitrage comme il le juge approprié en se contentant de stipuler que les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et avoir toute possibilité de faire valoir leurs droits. Le tribunal arbitral devrait être tenu au respect d'un plus grand nombre de règles de procédure standard minimums du système juridique auxquelles les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage ou, en l'absence d'une telle convention, du système juridique de l'Etat sur le territoire duquel l'arbitrage a lieu. Pour déterminer quelles sont ces règles standard minimums, on pourrait s'inspirer des règles de procédure du système juridique applicable stipulant les motifs d'annulation de la sentence.

Article 19, paragraphe 3

2. Le Soudan estime qu'il conviendrait d'ajouter à la fin du paragrape 3 la mention importante suivante : "seule ou par l'intermédiaire d'un avocat ou d'un mandataire".

Article 20.
Lieu de l'arbitrage

De l'avis de l'AALCC, la meilleure solution pratique au problème soulevé par les Etats membres de l'AALCC, à savoir que l'article 20 risquait de désavantager les parties situées dans les pays en développement, consisterait à accompagner le paragraphe 1 de l'article 20 de la note ci-après :

> "Les pays africano-asiatiques sont invités à prévoir dans leurs accords le recours aux centres d'arbitrage du Caire et de Kuala Lumpur et de tout autre centre créé par le Comité juridique consultatif africano-asiatique, comme lieu de l'arbitrage."

Article 21.
Début de la procédure arbitrale

Le Canada fait observer que cet article montre à quel point il est important pour chaque juridiction de régler la question de la réception réputée, prévue à l'alinéa *e* de l'article 2 (pour le commentaire du Canada sur l'alinéa *e* de l'article 2, voir le paragraphe 3 des commentaires sur l'article 2). Le Canada suggère que les mots "ou réputée avoir été reçue" soient insérés dans l'article 21 entre les mots "est reçue" et les mots "par le défendeur".

Article 22.
Langues

Article 22, paragraphe 1

1. L'AALCC recommande que la portée du paragraphe 1 de cet article soit étendue de manière à couvrir les cas où, en l'absence d'une convention des parties, la langue de l'une des parties n'est pas la langue, ou ne figure pas parmi les langues, choisies par le tribunal arbitral pour la procédure arbitrale. Dans un tel cas, ladite partie aurait le droit de faire effectuer des traductions de la procédure dans sa propre langue à ses frais.

2. Selon la CCI, le paragraphe 1 devrait être modifié de sorte qu'il apparaisse clairement qu'une partie peut s'exprimer dans la langue de son choix sous réserve qu'elle prenne des dispositions pour la faire interpréter dans la langue que les arbitres auront décidé d'utiliser pour la procédure. Il est d'une importance fondamentale que, dans un arbitrage international, chaque partie ait, en l'absence d'accord entre les parties, toute possibilité de faire valoir ses droits dans la langue de son choix.

Article 23.
Conclusions en demande et en défense

Article 23, paragraphe 2

1. L'AALCC recommande qu'au paragraphe 2 les mots "ou complément" soient insérés entre les mots "autoriser un tel amendement" et les mots "en raison du retard".

Proposition visant à ajouter un nouveau paragraphe à l'article 23

2. L'AALCC recommande que le nouveau paragraphe ci-après soit ajouté à l'article 23 :

> "3) Dans tous les cas, le tribunal peut fixer une date avant laquelle les parties doivent présenter leurs documents et leurs exposés finals."

Article 24.
Procédures orales et procédures écrites

Article 24, paragraphes 1 et 2

1. Le Canada fait observer que le libellé des paragraphes 1 et 2 risquerait d'induire en erreur. Sauf convention contraire, une partie devrait avoir droit à une procédure orale. Cela ne devrait pas être laissé à la seule appréciation du tribunal arbitral. Même si les parties sont précédemment convenues de ne pas tenir de phase orale, une partie devrait néanmoins pouvoir ultérieurement exiger une procédure orale (selon des modalités et à des conditions — telles que le coût — qui pourraient être fixées par le tribunal arbitral) de sorte qu'elle ait toute possibilité de faire valoir ses droits. Dans tous les cas, le tribunal arbitral devrait avoir le droit d'organiser de son propre chef une phase orale s'il le juge nécessaire à l'obtention de tous les éléments de preuve dont il a besoin pour statuer en connaissance de cause sur le différend. Bien que le principe *pacta sunt servanda* soit un principe extrêmement important, auquel on ne devrait déroger qu'en de rares occasions, le règlement juste d'un différend est aussi un objectif qui ne devrait pas être négligé. Cela est particulièrement vrai dans les affaires où les parties peuvent être convenues dans leur contrat de recourir à un arbitrage sans phase orale alors qu'elles n'étaient pas en mesure de prévoir les difficultés qui pourraient surgir de ce fait. Dans tous les cas, il est très important de notifier les parties suffisamment longtemps avant la tenue de toute audience.

Article 24, paragraphe 4

2. De l'avis du Canada, l'expression "rapport d'expert ou autre document", utilisée dans la deuxième phrase du paragraphe 4, est trop vague. Aussi est-il suggéré que ce paragraphe soit plus clair quant aux autres types de documents qui doivent être couverts.

3. Le paragraphe 4 n'étant pas clair sur le point de savoir si les documents fournis au tribunal arbitral doivent être soumis à l'autre partie sous leur forme originale ou sous forme de copies et si l'autre partie a le droit de les examiner, l'AALCC recommande la suppression, au paragraphe 4, de la référence aux "pièces" ou à un "document" et recommande l'ajout du paragraphe 5 suivant :

"5) Chaque partie a le droit d'examiner tout document présenté par l'autre partie au tribunal arbitral. Sauf s'il en est décidé autrement par le tribunal arbitral, des copies de ce document sont communiquées à l'autre partie par la partie qui les fournit."

Proposition visant à ajouter un nouveau paragraphe à l'article 24

4. Le Soudan suggère que le nouveau paragraphe ci-après soit ajouté à cet article :

"5) Sauf convention contraire des parties, les audiences se tiennent *in camera*."

Article 27.
Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves

1. La Conférence de La Haye se félicite de la décision du Groupe de travail de ne pas inclure dans la Loi type une disposition sur l'assistance judiciaire internationale pour l'obtention des preuves[5]. Les membres du Groupe de travail ont reconnu, selon la Conférence avec raison, que le problème de l'assistance judiciaire internationale en matière d'obtention de preuves relevait de la coopération internationale et qu'il ne paraissait dès lors pas possible de régler et d'organiser une telle coopération par la voie d'une loi modèle, qui par sa fonction même était destinée à devenir une loi nationale. En fait, une coopération internationale ne se conçoit que dans une convention impliquant des obligations internationales strictement délimitées. Il convient de signaler que la Conférence de La Haye de droit international privé, lors de sa quinzième session tenue en octobre 1984, a décidé d'inscrire à l'ordre du jour de ses travaux futurs la possibilité d'utiliser la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale dans le cadre de procédures d'arbitrage. La Conférence de La Haye de droit international privé est consciente qu'un éventuel élargissement du domaine de la Convention de 1970 aux procédures d'arbitrage, par exemple par la voie d'un protocole à cette convention, dépend en dernière analyse de la question de savoir si les milieux de l'arbitrage international estiment utile d'avoir à leur disposition un tel instrument international. Aussi la Conférence de La Haye de droit international privé a-t-elle l'intention à cet égard de consulter les organisations internationales spécialisées en matière d'arbitrage, de même que les autorités de ses Etats membres. Pour ce faire, elle a confié à une commission spéciale le soin de procéder à un échange de vues sur la possibilité d'utiliser la Convention de 1970 pour l'obtention de preuves à l'étranger dans le cadre de procédures d'arbitrage. La première réunion de cette commission spéciale doit se tenir à La Haye du 28 mai au 1er juin 1985 et ne réunira à ce stade que les responsables des Autorités centrales prévues par la Convention de 1970; il conviendra en effet de savoir tout d'abord si sur le plan technique une extension du domaine de la Convention de 1970 aux procédures d'arbitrage est réalisable. La Conférence de La Haye a prévu de convoquer une deuxième réunion de cette commission, qui devrait réunir alors des experts en matière d'arbitrage, pour se prononcer sur le fond du problème. La Conférence de La Haye serait naturellement très reconnaissante aux Etats membres de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et aux observateurs participant à sa dix-huitième session de bien vouloir faire connaître leur opinion sur ce problème lorsqu'ils examineront l'article 27 de la Loi type.

2. Le Canada fait observer, en ce qui concerne le paragraphe 2, qu'en mai 1985 la Conférence de La Haye de droit international privé se penchera sur la question de l'obtention des preuves à l'étranger dans le cadre de procédures arbitrales.

3. L'AALCC recommande que la formule par laquelle commence la deuxième phrase du paragraphe 1 : "La demande précise" soit modifiée de la manière suivante : "La demande est conforme aux règles acceptées devant le tribunal et précise".

CHAPITRE VI. PRONONCÉ DE LA SENTENCE ET CLOTURE DE LA PROCÉDURE

Article 28.
Règles applicables au fond du différend

Article 28, paragraphe 2

1. Selon la CCI, le paragraphe 2 de cet article n'est pas conforme à la pratique moderne en matière d'arbitrage commercial international. La Loi type stipule que le tribunal arbitral doit appliquer une loi, c'est-à-dire la loi d'un Etat, et que le tribunal arbitral doit choisir une règle de conflit de lois afin de déterminer la loi applicable. Or, en définissant la loi applicable au fond du différend, les arbitres ne prennent pas nécessairement une décision sur une règle de conflit de lois existante, mais déterminent la loi applicable au fond du différend par des moyens plus directs. Cette évolution est liée à la grande liberté qu'autorisent les législations nationales et les réglementations internationales. La CCI estime que l'introduction de limitations strictes dans la Loi type contrecarrerait tout progrès dans ce domaine et serait considérée par de nombreux arbitres et praticiens de l'arbitrage international comme un retour en arrière. La CCI propose qu'à défaut de toute désignation par les parties, le tribunal arbitral applique les règles de droit qu'il juge applicables en l'espèce.

Ajout proposé à l'article 28

2. La Yougoslavie estime que l'article 28 devrait être complété par un texte apparenté au paragraphe 3 de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, de

[5] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 96; A/CN.9/245, par. 43.

manière à exiger du tribunal arbitral qu'il tienne également compte des "usages du commerce applicables à la transaction".

Article 29.
Prise de décisions par plusieurs arbitres

1. Le Canada fait observer que cet article se réfère pour la première fois à un "arbitre-président", ce qui pose la question de savoir comment cet arbitre-président est nommé. Cette lacune de la procédure pourrait être comblée dans l'article 11.

2. La Yougoslavie fait observer qu'on pourrait déduire de la manière dont est formulée la deuxième phrase de l'article 29 que l'arbitre-président est habilité à statuer sur le fond de l'affaire, ce qui n'est certainement pas l'intention des auteurs. Cet article devrait être remanié de manière à stipuler clairement qu'il se réfère au rôle de l'arbitre-président en ce qui concerne la procédure.

3. La CCI note que la Loi type stipule que les décisions sont prises à la majorité des arbitres, alors que dans certains règlements d'arbitrage le président du tribunal arbitral peut décider seul lorsque aucune majorité ne se dégage. Cette disposition de l'article 29 n'étant pas impérative, le paragraphe 1 de l'article 31, qui requiert les signatures de la majorité des arbitres dans la procédure arbitrale comprenant plusieurs arbitres, devrait être modifié en conséquence.

4. L'AALCC recommande que cet article soit intitulé "Prise de décisions".

Article 30.
Règlement par accord des parties

Article 30, paragraphe 1

1. Le Canada pose la question de savoir si la demande des parties mentionnée au paragraphe 1 doit être une demande conjointe ou si une demande doit être faite par l'une ou l'autre partie. Dans le premier cas, une partie pourrait aisément empêcher le tribunal arbitral de constater le règlement par accord des parties sous la forme d'une sentence arbitrale. Il serait préférable que l'article 30 stipule que chacune des parties a le droit de présenter une telle demande.

2. Selon la Yougoslavie, il serait nécessaire de déterminer, au moins d'une manière générale, les critères sur la base desquels le tribunal arbitral serait habilité à rejeter la proposition des parties lui demandant de constater leur accord par une sentence arbitrale. Les objections du tribunal arbitral devraient se limiter à établir que le règlement envisagé est contraire à l'ordre public du système juridique applicable à l'arbitrage.

3. Selon l'AALCC, si les parties règlent le différend pendant la procédure arbitrale, elles doivent en notifier le tribunal arbitral, qui ne devrait mettre fin à la procédure qu'à la réception d'une telle notification. Aussi le paragraphe 1 de l'article 30 doit-il être modifié en conséquence.

Article 31.
Forme et contenu de la sentence

Article 31, paragraphe 1

1. Le Soudan propose que l'on ajoute à la fin du paragraphe 1 la phrase suivante : "Cependant, la sentence ne contient aucun avis dissident."

Article 31, paragraphe 4

2. L'AALCC recommande que la formule "l'arbitre ou les arbitres" utilisée au paragraphe 1 le soit également au paragraphe 4.

Proposition visant à ajouter un nouveau paragraphe à l'article 31

3. Le Soudan suggère que le nouveau paragraphe ci-après soit ajouté à l'article 31 :

"5) La sentence n'est publiée qu'avec l'accord écrit des deux parties."

Article 32.
Clôture de la procédure

Article 32, alinéa b *du paragraphe 2*

1. Le Canada indique que l'alinéa *b* du paragraphe 2 donne apparemment au tribunal arbitral toute discrétion pour mettre fin à la procédure lorsqu'il décide que la poursuite de celle-ci devient "superflue ou inappropriée". Il conviendrait peut-être de stipuler qu'une telle décision peut être révisée par le Tribunal.

2. Selon la Yougoslavie, les motifs de clôture de la procédure arbitrale indiqués à l'alinéa *b* du paragraphe 2 sont trop généraux et trop vagues et risqueraient d'entraîner une clôture de la procédure contraire même à l'intérêt des parties. Il est suggéré qu'un effort soit fait pour les définir de manière plus précise.

Article 33.
Rectification et interprétation de la sentence et sentence additionnelle

Article 33, paragraphe 2

1. De l'avis de l'AALCC, lorsqu'un tribunal arbitral envisage de rectifier une sentence de son propre chef, il devrait être tenu de notifier les parties intéressées. Aussi recommande-t-on de modifier le paragraphe 2 en conséquence.

Article 33, paragraphe 3

2. Selon l'AALCC, lorsqu'une partie demande au tribunal arbitral de rendre une sentence additionnelle, le tribunal arbitral devrait tout d'abord statuer sur la recevabilité de la demande dans un certain délai et ne réengager la procédure afin de rendre une sentence additionnelle qu'après qu'il aura reconnu recevable ladite requête. Aussi l'AALCC propose-t-elle l'incorporation au paragraphe 3 du libellé suivant :

"Le tribunal arbitral décide d'accepter ou de rejeter la demande dans un délai de trente jours à compter de la réception de ladite demande. Si le tribunal

arbitral considère la demande justifiée, il peut engager la procédure nécessaire en vue de rendre une sentence additionnelle dans un délai de soixante jours."

Article 33, paragraphe 5

3. L'AALCC recommande la suppression des mots "Les dispositions de" par lesquels commence le paragraphe 5.

Proposition visant à ajouter un nouveau paragraphe à l'article 33

4. Le Soudan suggère que soit ajouté à l'article 33 le nouveau paragraphe suivant :

"6) Sauf dans les cas où la sentence est annulée en vertu de l'article 34, elle jouit de l'autorité de chose jugée."

CHAPITRE VII. RECOURS CONTRE LA SENTENCE

Article 34. La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale

Article 34, paragraphe 1

1. Le Canada et la CCI suggèrent la suppression des mots "en vertu de la présente Loi" placés entre la deuxième paire de crochets. Le Canada déclare qu'il ne lui paraît pas souhaitable d'autoriser un tribunal à annuler une sentence étrangère; les sentences étrangères ne devraient pouvoir être attaquées que dans le cadre de la procédure prévue à l'article 36. La CCI considère qu'il serait plus conforme à la pratique de la plupart des pays d'appliquer le critère territorial et, par conséquent, de limiter le champ d'application de la Loi type aux sentences rendues dans le territoire de l'Etat ayant adopté la Loi type.

2. La Yougoslavie estime qu'il conviendrait dans la définition du champ d'application de l'article 34 de tenir compte de la liberté des parties de choisir la loi applicable à la procédure arbitrale.

Article 34, sous-alinéa i de l'alinéa a *du paragraphe 2*

3. Le Canada déclare que dans le sous-alinéa i de l'alinéa *a* du paragraphe 2, la formule "à défaut d'une indication à cet égard" lui semble vague et peu claire et ne paraît pas pouvoir être d'un grand secours pour le tribunal qui doit déterminer à quelle loi les parties se sont subordonnées. On suggère que cette formule et les mots qui la suivent jusqu'à la fin de la phrase soient supprimés ou remplacés par un libellé plus précis quant au moment à partir duquel les parties sont considérées comme s'étant subordonnées à une certaine loi, par exemple ". . . subordonnée, ainsi que l'a déterminé le tribunal".

Article 34, sous-alinéa iv de l'alinéa a *du paragraphe 2*

4. Selon le Canada, le sous-alinéa iv de l'alinéa *a* du paragraphe 2 porte sur la situation dans laquelle le non-respect d'une convention est contraire aux dispositions impératives de la loi, mais il ne semble pas couvrir la situation dans laquelle on applique une convention contraire à des dispositions impératives de la loi. Cette disposition pourrait être remaniée de la manière suivante : ". . . n'a pas été conforme à la convention des parties ou à une disposition de la présente Loi auxquelles les parties ne peuvent pas déroger".

5. La Yougoslavie suggère qu'au sous-alinéa iv de l'alinéa *a* du paragraphe 2 une distinction soit opérée entre les règles dont la violation entraîne toujours la nullité et les règles dont la violation peut entraîner la nullité; en d'autres termes, on ne devrait pas accepter l'idée que la violation de chaque règle de procédure de la loi applicable entraîne nécessairement l'annulation de la sentence. A ce propos, la question du choix de la loi se pose à nouveau, à savoir sur quelle norme doit-on s'appuyer pour juger de la régularité de la procédure arbitrale en vue de statuer sur une demande d'annulation de la sentence ? Si la priorité est accordée à la loi de l'Etat auquel les parties ont soumis l'arbitrage, alors la décision sur l'annulation doit être prise par le Tribunal dudit Etat conformément à ses règles de procédure impératives.

Article 34, alinéa b *du paragraphe 2*

6. La Conférence de La Haye reprend à son compte les arguments à l'encontre du sous-alinéa i de l'alinéa *b* du paragraphe 2 développés par le Groupe de travail[6]. Selon la Conférence de La Haye, il semble que les rédacteurs du projet de loi modèle n'aient pas mesuré l'impact de cette disposition. Si elle était maintenue, elle permettrait à une partie à la convention d'arbitrage d'obtenir arbitrairement la nullité de la sentence, avec effet dans tous les autres Etats, alors même que l'objet du litige est susceptible d'être réglé par arbitrage et selon la loi applicable au fond du litige, et selon la loi du lieu de l'arbitrage. Cette conséquence semble tout à fait inadmissible et aller à l'encontre des principes généraux en la matière, selon lesquels on applique au problème de l'arbitrabilité, à défaut de choix par les parties, la loi applicable au fond du litige. Aussi est-il suggéré à la Commission de supprimer cette disposition.

7. Selon la Yougoslavie, la distinction opérée au sous-alinéa ii de l'alinéa *b* du paragraphe 2 entre "la sentence" et "toute décision y figurant" semble peu claire et on peut s'interroger sur son utilité. Cette formulation peut aboutir à l'interprétation, incompatible avec la tendance actuelle à une interprétation restrictive de l'ordre public, selon laquelle une sentence pourrait être annulée pour un motif n'influant pas sur la décision quant au fond de l'affaire.

8. Le Soudan suggère qu'à l'alinéa *b* du paragraphe 2 s'ajoute le nouveau sous-alinéa suivant :

"iii) Que la sentence a été obtenue par fraude ou s'appuie sur de fausses preuves."

---

[6] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 136 et 137.

Article 34, paragraphe 3

9. L'AALCC considère le délai de trois mois comme un peu trop long. Il estime néanmoins que ce délai pourrait être conservé sous réserve d'être assorti de la précision suivante : "sauf convention contraire des parties".

Proposition visant à ajouter un nouveau paragraphe à l'article 34

10. Le Soudan suggère que soit ajouté à l'article 34 le nouveau paragraphe suivant :

"5) La décision du Tribunal d'annuler la sentence est sans appel mais peut être révisée par ce même Tribunal à la demande de la partie intéressée."

CHAPITRE VIII. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES SENTENCES

La CCI recommande que la portée du chapitre VIII sur la reconnaissance et l'exécution des sentences soit limitée aux sentences rendues dans un pays ayant adopté la Loi type, c'est-à-dire aux sentences nationales, car, en principe, la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères sont traitées dans la Convention de New York de 1958.

Article 36. Motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution

Article dans son entier

1. Bien que des suggestions aient été faites en vue d'apporter diverses modifications à la formulation de l'article 36, le Canada note que cet article est très proche des articles V et VI de la Convention de New York de 1958. Cette Convention donnant satisfaction, le Canada estime qu'elle doit servir de modèle même si sa rédaction a fait l'objet de certaines critiques (voir, par exemple, *UNCITRAL's Project for a Model Law on International Commercial Arbitration*, International Council for Commercial Arbitration, Congress series no. 2, Interim Meeting, Lausanne, 9-12 mai 1984, ouvrage établi par Pieter Sanders, Deventer, Kluwer 1984, p. 212, par. 24, et p. 221, par. 47, concernant l'absence de capacité des parties et la nullité de la convention d'arbitrage).

2. La CCI, rappelant sa recommandation visant à limiter les dispositions sur la reconnaissance et l'exécution aux sentences nationales (voir le commentaire sur le chapitre VIII de la Loi type), propose que les divers motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution énumérés à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 36 soient supprimés et que la non-existence d'une convention d'arbitrage soit incluse à l'alinéa *b*. Ainsi, la possibilité d'un contrôle double qu'offre le texte actuel de l'article 34 et de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 36 serait éliminée car une partie qui s'opposerait à une sentence pour l'un quelconque des motifs énumérés à l'alinéa *a* actuel ne pourrait alors les invoquer que dans une procédure d'annulation en vertu de l'article 34.

Article 36, sous-alinéa i de l'alinéa a *du paragraphe 1*

3. La Conférence de La Haye note que cette disposition est directement reprise de l'article V de la Convention de New York de 1958 et que les débats au sein du Groupe de travail ont même clairement fait ressortir que l'unique raison pour laquelle cette disposition avait été incorporée dans la Loi type était justement l'existence de la Convention de New York de 1958. La Conférence de La Haye note que cette disposition a été vivement critiquée et n'a pas donné satisfaction. Soumettre, à défaut de choix par les parties, la question de la validité de la convention d'arbitrage à la loi du pays où la sentence a été rendue ne correspond plus à la tendance actuelle de la plupart des systèmes nationaux de droit international privé, lesquels ont tendance à soumettre cette validité de la convention d'arbitrage à la loi régissant le contrat principal. Il serait regrettable que la loi modèle persiste à consacrer le système de la Convention de New York de 1958 qui a été jugée peu satisfaisante. La Convention de La Haye suggère, cela pour ne pas adopter une formule qui aille à l'encontre de celle que l'on trouve dans la Convention de New York, l'adoption d'une disposition qui soit neutre et qui serait en quelque sorte calquée sur la nouvelle loi française en matière d'arbitrage (décret du 12 mai 1981). La formule pourrait se lire de la manière suivante : "... ou que ladite convention n'est pas valable;".

C. *Commentaire sur des points additionnels*

Demande reconventionnelle

1. Selon le Canada, l'article 23 ou un autre article de la Loi type devrait contenir des dispositions relatives à la demande reconventionnelle et à la réplique.

Secret des délibérations du tribunal arbitral

2. De l'avis du Canada, on devrait envisager de stipuler dans la Loi type qu'à compter du moment où l'enquête par le tribunal arbitral est achevée jusqu'au moment où l'arbitrage est clos par une sentence définitive ou de toute autre manière, le tribunal arbitral devrait garder ses délibérations secrètes et ne pas débattre de l'arbitrage avec l'une ou l'autre des parties en l'absence de l'autre partie.

Responsabilité des arbitres

3. Selon le Canada, on devrait envisager de stipuler dans la Loi type que la responsabilité civile d'un membre du tribunal arbitral ne doit pas être engagée pour toute mesure prise de bonne foi par lui dans l'exercice de ses fonctions.

Coût de la procédure arbitrale

4. Selon le Canada, on devrait envisager d'inclure dans la Loi type une disposition sur le coût de la procédure arbitrale, y compris le prix de la procédure intérimaire dans l'arbitrage.

5. Le Soudan propose que soit ajouté à l'article 32 le nouveau paragraphe suivant :

"4) Le coût de l'arbitrage est, en général, à la charge de la partie ayant succombé. Les arbitres peuvent, cependant, répartir le coût entre les parties et ce coût est indiqué dans la sentence."

6. L'AALCC attire l'attention de la Commission sur l'importance extrême que revêtent les coûts dans les questions d'arbitrage international et propose que figure dans le commentaire officiel — que l'AALCC souhaite voir établi (voir par. 7 ci-après) — une explication sur l'absence dans la Loi type d'une disposition relative aux coûts.

Commentaire sur la Loi type.

7. L'AALCC estime que le secrétariat de la Commission devrait être prié d'établir un commentaire officiel de la Loi type sur l'arbitrage commercial international en vue d'aider les pays en développement à appliquer et interpréter uniformément les différentes dispositions de la Loi type.

[A/CN.9/263/Add.2]

ADDITIF

Introduction

1. Le présent additif au document A/CN.9/263 présente les observations du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord au sujet du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international. Ces observations étant d'ordre général et portant souvent sur plus d'une question ou plus d'un article, elles sont présentées ici dans l'ordre dans lequel elles ont été soumises.

Observations du Royaume-Uni

Observations générales sur le projet de texte

2. Le Royaume-Uni a toujours été en faveur du projet d'élaboration d'une loi type et, après des consultations approfondies sur le projet établi par le Groupe de travail, cette position ne s'est pas modifiée. Pour les Etats disposant déjà d'une législation pertinente et pratiquant l'arbitrage, la Loi type constituera une occasion utile de réévaluer le système en vigueur, sachant que les autres Etats entreprendront un exercice similaire, le tout sur la base d'une proposition soigneusement élaborée visant à harmoniser la législation de l'arbitrage commercial international. Pour les Etats n'ayant pas encore eu l'occasion d'élaborer un système global qui leur soit propre, la Loi type, et les commentaires qui s'y rattachent, constitueront un point de départ des plus utiles pour l'élaboration d'une législation pertinente.

3. Le Royaume-Uni continue également de manifester son attachement aux deux principes qu'il s'est efforcé de mettre en avant durant les délibérations du Groupe de travail. Premièrement, l'arbitrage est une procédure consensuelle. Les exigences pratiques des parties à la convention d'arbitrage revêtent une importance essentielle. Le seul objectif que peut viser une loi sur l'arbitrage est de faire en sorte que les différends entre partenaires commerciaux soient tranchés de manière équitable, comme ceux-ci en sont convenus expressément ou implicitement, et compte tenu de la nature du différend. L'intérêt d'une législation uniforme est évident. Il faut néanmoins garder toujours présent à l'esprit que les différends ne sont pas uniformes et qu'il n'existe pas de procédure unique applicable à tous les différends. Une législation sur l'arbitrage ne devrait mettre en place qu'un cadre général pour que l'arbitrage puisse être conduit d'une manière qui soit conforme aux exigences de chaque cas. La Loi type n'atteindra pas son objectif si elle ne respecte pas la souplesse et la liberté de choix, qui sont les principaux avantages de l'arbitrage.

4. Le second principe est le corollaire du premier. Aucun système n'est parfait. Il y a toujours une minorité de cas où les parties ne bénéficient pas d'une procédure équitable ou conforme à leur convention. La justice exige que la partie lésée ait un recours et le tribunal constitue le seul moyen de le lui donner. Si, en théorie, il peut paraître attrayant de dissocier la procédure arbitrale du contrôle judiciaire, le fait est que, dans la pratique, cet objectif est impossible à atteindre. De nombreuses consultations avec des usagers de la procédure arbitrale, dont les vœux et les exigences sont primordiaux, ont convaincu le Royaume-Uni que le commerçant considère qu'il doit avoir en réserve un moyen de recours rapide et efficace. C'est pour cette raison, et non parce qu'il privilégierait, d'un point de vue philosophique, le contrôle judiciaire au détriment de l'indépendance de la procédure arbitrale, que le Royaume-Uni a adopté la position qu'il a clairement exposée durant les délibérations du Groupe de travail. Bien au contraire, le Royaume-Uni approuve sans réserve toutes les mesures qui permettront à l'arbitrage de se développer d'une manière qui assure aux parties une mise en œuvre efficace de leur convention d'arbitrage.

5. Les consultations ont bien sûr mis en lumière plusieurs questions de détail, qui pourront être soulevées durant les séances de la Commission. Certaines questions présentent cependant une importance essentielle et il serait peut-être utile que le Royaume-Uni exprime son avis par écrit.

Champ d'application territorial de la Loi et compétence des tribunaux

6. La Loi type doit adopter une position sur ces deux questions distinctes, mais étroitement liées.

7. La question de la compétence des tribunaux se pose de deux manières : supposons que deux parties ayant leur établissement dans deux Etats différents, A et B, choisissent de procéder à l'arbitrage dans l'Etat B. (La Loi type n'exclut pas actuellement une demande adressée aux tribunaux de l'Etat A en application des articles 11 à 14 [mais elle le fera s'il est déterminé que son champ d'application est strictement territorial] ou lorsque la

"question" n'est pas régie par la Loi type.) Si les tribunaux des pays A et B émettent des avis divergents, il apparaît alors un conflit de compétences.

8. La question du champ d'application territorial se pose notamment lorsque deux parties de deux Etats différents, C et D, qui ont tous deux adopté la Loi type, choisissent de procéder à l'arbitrage dans l'Etat D en appliquant la législation de l'Etat C. La Loi type devrait-elle permettre une telle "exportation" ?

9. Cette dernière question peut naturellement être traitée de deux manières différentes :

a) Permettre aux parties de choisir la législation sur l'arbitrage d'un autre Etat ayant adopté la Loi type. L'application de l'article 6 de la Loi type aurait pour conséquence dans l'exemple donné ci-dessus de priver les tribunaux de l'Etat D de toute compétence sur l'arbitrage ayant lieu sur le territoire de cet Etat. Cela, parce que la législation applicable retenue donnera compétence exclusive aux tribunaux de l'Etat C. C'est ce que l'on peut appeler l'"approche extraterritoriale".

b) Spécifier que la Loi type ne s'applique qu'aux arbitrages auxquels il est procédé sur le territoire de l'Etat adoptant la Loi type, quelle que soit la législation applicable étrangère choisie par les parties. Les parties sont ainsi privées de leur liberté de choix, mais le tribunal du for arbitral est ainsi compétent dans tous les cas et, puisque la Loi type n'est pas "exportable", dans l'exemple donné ci-dessus, les tribunaux de l'Etat D n'auront alors compétence exclusive que sur les arbitrages ayant lieu sur le territoire de l'Etat D.

10. Il existe une troisième approche, celle permettant le choix d'une législation applicable étrangère mais donnant une compétence concomitante aux tribunaux du for arbitral, mais elle est exclue du fait de la structure du projet de loi type et en particulier de l'article 6. On peut aussi, comme dans cette dernière approche qui dissocie la question du champ d'application territorial de celle de la compétence des tribunaux, permettre aux parties de choisir une législation applicable étrangère sans toutefois reconnaître la compétence du tribunal étranger qui en résulterait — mais cela est à fortiori exclu par le projet de loi type tel qu'il est actuellement libellé.

11. Le Royaume-Uni préfère une approche territoriale : la Loi type ne devrait être applicable qu'aux arbitrages conduits sur le territoire de l'Etat adoptant ladite loi, dont les tribunaux devraient avoir compétence exclusive en ce qui concerne la procédure arbitrale et les recours intentés en application de l'article 34. Il serait inacceptable que la compétence du tribunal local soit complètement exclue pour des arbitrages ayant lieu sur le territoire de l'Etat en question. Le paragraphe 1 *a* iv de l'article 36 (et également l'article correspondant de la Convention de New York) posera aussi des problèmes si les règles de procédure étrangère sont différentes de celles du for arbitral. Les tribunaux du for arbitral constituent le choix le plus logique en tant que tribunaux de recours, car ils sont le mieux à même de faire exécuter les injonctions; en outre, cette solution est plus pratique pour les parties et l'on peut penser qu'elle aurait leur préférence (notamment dans le cadre d'une loi type "territoriale").

12. Il se pose cependant des problèmes lorsque, dans l'exemple donné ci-dessus, l'Etat C a adopté la Loi type, mais non l'Etat D. Selon l'approche "territoriale", la Loi type n'est pas exportable et les tribunaux de l'Etat C ne peuvent que contrôler les arbitrages ayant lieu sur le territoire C (en application de l'article 6). Les tribunaux de l'Etat D peuvent ne pas être compétents, en application de leur propre loi, parce que les parties ont choisi une autre loi. Le problème est peut-être plus académique que réel. Ce n'est que si la question de la compétence est dissociée de celle du champ d'application territorial qu'elle pourra être traitée de manière satisfaisante.

Articles 34 et 36

13. Bien que la "Compilation analytique des observations présentées par les gouvernements et les organisations internationales" (A/CN.9/263 et Add.1) ne permette en rien de conclure que quiconque soit opposé au maintien de l'article 36 dans la Loi type, la question a fait l'objet d'un débat durant les réunions du Groupe de travail. Aussi le Royaume-Uni juge-t-il bon de rappeler brièvement sa position sur cette question. Deux observations doivent être faites.

14. Premièrement, le Royaume-Uni estime qu'il est essentiel que le droit d'intervenir en cas d'injustice dans la procédure ne soit pas limité au stade de l'exécution. Dans le cas contraire, on négligerait les importants effets que peut avoir une sentence avant même qu'une demande d'exécution ne soit présentée. On peut imaginer une situation où la procédure est entachée d'un vice qui, sans l'ombre d'un doute, permettrait au défendeur de s'opposer à l'exécution en vertu de l'article 36 ou de la Convention de New York. Si l'article 34 était exclu, le défendeur ne pourrait intenter une telle action tant que le demandeur n'aurait pas institué une procédure d'exécution à un moment et en un lieu choisis par lui : choix déterminé, non en fonction d'un quelconque lien entre l'arbitrage ou l'objet de l'arbitrage avec le lieu choisi, mais en fonction de l'endroit où sont situés des biens du défendeur qui pourraient faire l'objet de la procédure d'exécution. Entre-temps, la sentence aurait toutes les apparences de la validité et le règlement de la question revêtirait pour les parties l'autorité de la chose jugée. Il est vrai que le défendeur peut refuser de payer le montant prévu dans la sentence, mais le refus d'appliquer une sentence est une mesure qu'un commerçant respectable ne prendra qu'avec une grande répugnance, car sa réputation commerciale peut en souffrir gravement. Le défendeur, s'il s'agit d'une société, devrait tenir compte de cette sentence "en suspens" lors de l'établissement de son bilan et, si le montant en question est relativement important, les conséquences peuvent être graves pour la trésorerie de la société. Tout cela serait des plus injustes et l'on ne saurait rasséréner le défendeur en lui affirmant qu'à un moment et en un lieu non encore déterminés, il pourra justifier son refus d'appliquer la sentence en s'opposant

avec succès à l'exécution. Ce qu'il faut, c'est donner au défendeur la possibilité d'intervenir promptement, afin qu'il puisse se libérer de la charge que représente une sentence qui n'aurait pas dû être rendue.

15. Deuxièmement, le Royaume-Uni estime que l'article 36 ou l'article équivalent de la Convention de New York, qui lui est très similaire, ne peuvent à eux seuls protéger suffisamment le défendeur des conséquences d'une injustice dans la procédure. Les motifs énoncés dans la convention ont sans aucun doute été déterminés en partant de l'hypothèse qu'avant que soit demandée l'exécution de la sentence, le défendeur aura déjà eu la possibilité d'intenter un recours contre la sentence devant le tribunal local. (C'est ce qui est indiqué explicitement au paragraphe 1 *a* iv de l'article 36.) Si cette hypothèse était faussée par l'exclusion de l'article 34 et, en conséquence, la suppression de tout droit de recours actif contre la sentence, la liste des motifs énoncés dans la Convention et à l'article 36 ne donnerait au défendeur qu'une partie de la protection qui était envisagée lorsque la liste a été établie.

Forme de la convention d'arbitrage

16. Le paragraphe 2 de l'article 7, qui exige un document signé par les parties ou un échange de lettres ou de moyens de télécommunication sous une forme tangible, n'est pas suffisant au vu de la pratique commerciale. Un certain nombre de conventions d'arbitrage valides sont attestées par des documents non signés par les parties. Les plus importants de ces documents sont sans doute les connaissements. Le Royaume-Uni préfère l'approche adoptée à l'article 17 de la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements, telle que modifiée, qui fait référence aux conventions qui sont par écrit ou, dans le commerce international, sous une forme qui corresponde à la pratique de ce commerce et dont les parties ont connaissance ou auraient dû avoir connaissance.

Pouvoirs de l'arbitre

17. Le Royaume-Uni attache une grande importance à la réintroduction dans le texte de l'ancien article 17. Sans lui, une décision incorrecte d'un arbitre, par laquelle il se déclarerait compétent, ne peut être récusée qu'au moyen d'une action en annulation, en application de l'article 34. Lorsque la sentence aura été rendue, les parties auront consenti des dépenses importantes et le fait de devoir intenter une nouvelle action entraînera un retard considérable. Au lieu de prévenir les manœuvres dilatoires du défendeur, la suppression de l'article 17 les favorise. Le paragraphe 2 de l'article 17 contenait suffisamment de garanties contre un emploi abusif de cet article, car il stipulait que la procédure arbitrale continuait pendant que l'action en récusation était soumise au tribunal (à moins que le tribunal n'en décide autrement — ce qu'il ne ferait certainement pas, à moins que les circonstances ne l'exigent). Le fait que le tribunal ait le pouvoir discrétionnaire de rendre une sentence provisoire ne constitue pas une protection suffisante pour les parties.

Droit à audience

18. Pour ce qui est de l'article 24, le Royaume-Uni tient à approuver l'avis émis par le Secrétariat dans son commentaire (A/CN.9/264, commentaire de l'article 24, par. 4). En l'absence d'une convention des parties, une partie devrait avoir le droit de demander l'organisation d'une procédure orale. Le texte actuel semble en conflit avec le paragraphe 3 de l'article 19 et le paragraphe 2 *a* ii de l'article 34.

Intervention des tribunaux : article 5

19. Bien que l'article 5 ait été introduit dans le texte à un stade relativement avancé des délibérations du Groupe de travail, il a été à juste titre considéré comme une tentative louable d'illustrer la philosophie sur laquelle se fonde la Loi type. Le Royaume-Uni reconnaît qu'il est souhaitable, par une stipulation claire, de permettre au rédacteur d'une législation nationale fondée sur la Loi type et à toute partie à un arbitrage mené en application de cette législation, de savoir si, dans un cas donné, il est permis ou non de recourir aux tribunaux. Aussi le Royaume-Uni ne s'oppose-t-il pas à l'introduction d'une disposition du type de l'article 5. Il estime cependant que certains aspects importants de cet article doivent encore être examinés en détail avant sa mise au point définitive. Quatre questions devraient être examinées :

a) Quelles questions sont régies par la Loi type ?

b) A quels stades de la procédure arbitrale la Loi type permet-elle au tribunal d'intervenir ?

c) Dans quelles circonstances un tribunal peut-il intervenir de manière appropriée lorsqu'il est prouvé que la sentence est fondée sur une injustice dans la procédure ?

d) Les parties devraient-elles être habilitées à modifier par convention les cas d'intervention des tribunaux ?

Questions régies par la Loi type

20. L'intention générale de l'article 5 a été expliquée par ceux qui sont à l'origine de son introduction de la manière suivante : la Loi type ne contient pas de code complet régissant l'intervention des tribunaux, mais porte uniquement sur certains types de situations dans lesquelles la question de l'intervention des tribunaux peut se poser. Lorsqu'une partie souhaite l'intervention des tribunaux dans l'une de ces situations, le tribunal n'est autorisé à intervenir que de la manière expressément prescrite par la Loi type et, en l'absence de toute disposition expresse, le tribunal ne doit absolument pas intervenir. En revanche, lorsque la situation n'est pas de celles que traite la Loi type, le tribunal peut intervenir, ou refuser d'intervenir, conformément aux dispositions de la loi nationale sur l'arbitrage.

21. S'il comprend bien l'intention générale de l'article 5, le Royaume-Uni croit néanmoins devoir faire remarquer que, sous sa forme actuelle, cet article suscite certaines objections qui risqueraient, dans la pratique, de le rendre inopérant. Ce problème peut être illustré de la manière ci-après; prenons l'hypothèse qu'une situation de fait "X" est apparue pendant un arbitrage et

qu'elle a conduit l'une des parties à demander l'intervention des tribunaux. Il est clair que le tribunal doit se poser la question de savoir s'il a compétence pour intervenir. La première chose à faire est de déterminer si la situation est couverte ou non par une disposition expresse de la Loi type. (Au sens strict, la disposition en question sera celle de la loi nationale promulguant la Loi type, mais par souci de concision on se référera à la Loi type.) Si le tribunal conclut qu'il y a des dispositions qui couvrent cette situation, il n'a pas à chercher plus loin. Les recours prévus pour cette situation, à l'exclusion de tous autres, peuvent être dûment appliqués. Mais que se passe-t-il si le tribunal arrive à la conclusion que la situation en question n'est couverte par aucune disposition expresse ? Il pourrait en déduire que cette omission peut s'expliquer par l'une quelconque des trois raisons suivantes :

a) Les auteurs de la Loi type ont envisagé cette situation X et ont décidé qu'elle ne devrait pas être traitée par la Loi type.

b) Les auteurs de la Loi type ont envisagé la situation X et ont décidé que les tribunaux n'auraient pas le pouvoir d'intervenir dans ladite situation.

c) Les auteurs de la Loi type n'ont à aucun moment envisagé la situation X.

22. Trois problèmes se poseront alors au tribunal. Premièrement, comment pourra-t-il déterminer laquelle de ces trois solutions contient la bonne explication de l'omission de la situation X ? La consultation des travaux préparatoires ne fournira pas nécessairement la réponse. Il va de soi que les commentaires ne peuvent pas enregistrer tous les aspects des débats du Groupe de travail et de la Commission. De plus, la liste des questions ne devant pas être régies par la Loi type, qui figure dans le document A/CN.9/246 et Corr.1 (par. 188) et dans le document A/CN.9/264 (commentaires de l'article premier, par. 8, et de l'article 5, par. 5), n'y est donnée qu'à titre indicatif.

23. Un deuxième problème se posera si le tribunal constate que la situation X ne peut pas être considérée comme étant du même type général que les situations qui sont expressément traitées par la Loi type. Le Royaume-Uni pense que les rédacteurs de l'article 5 pourraient répliquer que toutes les situations de ce type sont "régies par" la Loi type et que l'absence de toute référence à la situation X atteste qu'il était dans l'intention des rédacteurs de la Loi type de ne pas donner aux tribunaux le pouvoir d'intervenir dans cette situation. Le Royaume-Uni ne conteste pas la valeur de cet argument en principe, mais on peut craindre que le fait de décider qu'une situation est ou non d'un type traité par la Loi type ne crée de graves difficultés de procédure. Doit-on se demander si la situation X, dans l'hypothèse où elle aurait été traitée expressément dans la Loi type, relève ou non d'un de ses chapitres ? Dans l'affirmative, cela reviendrait à donner une grande importance à ce qui n'est qu'une question d'arrangement et qui n'a jamais été pleinement débattu; en effet, les titres des articles ne peuvent pas être utilisés pour définir un "type" de situation (voir la note correspondant à l'intitulé de l'article premier). Pour l'instant, on ne sait pas très bien comment le tribunal décidera qu'une situation X est ou non suffisamment proche d'autres situations expressément traitées dans la Loi type pour pouvoir être considérée comme étant régie par elle.

24. (A ce propos, on peut appeler l'attention sur la description du principe gouvernant l'article 5 figurant au paragraphe 4 du commentaire de l'article 5 dans le document A/CN.9/264 où l'on indique que cet article "est limité aux questions qui sont en fait régies, que ce soit expressément ou implicitement, par la Loi type". Les mots clefs de ce texte sont "ou implicitement". Le Royaume-Uni estime que la Commission pourrait utilement se pencher sur le sens de ces mots, et envisager de les reprendre dans le texte même de la loi.)

25. Un troisième problème se posera si la situation en question est une situation que les rédacteurs de la Loi type n'ont jamais envisagée. Au paragraphe 188 du document A/CN.9/246 et Corr.1, on peut lire que l'article 5 n'exclurait pas, par exemple, un contrôle et une assistance des tribunaux dans les domaines "dont le Groupe de travail avait décidé de ne pas traiter dans la loi". Cela semble suggérer que pour les situations non prévues par le Groupe de travail et sur lesquelles ce dernier n'a, par conséquent, pris aucune décision, l'article 5 aboutit *en fait* à exclure le contrôle judiciaire. Est-ce bien là l'intention des rédacteurs de la Loi type ?

26. Le Royaume-Uni tient à souligner qu'il ne s'agit pas là d'objections théoriques motivées par une quelconque hostilité vis-à-vis du principe qui anime l'article 5, mais qu'elles traduisent en réalité les interrogations exprimées par les usagers de l'arbitrage qu'a consultés le Gouvernement du Royaume-Uni en vue de la session de la Commission. Il est particulièrement important qu'il soit répondu à ces interrogations car, outre la décision que devra prendre tout tribunal saisi d'une demande d'intervention dans une situation qui ne serait pas expressément traitée par la Loi type, tout corps législatif envisageant la promulgation de la Loi type devra avoir une idée claire de la mesure dans laquelle cette loi influera sur les lois et règlements régissant l'intervention des tribunaux.

Stade auquel le contrôle judiciaire est autorisé

27. Ce problème peut être traité plus succinctement que le précédent. Dans une procédure arbitrale, il peut se produire que l'arbitrage soit mené d'une manière qui constitue une violation des droits du défendeur, à laquelle les arbitres ne peuvent pas ou ne souhaitent pas remédier. Dans un tel cas, il semblerait approprié que le tribunal, seul organe à même de protéger le défendeur, dispose d'un droit résiduel d'intervention. A-t-on l'intention de supprimer totalement ce droit ?

28. Cette question illustre des problèmes déjà examinés. La Loi type contient bien, dans ses articles 9 et 27, des dispositions autorisant le tribunal à accorder son assistance au cours de l'arbitrage; quant aux articles 11, 14 et 15, ils donnent au tribunal un rôle limité en ce qui concerne la constitution et la reconstitution du tribunal arbitral. Il s'agit là, cependant, de pouvoirs d'un type

tout à fait différent de ceux qui sont présentement examinés. En outre, bien que l'article 34 confère certains droits d'intervention lorsque l'arbitrage a été mené en violation des droits du défendeur, ces droits ne peuvent être protégés que par un recours contre la sentence. La Loi type ne traite donc pas du recours pendant l'arbitrage. Cela signifie-t-il que ce recours n'est pas "régi par" la Loi type et qu'il n'entre donc pas dans le champ d'application de l'article 5 ?

Intervention motivée par une injustice de procédure

29. Le Royaume-Uni attache une grande importance à la bonne compréhension des droits de recours contre la sentence prévus au paragraphe 2 de l'article 34 dans les cas où il est prouvé que la sentence résulte d'une injustice flagrante dans la procédure. Or, il se peut que les débats sur cette question dans le cadre du Groupe de travail aient fait naître un malentendu.

30. Lors de ces débats, en effet, le Royaume-Uni a suggéré qu'il serait souhaitable de donner aux tribunaux un droit général d'intervention dans un tel cas, en se référant à un mot tel que la "faute" en raison de la difficulté de définir la compétence en termes spécifiques sans risquer d'exclure par inadvertance le droit d'intervenir dans les cas où cela est de toute évidence nécessaire. D'aucuns se sont opposés à cette suggestion au motif qu'elle manquerait de précision et le poids des opinions contraires est tel que le Royaume-Uni ne souhaite pas la maintenir. Néanmoins, il demeure important de trancher la question de savoir si : *a)* [comme cela a été suggéré à plusieurs occasions au cours des réunions du Groupe de travail] la Loi type confère déjà un droit de recours pour *toutes* les injustices flagrantes dans la procédure, ou *b)* si la Loi type écarte intentionnellement tout droit de recours dans certains de ces cas.

31. Si la Commission arrive à la conclusion que l'interprétation "a)" est correcte, le Royaume-Uni ne proposera aucune modification de la disposition pertinente du projet, car (ainsi comprise) elle assurerait toute la protection souhaitée. Le Royaume-Uni appelle cependant l'attention sur la manière dont la Loi type définit les cas dans lesquels l'intervention est autorisée :

Article 34 2) a *ii*

". . . qu'elle [la partie en faisant la demande] n'a pas été dûment informée . . . de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits"

Article 34 2) a *iv associé à l'article 19 3)*

". . . la procédure arbitrale . . . n'a pas été conforme à la présente loi. . ."

". . . les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits"

Article 34 2) b *ii*

"Que la sentence ou toute décision y figurant est contraire à l'ordre public du présent Etat."

32. Afin de faciliter l'examen de cette question, le Royaume-Uni propose les exemples suivants. Dans tous les cas, on peut partir du principe que les parties ont été informées suffisamment à l'avance de la procédure; que la procédure s'est déroulée conformément aux dispositions expresses de la convention d'arbitrage et des règles fixées par le tribunal arbitral et que ce dernier n'a mis aucun obstacle à la présentation par les parties de leurs pièces, témoins et exposés.

a) La sentence s'appuie sur un témoignage dont la fausseté est attestée ou reconnue;

b) La sentence a été obtenue par corruption de l'arbitre ou subornation des témoins de la partie ayant succombé;

c) La sentence comporte une erreur, reconnue par l'arbitre, d'un type qui n'est pas couvert par l'article 33 1) *a*;

d) De nouvelles preuves, qu'une recherche minutieuse n'aurait pas permis de mettre à jour pendant l'arbitrage, ont été découvertes, qui attestent que la sentence est fondamentalement fausse sans que l'arbitre soit en rien responsable.

33. Le Royaume-Uni doute que ces situations (qui ne sont que des exemples des différentes manières, jamais totalement prévisibles, dont un arbitrage peut être faussé) soient couvertes par l'une quelconque des dispositions citées plus haut, *à moins* qu'elles ne soient traitées comme des infractions à l'ordre public. La structure du droit anglais en matière d'arbitrage est telle qu'il n'est pas nécessaire de créer de doctrine de l'ordre public dans les cas cités plus haut puisque le droit exprès d'intervenir suffit. Le Royaume-Uni n'est pas en mesure de dire comment "l'ordre public" serait interprété dans les tribunaux des autres Etats, mais les décisions mentionnées dans l'ouvrage de Van den Berg intitulé *The New York Arbitration Convention of 1958*, p. 359 et suivantes, semblent suggérer que cette notion n'est, en général, pas interprétée au sens large. Si cette interprétation prévaut, il y aura un risque qu'une partie lésée soit impuissante à se protéger, même en cas d'injustice flagrante dans la procédure.

34. Les commentaires ci-dessus ont été faits en référence à l'article 34. Ils sont également applicables à l'article 36, avec en plus le fait que le paragraphe 3 de l'article 19 ne constituera un motif d'intervention que si la Loi type a été incorporée dans la législation du pays où a lieu l'arbitrage; comparer l'article 36 1) *a* iv à l'article 34 2) *a* iv.

35. S'agissant des questions soulevées dans la présente section, le Royaume-Uni appelle l'attention sur l'article 52 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (Washington, 1965) qui témoigne d'une approche beaucoup plus explicite en matière de recours contre une injustice flagrante en matière de procédure.

Le consentement des parties en matière de contrôle judiciaire

36. On a à de nombreuses reprises souligné que le principe fondamental qui anime la Loi type est celui de

l'"autonomie des parties". L'arbitrage est un processus consensuel et la meilleure manière d'en assurer la bonne marche est de permettre aux partenaires commerciaux d'organiser leurs arbitrages de la manière qu'ils jugent appropriée, sous réserve de certaines exceptions visant à faire en sorte que les tribunaux n'aient pas à entériner des procédures et des sentences dans des conditions qui risquent de les rendre inacceptables. Le Royaume-Uni appuie sans réserve cette approche.

37. La question qui se pose est de savoir si, et dans quelle mesure, le principe de l'autonomie des parties doit être appliqué en matière de contrôle judiciaire. Il est communément accepté qu'il doit y avoir, à un certain stade, un certain degré de contrôle judiciaire, même s'il peut y avoir des différences d'interprétation quant au stade approprié et au degré de contrôle nécessaire. Aussi la Loi type doit-elle fixer un *minimum* de contrôle judiciaire. Par contre, on ne peut pas en déduire que la Loi type doit fixer un *maximum* en éliminant même les moyens de contrôle judiciaire que les parties elles-mêmes souhaitent conserver. Il semblerait que le principe de l'autonomie exige que, si les parties sont convenues d'utiliser les mesures prévues par la loi locale, le tribunal doive pouvoir entériner leur accord.

38. Le Royaume-Uni a soulevé cette question parce que les consultations récentes sur le projet de loi type ont montré l'existence chez les hommes d'affaires ayant recours à la procédure d'arbitrage au Royaume-Uni d'un fort courant (qui est loin toutefois de rassembler tous les suffrages) en faveur du maintien du recours aux tribunaux sur des questions de droit. Tout en comprenant pleinement le point de vue de la majorité des membres du Groupe de travail — à savoir que les parties ne devraient pas être *tenues* de recourir aux tribunaux sur des questions de droit, le Royaume-Uni estime que la conséquence logique de l'autonomie des parties est que ces dernières devraient *être autorisées* à recourir aux tribunaux si elles en ont ainsi convenu. Cette conclusion peut également être étendue aux autres mesures d'assistance judiciaire, elles aussi exclues par le projet de loi type. Le Royaume-Uni souhaite que soit réexaminé le caractère impératif de l'article 5.

[A/CN.9/263/Add.3]

ADDITIF

Le présent additif au document A/CN.9/263 présente les observations de l'Egypte au sujet du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international*. Ces observations étant d'ordre général et portant souvent sur plus d'une question ou plus d'un article, elles sont présentées ici dans l'ordre dans lequel elles ont été soumises.

*Ces observations ont été reçues par le secrétariat le 29 mai 1985. Elles ont été distribuées aux participants de la dix-huitième session dans leur version originale française étant donné qu'il n'a pas été possible de les traduire dans les cinq autres langues officielles des Nations Unies à temps pour la session. Elles sont publiées sous forme de document après la session afin que les annales des documents soumis à la Commission pendant l'examen du projet de loi type soient complètes.

Observations de l'Egypte sur le projet de loi type sur l'arbitrage commercial international

Introduction

1. L'Egypte présente ses hommages et ses félicitations au Président du Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux, aux membres dudit Groupe et au secrétariat de la Commission pour le travail sérieux et utile qu'ils ont fourni dans la préparation du projet de loi type sur l'arbitrage commercial international. L'Egypte veut aussi exprimer sa satisfaction en ce qui concerne l'ensemble du projet et espère que la Commission ne terminera pas sa présente session sans l'adopter.

2. Ayant établi en sa capitale un centre d'arbitrage sous les auspices du Comité juridique consultatif afro-asiatique, l'Egypte trouve que le moment est opportun pour renouveler sa législation sur l'arbitrage commercial, laquelle s'est avérée, surtout sur le plan international, défectueuse et incomplète. C'est pour cette raison que l'Egypte s'intéresse tout particulièrement au projet de loi concerné, et elle croit que cet intérêt est partagé par plusieurs autres pays, qui, comme l'Egypte, pensent à se donner en matière d'arbitrage des lois mieux adaptées aux besoins des pratiques internationales. Sans attendre l'adoption définitive du projet, le Centre d'arbitrage du Caire a déjà établi un groupe de travail chargé de l'étude du projet et de l'examen de son introduction dans la nouvelle loi projetée en Egypte. Quand cette loi verra le jour, le Centre du Caire, qui a déjà adopté le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, sera un organe d'arbitrage efficace dans la région s'appuyant sur un ensemble de normes juridiques complet et universellement reconnu.

3. Tout en approuvant le projet de loi type dans son ensemble, l'Egypte voudrait, cependant, présenter à la Commission quelques observations sur le projet, les unes d'ordre général, les autres spéciales aux articles.

Observations générales

La Loi type et l'arbitrage national

4. Fidèle à l'objectif de l'organe dont il émane, le projet ne vise que l'intérêt du commerce international en proposant une loi type sur l'arbitrage susceptible de recueillir la faveur d'une grande majorité de pays et réalisant ainsi une certaine unification du droit en la matière. Aussi se borne-t-il à l'arbitrage commercial international sans s'occuper du fait que l'Etat qui l'adopterait aura au sein de sa législation deux lois (nationales toutes les deux) l'une régissant l'arbitrage dit national ne répondant pas à la définition de l'internationalité visée par le paragraphe 2 de l'article premier, l'autre concernant l'arbitrage international au

sens dudit paragraphe. Or il ne serait pas rare qu'un Etat désireux d'éviter ce dualisme préfère élargir le champ d'application de la Loi type en groupant sous ses dispositions les deux catégories d'arbitrage. Un tel Etat se trouverait alors devant des difficultés qu'il ne pourrait surmonter qu'en introduisant dans la Loi type des modifications pouvant aboutir à la disparité des législations et au conflit des lois. L'Egypte pense surtout aux dispositions de la Loi type touchant à l'ordre public dans certains Etats, comme, par exemple, la non-motivation de la sentence arbitrale, le droit non limité aux parties d'autoriser l'arbitre à juger *ex aequo et bono*, la non exigence du nombre impair des arbitres, la restriction du contrôle des tribunaux sur la procédure arbitrale. Ces dérogations aux règles de l'ordre public pourraient, dans un esprit d'internationalisme, être tolérées par l'Etat lorsqu'il s'agit des relations extérieures, mais sur le plan national l'Etat devient plus sensible au respect de ses règles d'ordre public. C'est là que réside le problème pour l'Etat qui voudra réunir les deux catégories d'arbitrage sous l'égide de la Loi type. Ce problème n'a pas été étudié par le Groupe de travail. A ce stade tardif l'Egypte se contente de le signaler sans proposer à la Commission de s'en occuper, car on objecterait qu'il y a là un problème particulier que chaque Etat intéressé résoudra à sa guise. Oui, mais il y a là aussi une brèche où la disparité des législations nationales pourra passer pour menacer l'œuvre de l'unification.

La Loi type et la Convention de New York de 1958

5. Le dernier chapitre de la Loi type comprenant les deux articles 35 et 36 traite de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale. Le paragraphe premier de l'article 35 met à la charge de l'Etat qui adopte la Loi type l'obligation de reconnaître et d'exécuter la sentence arbitrale sous certaines conditions visées par les paragraphes 2 et 3 du même article. L'article 36 énumère à titre exhaustif les motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution.

6. On sait qu'en cette matière il existe une convention internationale (celle de New York de 1958) dont le succès est universellement reconnu. Les Etats qui ont déjà ratifié ou adhéré à cette Convention n'auront pas besoin des articles 35 et 36 de la Loi type, car ces articles constitueront au sein de leurs législations un parallélisme inutile. Etant donné le succès qu'a eu la Convention de New York, il est fort probable que les articles 35 et 36 ne serviront qu'à une minorité d'Etats qui finiront, tôt ou tard, par adhérer à la Convention et rejoindre ainsi le système que la majorité des membres de la famille internationale a reconnu. Pour ce motif l'Egypte pense que la Loi type ne perdrait pas grand chose si elle s'arrêtait à l'article 34.

7. Si l'on allègue pour le maintien des articles 35 et 36 les défauts ou l'ambiguïté de certaines dispositions de la Convention, le remède ne serait pas dans la création d'un dualisme susceptible de causer des confusions, mais dans un appel à la révision de la Convention lancé par cette Commission et suivi par une étude sérieuse sur la réforme projetée.

Commercialité et internationalité

8. Pour la commercialité, l'Egypte, bien qu'elle soit un des pays qui connaissent la distinction entre commerçants et non-commerçants ainsi que celle entre actes de commerce et actes civils, approuve le contenu du texte de la note relative au paragraphe premier de l'article premier, car il propose un compromis acceptable entre les différents systèmes juridiques existant en la matière. D'accord sur le fond, l'Egypte éprouverait cependant des difficultés à insérer une telle note dans la Loi type lorsqu'elle l'adoptera car il n'est pas d'usage dans le pays de faire des notes sur les textes de lois ou de citer des exemples aidant à leur interprétation. Aussi l'Egypte propose-t-elle l'insertion dans l'article 2 d'une définition du terme "commercial" reproduisant le contenu de la note sans les exemples qu'elle cite. Sans doute, ces exemples seraient utiles pour préciser les termes trop généraux de la définition proposée mais une telle précision serait mieux placée dans un commentaire sur la Loi type ou dans une note explicative qui l'accompagnerait.

9. Quant à l'internationalité, l'Egypte est favorable au système visé par le paragraphe 2 de l'article premier qui établit dans son alinéa *a* un critère général et ajoute dans son alinéa *b* d'autres situations tendant à assouplir la rigidité du critère général et élargir, par conséquent, la portée de la notion de l'internationalité. Ce système constitue, selon l'Egypte, un compromis raisonnable entre les opinions extrémistes tendant à trop élargir ou à trop restreindre le champ d'application de la Loi type.

La territorialité

10. Sans anticiper sur le résultat du débat qui aurait lieu à la Commission sur le problème de la territorialité ou l'exterritorialité de la Loi type laissé à son examen par le Groupe de travail, l'Egypte voudrait préciser sa position sur deux questions ayant des rapports avec ce problème.

11. La première question concerne la liberté des parties de choisir les règles de procédure qui régissent leur arbitrage. Quelque soit l'issue du débat qui aura lieu à la Commission sur le problème considéré, l'Egypte tient au respect de cette liberté. En dehors des règles visant la sauvegarde de la justice, elle s'opposerait à toute solution portant atteinte à cette liberté, soit en imposant aux parties l'obligation d'appliquer les règles de procédure du lieu de l'arbitrage, soit en limitant leur droit de puiser les règles de procédure dans d'autres sources de leur choix (par exemple une loi étrangère, un règlement d'arbitrage ou même leur propre volonté).

12. La deuxième question est relative à l'article 34 qui concerne le problème de la territorialité par les deux phrases laissées dans son paragraphe premier entre crochets. Ce texte, en parlant de la demande en nullité de la sentence arbitrale, propose pour sa recevabilité que la sentence soit rendue "sur le territoire du présent Etat" (c'est la territorialité) "en vertu de la présente

loi" (c'est l'exterritorialité) et laisse à la Commission le soin de décider du maintien de ces deux expressions, de leur suppression ou de la suppression d'une seule d'entre elles.

13. A cet égard, l'Egypte opte pour la territorialité, c'est-à-dire pour le maintien de l'expression "sur le territoire du présent Etat" et la suppression de l'autre "en vertu de la présente loi". Cette dernière expression pourrait, en effet, conduire à donner aux tribunaux nationaux compétence pour statuer sur la validité ou la nullité d'une sentence rendue hors de leur territoire. Cette compétence exterritoriale ne serait acceptable pour plusieurs pays qu'à condition de réciprocité.

14. A ce propos, l'Egypte voudrait ajouter qu'elle est favorable à l'insertion dans l'article 2 d'une définition générale de la sentence arbitrale. Au cas où cette définition s'avèrerait difficile à formuler, la Commission pourrait se contenter de spécifier dans l'article 34 quels types de sentences peuvent être annulés en vertu de cet article, car c'est surtout à propos de lui que la définition semble être la plus utile.

Coexistence des articles 34 et 36

15. L'Egypte a déjà présenté les raisons pour lesquelles elle préfère voir la Loi type s'arrêter à l'article 34 relatif au recours en annulation de la sentence arbitrale sans s'occuper, comme on le fait dans les articles 35 et 36, du problème de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence que règlent d'autres textes internationaux, notamment la Convention de New York de 1958.

16. Mais il n'y a là qu'une simple proposition sujette à un refus probable de la part de la Commission, auquel cas les deux problèmes de la nullité et de la reconnaissance vivront en voisins au sein de la Loi type. A la connaissance de l'Egypte, ce serait la première fois qu'un texte international contiendrait les deux problèmes côte à côte. En effet, la Convention de New York de 1958 ne traite que de la reconnaissance et de l'exécution, tandis que la Convention Européenne de 1961 dont l'objet est plus étendu laisse ce problème de côté et s'occupe de la nullité seulement.

17. Sans doute la Loi type, en voulant couvrir les deux problèmes considérés, cherche à être complète et indépendante; objectif louable en soi, mais la coexistence de deux textes établissant deux moyens d'attaquer la sentence fondés sur les mêmes motifs peut créer des confusions. En voici deux exemples :

a) Au cas où le tribunal de l'article 6 chargé d'examiner la demande en nullité se prononce pour la nullité, il n'y aura pas de difficultés, la sentence est condamnée à la peine capitale; elle ne sera ni reconnue ni exécutée dans aucun des pays ayant adopté la Loi type. Mais quelle serait la situation dans l'hypothèse contraire quand le tribunal se prononce pour le refus de la demande de nullité ? Pourrait-on alors attaquer la sentence devant l'autorité chargée de l'examen de la demande en reconnaissance et exécution sur le même motif que celui de la demande en nullité rejetée ?

b) L'article 34 parle d'une déchéance de la demande en nullité (trois mois). L'article 36, lui, n'impose aucun délai pour la présentation de la demande en exécution, ce qui permet à la partie déchue du droit de former un recours en nullité de sauter dans le dernier wagon et d'attaquer la sentence à la phase de la demande d'*exequatur*. Quelle est donc la valeur de la déchéance de l'article 34 si elle est incapable de protéger la sentence contre des attaques tardives ?

18. La coexistence des articles 34 et 36 devient plus tragique lorsqu'il s'agit de la validité ou de la nullité de la convention d'arbitrage, car là entrent en scène deux autres articles (l'article 8 et l'article 16) ajoutant d'autres complications. En voici un exemple :

19. Dans un contrat de vente passé entre une entreprise égyptienne et un commerçant libanais se trouve une clause compromissoire prévoyant un arbitrage en Egypte. A la suite d'un différend entre les deux parties, le commerçant libanais, prétendant que l'objet du litige n'entre pas dans les prévisions de la clause compromissoire, intente une action devant le tribunal compétent au Liban. La partie égyptienne, soutenant la thèse contraire, demande le renvoi de l'affaire à l'arbitrage en Egypte. La partie libanaise objecte l'inexistence d'une convention d'arbitrage couvrant l'objet du litige. Nous sommes à l'article 8 :

a) Le tribunal libanais se prononce pour le renvoi à l'arbitrage, ce qui implique une reconnaissance de sa part de l'existence, de la validité et de l'efficacité de la convention d'arbitrage;

b) Devant le tribunal arbitral en Egypte, la partie libanaise soulève une exception d'incompétence fondée sur le même motif, à savoir, l'inexistence d'une convention d'arbitrage. Nous sommes à l'article 16 qui n'interdit pas de répéter l'exception sur le même motif;

c) Le tribunal arbitral rend sa sentence, sur le fond et sur l'exception, en faveur de la partie égyptienne. En rejetant l'exception d'incompétence, il reconnaît en même temps l'existence, la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage;

d) Dans le délai de trois mois, la partie libanaise présente au tribunal de l'article 6 en Egypte une demande en nullité de la sentence fondée sur le même motif. Nous sommes à l'article 34 où rien ne s'oppose à un tel recours;

e) Le tribunal de l'article 6 rejette la demande en nullité, ce qui signifie qu'il reconnaît, lui aussi et pour la troisième fois, l'existence, la validité et l'efficacité de la convention d'arbitrage;

20. Cet exemple montre combien manque la coordination entre quatre dispositions coexistant au sein de la Loi type et traitant d'un même problème. Chacune d'elles jouit d'une vie propre et indépendante sans qu'il y ait entre elles un lien pouvant les réunir dans un système défini.

Observations sur les articles

Article 4

21. L'Egypte approuve cet article, fond et forme. Le texte a le mérite de corriger la rigueur de la présomption qu'il établit en laissant au juge le pouvoir d'apprécier les éléments la composant.

Article 5

22. Bien qu'il touche à une question délicate, celle du contrôle des tribunaux sur l'arbitrage, l'Egypte est favorable au maintien de cet article, car, en limitant ce contrôle aux cas prévus par la Loi type, il met de l'ordre dans la disparité des législations nationales en la matière, et libère la procédure arbitrale d'un joug qui, dans certaines législations, pèse trop lourdement sur elle.

23. L'Egypte approuve également la limitation du champ d'application de l'article 5 aux seules questions régies par la Loi type, car l'exclusion des autres questions, surtout celles éliminées par le Groupe de travail, établit un équilibre susceptible de ménager la sensibilité de certains Etats en ce domaine.

Article 6

24. Observation sur la forme : au lieu de mentionner les numéros des articles et des paragraphes relatifs aux fonctions de tribunal dont il s'agit, l'Egypte propose d'employer une formule générale comme celle-ci :

> "Le tribunal compétent pour s'acquitter des fonctions mentionnées à la présente loi est . . ."

Il faut noter que la forme "à la présente loi" a été employée à maintes reprises.

Article 8

25. Le paragraphe 1 paraît satisfaisant à l'Egypte. Elle partage l'avis que sa portée ne devrait pas dépasser les deux principes qu'il exprime, à savoir l'interdiction au tribunal d'ordonner d'office le renvoi à l'arbitrage et l'irrecevabilité de la demande de renvoi faite après le délai prévu par le texte.

26. Quant au paragraphe 2, l'Egypte suggère de réinsérer à la fin de ce paragraphe la phrase "à moins que ce dernier n'ordonne une suspension de la procédure arbitrale", phrase qui existait dans le texte original et fut supprimée par le Groupe de travail. Elle pense qu'il serait utile d'accorder au tribunal un pouvoir d'ordonner la suspension de la procédure arbitrale lorsqu'il estime que l'annulation ou la caducité de la convention d'arbitrage est l'éventualité la plus probable. Une telle mesure économiserait du temps, des efforts et des dépenses.

Article 13, paragraphe 3

27. Ce paragraphe permet au tribunal arbitral, au cas où la demande de récusation serait pendante devant le tribunal de l'article 6, de poursuivre la procédure arbitrale. L'Egypte croit qu'il est préférable d'accorder également au tribunal le pouvoir d'ordonner la suspension de la procédure toutes les fois qu'il constate l'existence de raisons pouvant justifier une telle mesure.

28. Si cette proposition est favorablement accueillie par la Commission, la dernière phrase du paragraphe 3 devrait être libellée comme suit :

> ". . . dans l'attente de cette décision, le tribunal arbitral, y compris l'arbitre récusé, peut poursuivre la procédure arbitrale, *à moins que le tribunal n'en ordonne la suspension.*"

*Article 22, paragraphe 3**

29. Modifier ce paragraphe comme suit :

> "Le tribunal arbitral peut ordonner que toutes les pièces soient accompagnées d'une traduction dans la langue, les langues *ou l'une des langues* convenues par les parties ou choisies par le tribunal arbitral."

30. La proposition ajoute le terme "une des langues" dans un souci d'économie de temps et d'argent. Le fait que les parties ou le tribunal aient choisi plusieurs langues à utiliser dans la procédure arbitrale montre que l'utilisation d'une quelconque d'entre elles ne causerait pas de préjudice aux positions des parties.

31. Il convient de noter que la proposition garde le mot "les langues" à côté du terme proposé "une des langues" pour laisser au tribunal arbitral un pouvoir d'appréciation plus étendu. Aussi pourrait-il exiger la traduction dans toutes les langues convenues si les circonstances le recommandent.

Article 27

32. L'Egypte est d'avis que le champ d'application de cet article devrait être limité à la procédure arbitrale menée dans l'Etat. Il lui semble exorbitant de forcer un Etat à accorder le bénéfice de l'assistance à l'occasion d'une procédure arbitrale qui se déroule hors de son territoire.

Article 28

33. Proposition : modifier le paragraphe 2 comme suit :

> "A défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique *les règles juridiques de fond de la loi qu'il juge applicable en l'espèce.*"

34. Commentaire : le paragraphe 1 de l'article 28 accorde aux parties le droit de choisir librement la loi applicable au fond de leur litige. Il établit même une présomption d'après laquelle toute désignation d'une loi d'un Etat donné est considérée, sauf indication contraire, comme désignant directement les règles de fond de cette loi et non les règles de conflit.

35. A défaut d'une désignation par les parties, le paragraphe 2 confie la désignation au tribunal arbitral. Mais au lieu de lui accorder le droit de désigner

**Note de la section de traduction :* l'article 22 du projet de loi ne comprend pas de "paragraphe 3". Il s'agit vraisemblablement du "paragraphe 2".

directement la loi applicable au fond, comme l'a fait le paragraphe 1 pour les parties, il ne lui accorde que le choix de la loi dont les règles de conflit seront utilisées pour désigner la loi applicable au fond.

36. Cette distinction entre les deux situations paraît à l'Egypte insoutenable. Elle est la survivance d'un faux sentiment de méfiance envers l'institution d'arbitrage, méfiance surannée que la pratique a déjà démentie. La proposition de l'Egypte tend à supprimer ladite distinction.

Article 32, paragraphe 2, alinéa b

37. Le texte dit qu'au cas où la procédure arbitrale devient superflue ou inappropriée, le tribunal arbitral "peut" ordonner la clôture de la procédure. Le mot "peut" indique un droit et non une obligation. Il en résulte que, malgré sa conviction que la procédure s'est révélée superflue ou inappropriée, le tribunal arbitral peut, quant même, en ordonner la poursuite. Sur quel motif ? A quelle fin ? Dans l'intérêt de qui ? Le texte ne le précise pas. Il est évident que la poursuite d'une telle procédure ne serait qu'une perte de temps, d'efforts et d'argent. Aussi proposons-nous de modifier le paragraphe 2 comme suit :

"2. Le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale lorsque :

a) Le demandeur retire . . . (sans changement).

b) La procédure arbitrale devient, pour toute autre raison, superflue ou inappropriée."

Article 34, paragraphe 2, alinéa b *i*

38. L'Egypte soutient l'opinion tendant à supprimer ce texte. Les raisons justifiant cette suppression ont été avancées et discutées au Groupe de travail, l'Egypte ne les rappellera pas ici. Elle ajoutera seulement que la suppression proposée n'implique pas l'exclusion de la non-arbitrabilité comme cause de nullité, car cette nullité serait couverte par d'autres textes; par l'alinéa *b* ii : lorsque l'arbitralité fait partie de l'ordre public de l'Etat, et l'alinéa *a* i, quand elle est considérée par la loi de l'Etat comme élément de la convention d'arbitrage.

B. Commentaire analytique du projet de texte d'une Loi type sur l'arbitrage commercial international : Rapport du Secrétaire général (A/CN.9/264)[a]

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
INTRODUCTION		107
COMMENTAIRE ANALYTIQUE		108
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES		108
Article 1er	Champ d'application	108
Article 2.	Définitions et règles d'interprétation	113
Article 4.	Renonciation au droit de faire objection	114
Article 5.	Domaine de l'intervention des tribunaux	115
Article 6.	Tribunal chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage	115
CHAPITRE II. CONVENTION D'ARBITRAGE		116
Article 7.	Définition et forme de la convention d'arbitrage	116
Article 8.	Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal	117
Article 9.	Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal	118
CHAPITRE III. COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL		119
Article 10.	Nombre d'arbitres	119
Article 11.	Nomination des arbitres	119
Article 12.	Motifs de récusation	121
Article 13.	Procédure de récusation	121
Article 14.	Carence ou incapacité d'un arbitre	123

[a] Pour l'examen par la Commission, voir le *Rapport*, chap. II, A (première partie, A, plus haut).

	Pages
Article 14 *bis*	123
Article 15. Nomination d'un arbitre remplaçant	123
CHAPITRE IV. COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL	124
Article 16. Pouvoir qu'a le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence	124
Article 18. Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires	127
CHAPITRE V. CONDUITE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE	128
Article 19. Détermination des règles de procédure	128
Article 20. Lieu de l'arbitrage	129
Article 21. Début de la procédure arbitrale	130
Article 22. Langue	130
Article 23. Conclusions en demande et en défense	131
Article 24. Procédure orale et procédure écrite	132
Article 25. Défaut d'une partie	134
Article 26. Expert nommé par le tribunal arbitral	135
Article 27. Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves	135
CHAPITRE VI. PRONONCÉ DE LA SENTENCE ET CLOTURE DE LA PROCÉDURE	136
Article 28. Règles applicables au fond du différend	136
Article 29. Prise de décisions par plusieurs arbitres	138
Article 30. Règlement par accord des parties	138
Article 31. Forme et contenu de la sentence	139
Article 32. Clôture de la procédure	140
Article 33. Rectification et interprétation de la sentence et sentence additionnelle	140
CHAPITRE VII. RECOURS CONTRE LA SENTENCE	141
Article 34. La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale	141
CHAPITRE VIII. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES SENTENCES	144
Article 35. Reconnaissance et exécution	144
Article 36. Motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution	145

Introduction

1. A sa quatorzième session (1981), la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a décidé de charger son Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux d'élaborer un projet de loi type sur l'arbitrage commercial international[1]. A cette session, la Commission était saisie d'un rapport du Secrétaire général intitulé "Loi type sur l'arbitrage international : éléments éventuels" (A/CN.9/207). Il a été convenu que ce rapport, qui décrivait les orientations et objectifs de la Loi type, ainsi que les questions qu'elle pourrait traiter, serait utile à l'élaboration d'une loi type[2].

2. Le Groupe de travail a commencé d'entreprendre cette tâche à sa troisième session en examinant diverses questions, de manière à dégager les caractéristiques principales d'un projet de loi type[3]. A sa quatrième session, il a examiné des projets d'articles établis par le secrétariat[4] et a étudié, à ses cinquième et sixième sessions, des articles modifiés et révisés[5]. A sa septième session, le Groupe de travail a examiné un projet de texte composite et, après qu'un groupe de rédaction eut établi les différentes versions de ce texte dans les six langues de la Commission, a adopté le projet de texte d'une loi type, figurant en annexe au rapport du Groupe de travail[6].

3. A sa dix-septième session (1984), la Commission a prié le Secrétaire général de communiquer le projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international à tous les gouvernements et aux organisations internationales intéressées en les invitant à présenter des

[1] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quatorzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17* (A/36/17), par. 70.

[2] *Ibid.*, par. 65.

[3] A/CN.9/216.

[4] A/CN.9/232.

[5] A/CN.9/233 et A/CN.9/245.

[6] A/CN.9/246 et Corr.1.

observations et a prié le secrétariat d'établir une compilation analytique des observations reçues[7]. Elle a également décidé d'examiner à sa dix-huitième session (1985) le projet de texte à la lumière des observations reçues, en vue de mettre au point et d'adopter le texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international[7].

4. A la dix-septième session, il a été suggéré que le secrétariat élabore un commentaire sur le projet de loi type pour aider les gouvernements à formuler leurs observations sur le projet de texte et, plus tard, à examiner les mesures législatives à prendre sur la base de la Loi type. La Commission a estimé qu'un tel commentaire, bien qu'il ne puisse être établi suffisamment vite pour être d'une grande aide aux gouvernements lorsqu'ils formuleraient leurs observations, pourrait se révéler utile s'il était soumis à la dix-huitième session de la Commission[8]. Aussi la Commission a-t-elle décidé de prier le secrétariat de lui présenter, à sa dix-huitième session, un commentaire sur le projet de loi type sur l'arbitrage commercial international[9].

5. Le présent rapport a été établi comme suite à cette demande. Il indique brièvement pourquoi telle ou telle disposition a été adoptée et quel est le champ d'application envisagé; ce résumé s'accompagne souvent d'explications et d'interprétations de mots particuliers. Le rapport ne rend pas compte intégralement des travaux préparatoires, notamment des nombreuses propositions et variantes qui n'ont pas été retenues. Afin de faciliter la tâche à ceux qui souhaiteraient davantage de renseignements sur les origines d'une disposition donnée, le commentaire fait référence aux sections pertinentes des cinq rapports de session du Groupe de travail[10].

6. Durant l'établissement du présent document, le secrétariat a tenu compte du fait qu'il ne s'agissait pas du commentaire d'un texte final, mais que son objet principal et immédiat était d'aider la Commission à examiner et mettre au point définitivement le texte. Le secrétariat a donc pris la liberté de noter les éventuelles ambiguïtés et incohérences et de présenter quelques suggestions dont la Commission voudra peut-être tenir compte. On s'est efforcé de distinguer les avis du secrétariat — en les introduisant par des expressions telles que "il nous semble que" ou "il est suggéré que" - des explications ou interprétations conformes à l'avis unanime du Groupe de travail ou à celui qui a prévalu en son sein.

[7]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17* (A/39/17), par. 101.

[8]*Ibid.*, par. 100.

[9]*Ibid.*, par. 101.

[10]Afin d'éviter toute confusion, on n'a pas mentionné les numéros précédents des articles, la numérotation ayant été modifiée deux fois durant les travaux préparatoires. Cependant, on pourra retrouver les numéros précédents d'un article en se référant aux débats résumés dans les rapports de session ou aux tableaux comparatifs de la numérotation des articles figurant dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.40 et A/CN.9/WG.II/WP.48, qui ont été soumis au Groupe de travail à ses cinquième et septième sessions.

Commentaire analytique[11]

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. *Champ d'application**

1) La présente loi s'applique à l'arbitrage commercial** international; elle ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent Etat.

2) Un arbitrage est international si :

a) Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des Etats différents; ou

b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'Etat dans lequel les parties ont leur établissement :

i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention;

ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit;

ou

c) L'objet de la convention d'arbitrage est lié à plus d'un Etat.

3) Aux fins du paragraphe 2 du présent article, si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage. Si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

Références

A/CN.9/216, par. 16 à 21
A/CN.9/232, par. 26 à 36
A/CN.9/233, par. 47 à 60
A/CN.9/245, par. 160 à 168 et 173
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 156 à 164

Commentaire

1. L'article premier du projet de texte d'une loi type sur l'arbitrage commercial international (ci-après dénommé

*Les titres des articles sont destinés uniquement à faciliter la lecture du texte et ne doivent pas être utilisés à des fins d'interprétation.

**Le terme "commercial" devrait être interprété au sens large, afin de désigner les questions issues de toute relation de caractère commercial. Les relations de nature commerciale comprennent, sans y être limitées, les transactions suivantes : toute transaction commerciale portant sur la fourniture ou l'échange de marchandises; accords de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licences; investissements; financement; transactions bancaires; assurance; accords d'exploitation ou concessions; coentreprises et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de passagers par voie aérienne, maritime, ferroviaire ou routière.

[11]Le projet de texte d'une loi type reproduit ci-après et faisant l'objet du commentaire est celui que le Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux a adopté à la clôture de sa septième session (A/CN.9/246 et Corr.1, par. 14 et annexe).

"la Loi type") traite du champ d'application envisagé de la Loi type. Il énonce en particulier son domaine d'application quant au fond qui est, conformément au mandat conféré au Groupe de travail par la Commission[12], "l'arbitrage commercial international". Avant d'aborder ce champ d'application, on trouvera ci-après des observations générales sur la forme de la Loi type et sur d'autres aspects de son application.

"La présente Loi s'applique . . ."

La Loi type en tant que "présente Loi" d'un Etat donné

2. Le mode d'unification et d'amélioration des lois nationales sur l'arbitrage qui a été envisagé par le Groupe de travail, sous réserve de la décision finale de la Commission, consiste en l'adoption d'une loi type. Le texte, dans sa forme définitive, serait recommandé par la Commission, puis par l'Assemblée générale à tous les Etats, en vue de son incorporation dans les différentes législations nationales.

3. Afin de faciliter cette incorporation, le texte a été rédigé de manière à pouvoir être promulgué dans un Etat donné. Conformément à cette méthode, le commentaire désigne sous le nom d'Etat X "le présent Etat"[13], où "la présente Loi" serait applicable.

Champ d'application territorial (non encore déterminé)

4. "La présente Loi", sous sa forme actuelle, n'indique pas en général à quels arbitrages particuliers (de caractère commercial international) elle s'applique. On pourrait par exemple utiliser comme critère principal le lieu de l'arbitrage, c'est-à-dire que la loi s'appliquerait à tous les arbitrages ayant lieu dans "le présent Etat" (X). Il serait également possible de reconnaître aux parties la liberté de choisir une loi autre que celle du lieu de l'arbitrage; on couvrirait ainsi tous les arbitrages ayant lieu dans l'Etat X, à moins que les parties n'aient choisi la loi d'un autre Etat, ainsi que les arbitrages "étrangers" pour lesquels les parties ont choisi la loi du "présent Etat" (X).

5. La solution qui a prévalu au sein du Groupe de travail est la première (c'est-à-dire un strict critère territorial), mais il a été décidé de ne pas traiter expressément de cette question dans l'article premier[14]. Cette question n'a pas non plus été tranchée dans le contexte de l'article 34, comme l'indiquent les deux variantes placées entre crochets : "sentence arbitrale rendue [sur le territoire du présent Etat] [en vertu de la présente Loi]"[15]. Le libellé actuel de l'article 27 ("procédure arbitrale menée dans le présent Etat ou en vertu de la présente Loi") est lui aussi neutre et pourrait être adapté aux deux possibilités mentionnées ci-dessus[16].

6. La question du champ d'application territorial, qui n'a pas encore été résolue par la Commission, a des incidences sur la plupart des dispositions de la Loi type, mais non sur toutes. En effet, certaines dispositions, qui traitent du rôle des tribunaux de l'Etat X en matière de reconnaissance des conventions d'arbitrage (art. 8 et 9)[17] et de reconnaissance et d'exécution des sentences (art. 35 et 36), doivent s'appliquer aux conventions d'arbitrage ou aux sentences quel que soit le lieu de l'arbitrage ou la règle de procédure choisie.

La Loi type en tant que "lex specialis"

7. Une fois la Loi type promulguée dans l'Etat X, "la présente Loi s'applique", en tant que *lex specialis*, c'est-à-dire à l'exclusion de toutes autres dispositions juridiques pertinentes, à l'exception des traités[18], qu'elles figurent par exemple dans un code de procédure civile ou dans une loi séparée sur l'arbitrage. Cette priorité, bien qu'elle ne soit pas énoncée expressément dans la Loi type, découle de l'intention du législateur, qui est d'instaurer un régime particulier pour l'arbitrage commercial international.

8. On notera (et il faudra peut-être le stipuler à l'article premier) que la Loi type ne prévaut sur les autres dispositions qu'en ce qui concerne les sujets et questions dont elle traite. Aussi, d'autres dispositions de la législation nationale restent-elles applicables si elles traitent de questions qui, bien que se rattachant à l'arbitrage international, n'entrent pas dans le cadre de la Loi type (par exemple la capacité des parties à conclure des conventions d'arbitrage, les effets de l'immunité d'Etat, la jonction des procédures arbitrales, la compétence du tribunal arbitral en matière d'adaptation des contrats, les relations contractuelles entre les arbitres et les parties ou organismes d'arbitrage, la fixation des honoraires et les demandes de caution, les garanties pour le paiement des honoraires ou des frais, le délai d'exécution de la sentence arbitrale).

La Loi type cède le pas devant la loi des traités

9. Conformément au paragraphe 1 de l'article premier, "la présente Loi . . . ne porte atteinte à aucun accord multilatéral ou bilatéral en vigueur pour le présent Etat". Cette réserve peut être considérée comme superflue, car la priorité donnée à la loi des traités découle dans la plupart, sinon dans la totalité des systèmes juridiques, de la hiérarchie interne des sources du droit. Néanmoins, elle a été retenue afin qu'il soit bien clair que l'on ne souhaitait pas, par cette loi,

[12]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa douzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-quatrième session, Supplément n° 17* (A/34/17), par. 81.

[13]Un Etat, lorsqu'il adoptera la Loi type, ne souhaitera peut-être pas retenir l'expression "le présent Etat" [que l'on trouve aux articles 1 1), 27 1), 34 1) et 2), 35 2) et 3) et 36 1)] mais, conformément à sa pratique législative, pourra soit y substituer l'expression voulue (par exemple, le nom de l'Etat) ou considérer cette référence comme superflue s'il juge que le contexte de la loi et de sa promulgation est suffisamment clair.

[14]A/CN.9/246 et Corr.1, par. 165 à 168.

[15]*Ibid.*, par. 169 à 171. Voir également le commentaire de l'article 34, par. 4.

[16]*Ibid.*, par. 92 à 97. Voir également le commentaire de l'article 27, par. 3.

[17]Pour ce qui est de l'article 9, il faut établir une distinction entre le droit qu'a une partie de demander une mesure provisoire conservatoire et le pouvoir qu'a le tribunal d'accorder une telle mesure; voir les paragraphes 2 et 3 du commentaire de l'article 9.

[18]Pour ce qui est de la "loi des traités", qui prévaut sur la Loi type, voir plus bas les paragraphes 9 à 11.

porter atteinte à la validité et au fonctionnement des accords multilatéraux et bilatéraux en vigueur dans l'Etat X.

10. Cette réserve revêt une importance particulière pour ce qui est des traités consacrés à la question même qui fait l'objet de la Loi type. Parmi les traités multilatéraux en la matière, on notera en particulier la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958; ci-après dénommée "la Convention de New York de 1958"), la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961; ci-après dénommée "la Convention de Genève de 1961"), la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (Washington, 1965; ci-après dénommée "la Convention de Washington de 1965") et la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international (Panama, 1975)[19].

11. On notera cependant que le champ d'application de cette réserve est plus large, en ce sens qu'il couvre également les traités consacrés à d'autres questions mais contenant des dispositions sur l'arbitrage. Par exemple, la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer de 1978 (Hambourg) restreint, en vertu du paragraphe 3 de son article 22, les effets d'un accord antérieur concernant le lieu de l'arbitrage en stipulant d'autres lieux, au choix du demandeur[20]. Cette disposition, si elle est en vigueur dans l'Etat X, et applicable au cas visé, prévaudrait sur l'article 20 de la Loi type qui stipule que les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage et donne plein effet à ce choix, qu'il soit fait avant ou après l'apparition du différend.

[19]Il existe un autre traité important, la Convention sur le règlement par voie d'arbitrage des différends civils résultant de relations de coopération économique et scientifique et technique (Moscou, 1972), mais il porte avant tout sur l'arbitrage obligatoire, alors que la Loi type ne vise que l'arbitrage consensuel (voir plus bas le paragraphe 15).

[20]*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.80.VIII 1), première partie, Acte final de la Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (A/CONF.89/13), annexe I.

Les paragraphes 3, 5 et 6 de l'article 22 des Règles de Hambourg sont formulés comme suit :

"3. La procédure d'arbitrage est engagée, au choix du demandeur :

"*a)* Soit en un lieu sur le territoire d'un Etat dans lequel est situé :

"i) L'établissement principal du défendeur, ou, à défaut, sa résidence habituelle; ou

"ii) Le lieu où le contrat a été conclu, à condition que le défendeur y ait un établissement, une succursale ou une agence par l'intermédiaire duquel le contrat a été conclu; ou

"iii) Le port de chargement ou le port de déchargement.

"*b)* Soit en tout autre lieu désigné à cette fin dans la clause ou le pacte compromissoire.

"...

"5. Les dispositions des paragraphes 3 et 4 du présent article sont réputées incluses dans toute clause ou pacte compromissoire, et toute disposition de la clause ou du pacte qui y serait contraire est nulle.

"6. Aucune disposition du présent article n'affecte la validité d'un accord relatif à l'arbitrage conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport par mer."

Champ d'application quant au fond : "arbitrage commercial international"

12. Le champ d'application de la Loi type quant au fond, tel qu'il ressort de son titre, est l'"arbitrage commercial international". Ce terme largement utilisé comporte trois éléments qui sont définis, illustrés ou accompagnés d'une remarque descriptive dans la Loi type.

"Arbitrage"

13. La Loi type, comme la plupart des conventions et lois nationales sur l'arbitrage, ne définit pas le mot "arbitrage". Elle précise simplement, au paragraphe 1 de son article 7, qu'elle porte sur tout arbitrage, "que l'organisation en soit ou non confiée à une institution permanente d'arbitrage". Ainsi, elle s'applique à l'arbitrage *ad hoc* et à tout type d'arbitrage organisé ou institutionnel.

14. Naturellement, le mot "arbitrage" ne doit pas être interprété comme n'englobant que les arbitrages en cours, c'est-à-dire la procédure arbitrale. Il couvre également le délai qui s'écoule avant et après ladite procédure, comme il ressort clairement, par exemple, des dispositions relatives à la reconnaissance des conventions d'arbitrage et, ultérieurement, des sentences arbitrales.

15. Si la Loi type vise en général à couvrir tous les types d'arbitrage, il faut cependant noter deux réserves, qui n'apparaissent pas immédiatement dans le texte mais peuvent être exprimées par tout Etat adoptant la Loi type[21]. La Loi type vise l'arbitrage consensuel, c'est-à-dire l'arbitrage fondé sur un accord volontaire des parties (comme il ressort du paragraphe 1 de l'article 7); ainsi, elle ne s'applique pas à l'arbitrage obligatoire. Ne sont également pas traités différents types d'"arbitrages libres", tels que le *bindend advies* des Pays-Bas, le *Schiedsgutachten* allemand ou l'*arbitrato irrituale* italien.

"Commercial"

16. Le mot "commercial" n'a pas été défini dans la Loi type, non plus que dans les conventions sur l'arbitrage commercial international. Il serait certes souhaitable d'en établir une définition précise, mais il a été impossible d'en trouver une qui établirait une distinction nette entre les relations commerciales et les relations non commerciales. On a cependant jugé qu'il ne serait pas souhaitable de laisser aux différents Etats le soin de trancher cette question ou de ne promouvoir une interprétation uniforme que par un renvoi aux rapports de session du Groupe de travail ou à tout commentaire de la Loi type. A titre de solution intermédiaire, on a joint à l'article premier une note qui devrait faciliter l'interprétation du mot "commercial".

17. Pour ce qui est de la forme, on peut exprimer des doutes quant au destinataire et à l'effet juridique d'une telle note, car cette technique législative n'est pas utilisée dans tous les systèmes. Cette note peut, pour le moins, être d'une certaine utilité au législateur d'un

[21]A/CN.9/216, par. 17.

Etat, même si elle n'est pas reproduite dans la loi telle que promulguée par cet Etat. La Commission souhaitera peut-être recommander de donner à cette note une beaucoup plus grande portée en la maintenant dans la loi nationale promulguée, de manière à préciser dans une certaine mesure l'application et l'interprétation de "la présente Loi".

18. Le contenu de la note fait apparaître l'intention du législateur, qui est d'interpréter largement le mot "commercial". Cette interprétation large du mot est étayée par une liste d'exemples de relations commerciales. Bien que les exemples couvrent presque tous les types de cas ayant donné lieu à des différends soumis à des arbitrages commerciaux internationaux, il est stipulé que la liste n'est pas exhaustive. Ainsi, seraient également considérées comme commerciales des transactions telles que la fourniture d'énergie électrique, le transport de gaz liquéfié par gazoduc et même des "non-transactions" telles que des demandes de dommages-intérêts s'inscrivant dans un contexte commercial. Ne sont pas visés par exemple les différends liés au travail ou à l'emploi et les actions intentées par de simples particuliers, malgré leurs liens avec l'activité économique. Naturellement, le fait qu'une transaction entre dans le cadre de la Loi type en raison de son caractère commercial ne signifie pas nécessairement que tous les différends issus de la transaction peuvent être réglés par arbitrage (pour ce qui est du critère de l'arbitrabilité, voir le paragraphe 5 du commentaire de l'article 7).

19. Cette note, si elle ne comporte pas de définition précise, contribue à donner une interprétation autonome au mot "commercial"; elle ne se réfère pas, comme la Convention de New York de 1958 (par. 3 de l'article premier), à ce que les législations nationales en vigueur considèrent comme commercial. Aussi, serait-il erroné d'appliquer les critères nationaux utilisés pour définir ce qui est commercial, par exemple, uniquement les types de relations traités dans le code de commerce ou les transactions dont les parties sont des commerçants.

20. Cette dernière idée était exprimée dans une version précédente de la note par les mots suivants (à la fin de la première phrase) : "que les parties soient ou non des 'commerçants' aux termes de telle ou telle législation nationale". Ce libellé, qui visait exclusivement à préciser que le caractère commercial de la relation était indépendant du fait que les parties soient ou non des "commerçants" (précision retenue dans certaines législations nationales pour établir une distinction entre les relations commerciales et civiles), a néanmoins été supprimé, de peur qu'il ne soit interprété comme une référence à l'immunité des Etats[22].

21. A ce propos, on notera que la Loi type n'aborde pas la question délicate et complexe de l'immunité des Etats. Par exemple, elle n'indique pas si la signature d'une convention d'arbitrage par un organisme de l'Etat ou une administration constitue une renonciation à cette immunité. Par contre, il faut également noter que la Loi type s'applique aux relations auxquelles un organe de l'Etat ou une administration est partie, à condition bien sûr que ces relations soient de caractère commercial.

"International", paragraphe 2

22. Conformément au mandat donné par la Commission, la Loi type vise à instituer un régime spécial pour les cas internationaux. C'est dans ces cas en effet que les disparités actuelles des législations nationales posent des problèmes et nuisent au bon fonctionnement de la procédure arbitrale. En outre, il faut appliquer à ces cas des règles plus flexibles et plus libérales afin de surmonter les obstacles et particularismes locaux. Enfin, dans de tels cas, l'Etat se sent moins tenu de préserver ses notions traditionnelles et règles familières que dans un cas purement interne. Cependant, malgré cette conception et cette retenue du législateur, tout Etat est libre de prendre la Loi type, soit immédiatement soit à un stade ultérieur, comme modèle pour sa législation sur l'arbitrage interne, ce qui permettrait d'éviter toute dichotomie de sa législation sur l'arbitrage.

23. A moins qu'un Etat ne retienne une telle méthode unitaire, le critère de l'internationalité énoncé au paragraphe 2 de l'article premier est d'une importance essentielle pour déterminer l'applicabilité de "la présente Loi". Puisqu'elle doit permettre de déterminer si un cas donné est régi par le système particulier que représente la Loi type ou par la législation sur l'arbitrage national, la définition doit être aussi précise que possible afin d'éviter toute incertitude pour les parties intéressées. Cependant, dans la recherche d'une telle définition, on se trouve confronté à un dilemme : une formule précise tend à être trop restrictive et ne couvre donc pas tous les cas que l'on rencontre dans la pratique de l'arbitrage commercial international; par ailleurs, plus la définition est large, plus elle manque de précision. La solution présentée au paragraphe 2 commence par un critère relativement précis, figurant à l'alinéa *a*, qui couvre la grande majorité des cas pertinents, puis s'élargit aux alinéas *b* et *c*, sa précision s'en trouvant de plus en plus réduite.

a) *Etablissement des parties dans des Etats différents, alinéa* a

24. Le critère de base énoncé à l'alinéa *a* est fondé sur le critère de l'internationalité adoptée au paragraphe 1 de l'article premier de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980[23]; ci-après dénommée la Convention de Vienne sur les ventes de 1980). Il prend pour facteur déterminant le lieu où se situe l'établissement des parties à la convention d'arbitrage. Ainsi, d'autres caractéristiques propres à une partie, telles que sa nationalité ou son lieu d'immatriculation, ne sont pas déterminantes.

[22] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 158.

[23] Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.81.IV.3), Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (A/CONF.97/18), annexe I.

25. Puisqu'un cas donné est international lorsque les parties ont leur établissement "dans des Etats différents", il importe peu de savoir si l'un de ces Etats est l'Etat X (c'est-à-dire l'Etat promulguant "la présente Loi"). Sont donc ainsi pris en compte tout arbitrage entre "étrangers" (par exemple des parties ayant leur établissement dans l'Etat Y et dans l'Etat Z) et tout arbitrage entre une partie située dans l'Etat X et une partie située dans un autre Etat (Y). Cependant, savoir si la "présente Loi" s'applique — et dans quelle mesure — à de tels cas internationaux est une question différente, à laquelle on répondra en se fondant sur d'autres articles relatifs au champ d'application (voir ci-dessus par. 4 à 6). Alors que les articles 8, 9, 35 et 36, qui traitent de la reconnaissance des conventions d'arbitrage et des sentences par les tribunaux de l'Etat X, s'appliquent, quels que soient le lieu de l'arbitrage ou les règles de procédure retenues, les autres dispositions, qui traitent notamment de la procédure arbitrale, ne s'appliquent que si le cas entre dans le champ d'application territorial.

b) *Autres lieux pertinents, alinéa* b

26. Chacun des lieux mentionnés à l'alinéa *b* établit la présence d'un lien international, s'il est situé dans un Etat autre que celui où les parties ont leur établissement. Là aussi, il importe peu, pour le critère de l'internationalité, que l'un de ces Etats soit ou non l'Etat X. Ainsi, un arbitrage serait international en vertu de l'alinéa *b* dans chacune des situations suivantes : établissement des parties dans l'Etat X et autre lieu pertinent dans l'Etat Y; établissement des parties dans l'Etat Y et autre lieu pertinent dans l'Etat X; établissement des parties dans l'Etat Y et autre lieu pertinent dans l'Etat Z. Cependant, pour que "la présente Loi" s'applique effectivement dans son intégralité, il faut là aussi que le cas en question entre dans son champ d'application territorial[24].

27. Les lieux mentionnés à l'alinéa *b* se rattachent soit à l'arbitrage (sous-alinéa i), soit à l'objet de la relation ou du différend (sous-alinéa ii). Le premier lieu pertinent est le lieu de l'arbitrage et constitue le seul critère lié à l'arbitrage. Ainsi, la présence d'un lien international ne saurait être établie au moyen d'un autre élément lié à l'arbitrage, tel que la nomination d'un arbitre étranger ou le choix de règles de procédure étrangères (si cela est autorisé).

28. Le lieu de l'arbitrage est pertinent s'il est déterminé dans la convention d'arbitrage, ou conformément à ladite convention. Lorsque ce lieu est spécifié dans la convention d'arbitrage, les parties savent dès le départ si leur cas est international aux termes du sous-alinéa i. Lorsque ce lieu est déterminé conformément à la convention, cette question peut rester longtemps incertaine. Il semble que ce problème ne serait pas résolu par une stipulation autorisant le tribunal arbitral à déterminer le lieu de l'arbitrage.

29. Aux termes du sous-alinéa ii, l'internationalité est établie si une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale doit être exécutée dans un Etat autre que celui où les parties ont leur établissement. Cela serait le cas, par exemple, lorsqu'un producteur et un négociant concluent un accord de distribution exclusive concernant un marché étranger ou lorsqu'un entrepreneur principal emploie un sous-traitant indépendant pour exécuter certaines parties d'un projet de construction à l'étranger. Si la convention d'arbitrage doit couvrir tout différend ou certains différends issus de cette relation, il n'est pas nécessaire que le différend lui-même soit lié à l'élément international.

30. Même si aucune partie substantielle des obligations ne doit être exécutée à l'étranger, un arbitrage serait international en vertu du sous-alinéa ii si l'objet du différend se rattache avant tout à un lieu situé à l'étranger. Comme de tels cas sont tout à fait exceptionnels, on peut accepter l'inconvénient que présente ce critère, à savoir que le caractère international ne peut être déterminé avant que le différend ne naisse.

c) *Autre lien international, alinéa* c

31. Le dernier critère énoncé à l'alinéa *c* est le suivant : "l'objet de la convention d'arbitrage est lié à plus d'un Etat". Ce critère "résiduel" vise à englober tous les cas dignes d'intérêt non couverts par les alinéas *a* ou *b*; il apparaît que ce vaste champ d'application a pour conséquence une grande imprécision. On peut ajouter que "l'objet de la convention d'arbitrage" ne doit pas être interprété comme faisant référence à l'arbitrage lui-même, mais plutôt comme désignant les questions de fond pouvant être soumises à l'arbitrage.

d) *Détermination de l'établissement, paragraphe 3*

32. Si une partie a deux établissements ou plus, dont l'un se situe dans le même Etat que l'établissement de l'autre partie, il est nécessaire de déterminer lequel de ces établissements est pertinent aux fins du paragraphe 2. En vertu de la première phrase du paragraphe 3, c'est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage. Une telle relation pourrait par exemple être fondée sur le fait qu'un contrat, comportant une clause compromissoire, est entièrement négocié par une succursale ou un bureau, même s'il est signé dans un autre endroit (par exemple, le principal établissement).

33. Comme il ressort de cet exemple, l'emplacement de l'établissement principal (ou siège) n'est pas déterminant. Si l'on prenait pour critère décisif l'établissement principal, la Loi type aurait un champ d'application un peu plus vaste, car elle couvrirait également les cas où "l'établissement ayant la relation la plus étroite", mais non l'établissement principal, est situé dans l'Etat où se trouve l'établissement de l'autre partie. Néanmoins, c'est le critère de la "relation la plus étroite" qui a été retenu, parce que l'on a estimé qu'il répondait mieux à l'attente des parties et qu'il était en

[24]Pour ce qui est en particulier du sous-alinéa i, on notera que "la présente Loi" ne s'applique intégralement que si le lieu de l'arbitrage est dans l'Etat X, à supposer que l'on adopte le strict critère territorial. Le sous-alinéa i a donc pour objet de couvrir les cas où les parties ont leur établissement, non dans l'Etat X, mais dans un autre Etat (à condition que ce dernier Etat n'interdise pas à ces parties "nationales" de choisir un lieu d'arbitrage étranger).

outre conforme à la Convention de Vienne sur les ventes de 1980 (art. 10 *a*)[25].

34. La deuxième phrase du paragraphe 3 traite du cas peu fréquent où une partie à une transaction commerciale n'a pas d'établissement. Dans un tel cas, sa résidence habituelle constituerait le lieu déterminant aux fins du paragraphe 2.

* * *

Article 2. *Définitions et règles d'interprétation*

Aux fins de la présente Loi :

a) L'expression "tribunal arbitral" désigne un arbitre unique ou un groupe d'arbitres;

b) Le terme "tribunal" désigne un organisme ou organe du système judiciaire d'un pays;

c) Lorsqu'une disposition de la présente Loi laisse aux parties la liberté de décider d'une certaine question, cette liberté emporte le droit pour les parties d'autoriser un tiers, y compris une institution, à décider de cette question;

d) Lorsqu'une disposition de la présente Loi se réfère au fait que les parties sont convenues ou peuvent convenir d'une question, ou se réfère de toute autre manière à une convention des parties, une telle convention englobe tout règlement d'arbitrage qui y est mentionné;

e) Sauf convention contraire des parties, toute communication écrite est réputée être arrivée à destination si elle a été remise soit à la personne du destinataire, soit à son établissement, à sa résidence habituelle ou à son adresse postale, soit encore, si aucun de ces lieux n'a pu être trouvé après une enquête raisonnable, au dernier établissement, à la dernière résidence habituelle, ou à la dernière adresse postale connus du destinataire. La communication est réputée avoir été reçue le jour d'une telle remise.

Références

A/CN.9/233, par. 75, 101 et 102
A/CN.9/245, par. 28 et 169 à 172
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 172 et 173

Commentaire

Définition des termes "tribunal arbitral" et "tribunal", alinéas a *et* b

1. Les définitions des termes "tribunal arbitral" et "tribunal" peuvent être considérées comme évidentes et donc superflues. On les a cependant retenues, notamment à des fins terminologiques. Leur juxtaposition vise à établir une distinction claire entre les deux différents types de mécanisme de règlement des différends. On veut ainsi éviter notamment tout malentendu, possible dans des langues telles que l'espagnol et le français, qui serait dû au fait que le mot "tribunal" peut être une forme abrégée de "tribunal arbitral"; en outre, il ne faudrait pas que le mot "tribunal" (*court*) soit considéré comme englobant tout organisme d'arbitrage ou institution d'arbitrage organisé portant le nom de tribunal ou cour en français ou de "*court*" en anglais [par exemple, la Cour d'arbitrage (*Court of Arbitration*) de la CCI ou le Tribunal d'arbitrage international de Londres (*London Court of International Arbitration*)].

2. L'alinéa *b* se réfère simplement, sans s'y ingérer, au système judiciaire national, qui n'est pas nécessairement celui de l'Etat X [voir les articles 9, 35 3) et 36 1) *a* v et 2)]. Compte tenu de la diversité des terminologies, le mot "tribunal" ne se limite pas aux organes effectivement appelés "tribunaux" dans un pays donné, mais peut englober également toute autre "autorité compétente" (qui est l'expression utilisée dans la Convention de New York de 1958). La référence au système judiciaire d'"un pays" (au lieu d'"un Etat") vise uniquement à éviter une erreur d'interprétation, possible dans une fédération d'Etats, consistant à croire que seuls les tribunaux d'Etat sont visés, mais non les tribunaux fédéraux[26].

Interprétation de la "liberté des parties" et de la "convention", alinéas c *et* d

3. Les alinéas *c* et *d* visent à prévenir une interprétation trop littérale des références, dans la Loi type, à la liberté qu'ont les parties de décider d'une question, ou à une convention des parties. Conformément à l'interprétation raisonnable énoncée à l'alinéa *c*, cette notion couvre la liberté qu'ont les parties, non seulement de décider elles-mêmes de la question, mais également d'autoriser un tiers ou une institution à décider de la question en leur nom. Il peut s'agir dans la pratique de questions telles que le nombre d'arbitres, le lieu de l'arbitrage et d'autres questions de procédure.

4. L'alinéa *d* entérine la pratique consistant pour les parties à mentionner dans l'accord un règlement d'arbitrage (d'institutions, d'associations ou d'autres organes), au lieu de négocier et de rédiger une convention d'arbitrage originale et individuelle. Il semble préférable d'énoncer une règle générale d'interprétation, plutôt que d'inclure des éclaircissements dans chacune des nombreuses dispositions de la Loi type pour lesquelles cette question pourrait se poser.

5. Les alinéas *c* et *d* se chevauchent, en ce sens que la liberté de décider d'une question (en vertu de l'alinéa *c*) est incluse dans la notion selon laquelle les parties peuvent convenir d'une question (en vertu de l'alinéa *d*) et que l'autorisation donnée à un tiers (en vertu de l'alinéa *c*) est souvent envisagée dans les règlements

[25]Dans cette convention, le critère a deux objets qui tendent à contrebalancer les effets d'un élargissement ou d'un rétrécissement du champ d'application. Le premier de ces objets consiste, comme dans la Loi type, à établir une distinction entre les cas strictement nationaux et ceux de caractère international; le second, étranger à la Loi type, vise à distinguer entre les cas internationaux où les parties ont leur établissement dans des Etats contractants et ceux où une partie a son établissement dans un Etat non contractant.

[26]La Commission voudra peut-être se pencher sur la question de savoir s'il est bon de conserver le mot "pays", que l'on retrouve aux articles 35 1) et 3) et 36 1), et déterminer s'il est possible, dans un souci d'uniformité, d'utiliser exclusivement le mot "Etat" dans toute la Loi type.

d'arbitrage (alinéa *d*). Cependant, ce n'est pas toujours le cas : une autorisation peut venir s'ajouter au régime instauré par un règlement d'arbitrage (par exemple désignation d'une autorité de nomination); elle peut viser à remplacer une disposition de ce règlement ou être placée dans une convention d'arbitrage de circonstance.

Définition de la "réception d'une communication", alinéa e

6. L'alinéa *e*, qui est fondé sur le paragraphe 1 de l'article 2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, donne divers exemples indiquant dans quelles circonstances une communication écrite par une partie ou par le tribunal arbitral est "réputée être arrivée à destination". Malgré ce libellé, la liste commence par des exemples de réception effective (c'est-à-dire non fictive) puis entre dans le domaine de la fiction juridique. La dernière phrase précise que de tels cas permettent non seulement de conclure à l'arrivée à destination, mais également de déterminer la date de la remise.

* * *

(Article 3 supprimé)[27].

* * *

Article 4. *Renonciation au droit de faire objection*

Est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection toute partie qui, bien qu'elle sache ou eût dû savoir que l'une des dispositions de la présente Loi auxquelles les parties peuvent déroger, ou toute condition énoncée dans la convention d'arbitrage, n'a pas été respectée, poursuit néanmoins l'arbitrage sans formuler d'objection promptement ou, s'il est prévu un délai à cet effet, dans ledit délai.

Références

A/CN.9/233, par. 66
A/CN.9/245, par. 176 à 178
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 178 à 182

Commentaire

1. Lorsqu'une stipulation de procédure, qu'elle soit énoncée dans la Loi type ou dans la convention d'arbitrage, n'est pas respectée, toute partie a le droit de faire objection afin qu'il soit remédié au vice de procédure. L'article 4 implique une renonciation à ce droit dans certaines conditions, sur la base de principes généraux tels que l'*estoppel* (déchéance, forclusion) ou le principe *venire contra factum proprium*.

2. La première condition est la suivante : la stipulation de procédure qui n'a pas été respectée figure, soit dans une disposition non impérative de la Loi type, soit dans la convention d'arbitrage. La limitation du champ d'application de cette règle aux dispositions de la loi auxquelles les parties peuvent déroger a été adoptée parce que l'on estimait qu'une règle de forclusion ou de déchéance (*estoppel*) qui couvrirait également les vices de procédure fondamentaux serait par trop rigide. On notera cependant que la Loi type contient des règles spécifiques concernant les objections relatives à certains vices fondamentaux, tels que l'absence d'une convention d'arbitrage valide ou le cas où le tribunal arbitral outrepasse son mandat [art. 16 2)]. Pour ce qui est du non-respect d'une condition stipulée dans la convention d'arbitrage, on notera que la stipulation de procédure énoncée par les parties doit être valide et, en particulier, ne pas s'opposer à une disposition impérative de "la présente Loi".

3. La deuxième condition est que la partie avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance du non-respect de la stipulation en question. Nous proposons que l'expression "eût dû savoir" ne soit pas interprétée comme couvrant tous les cas d'ignorance par négligence, mais se limite aux cas où une partie n'aurait pas pu rester dans l'ignorance du vice. Cette interprétation restrictive, qui pourrait être exprimée dans l'article, semble appropriée compte tenu du principe justifiant les conséquences légales de la renonciation implicite.

4. La troisième condition est que la partie ne formule pas son objection promptement ou, s'il est prévu un délai à cet effet, dans ledit délai. Cette dernière référence à un délai est, logiquement, la première à examiner, car un délai, qu'il soit prévu dans la Loi type ou dans la convention d'arbitrage, a la priorité sur une formule de sens général telle que "promptement".

5. Il y a encore une autre condition qu'il ne faut pas négliger. Une partie ne perd son droit à faire objection que si, sans formuler cette objection, elle poursuit l'arbitrage. La poursuite de l'arbitrage pourrait par exemple prendre la forme d'une comparution à une audience ou d'une communication adressée au tribunal arbitral ou à l'autre partie. Aussi, une partie ne serait pas réputée avoir renoncé à son droit si, par exemple, une grève des postes ou un obstacle similaire l'empêchait pendant un délai prolongé d'envoyer quelque communication que ce soit.

6. Lorsque, en vertu de l'article 4, une partie est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection, elle ne peut plus soulever l'objection durant les phases subséquentes de la procédure arbitrale et, ce qui peut se révéler d'un plus grand intérêt pratique, après que la sentence a été rendue. En particulier, elle ne peut alors invoquer le non-respect de l'exigence en question pour faire annuler la sentence ou en refuser la reconnaissance ou l'exécution. Bien sûr, une renonciation n'aura un tel effet que dans les cas où l'article 4 est applicable, c'est-à-dire pour les sentences rendues "en vertu de la présente Loi" (quel que soit le critère adopté pour le champ d'application territorial). Il nous semble qu'un tribunal auquel serait demandée la reconnaissance ou l'exécution de toute autre sentence pourrait également ne pas tenir compte d'objections tardives d'une partie en appliquant toute règle similaire du droit de procédure applicable ou la notion générale de forclusion.

* * *

[27] L'ancien projet d'article 3 a été supprimé par le Groupe de travail à sa septième session (A/CN.9/246 et Corr.1, par. 174 à 177). Afin d'éviter toute confusion, on a reporté la renumérotation des articles à un stade ultérieur, lorsque la Commission achèvera de réviser le projet.

Article 5. *Domaine de l'intervention des tribunaux*

Pour toutes les questions régies par la présente Loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit.

Références

A/CN.9/233, par. 69 à 73
A/CN.9/245, par. 183 et 184
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 183 à 188

Commentaire

1. Cet article traite de la question essentielle et complexe du rôle des tribunaux dans le cadre de l'arbitrage. Le Groupe de travail l'a adopté provisoirement et a invité la Commission à réexaminer cette décision, compte tenu des observations des gouvernements et des organisations internationales[28]. Lorsque l'on étudiera s'il est souhaitable et approprié de conserver cette disposition, on devra tenir compte des considérations ci-après.

2. Bien que cette disposition, du fait de son libellé catégorique[29], semble donner l'impression que l'intervention des tribunaux est quelque chose de négatif et doit être limitée dans toute la mesure possible, elle ne prend pas position pour ce qui est du rôle approprié des tribunaux. Elle demande simplement que tout cas d'intervention des tribunaux soit mentionné dans la Loi type. Elle aurait donc pour effet d'exclure tout pouvoir général ou résiduel conféré aux tribunaux dans certains systèmes nationaux et non mentionné dans la Loi type. Il semble bénéfique pour l'arbitrage commercial international que les parties et les arbitres puissent savoir avec davantage de certitude dans quels cas on peut escompter un contrôle ou une assistance des tribunaux.

3. Aussi faudrait-il s'efforcer d'arriver à l'équilibre souhaité entre l'indépendance de la procédure arbitrale et l'intervention des tribunaux en indiquant tous les cas d'intervention des tribunaux dans le cadre de la Loi type, mais on ne peut y arriver ni au moyen de l'article 5, ni en supprimant cet article. La Commission souhaitera donc peut-être se demander s'il faudrait inclure d'autres cas, outre ceux déjà traités dans le présent texte. Il ne s'agit pas seulement des fonctions confiées au Tribunal visé à l'article 6, c'est-à-dire les fonctions visées aux articles 11 3) et 4), 13 3), 14 et 34 2), mais également des cas d'interventions des tribunaux envisagés aux articles 9 (mesures provisoires conservatoires), 27 (assistance pour l'obtention de preuves) et 35 et 36 (reconnaissance et exécution des sentences).

4. Il faut tenir compte d'une autre considération importante lorsque l'on évalue l'incidence de l'article 5 : la nécessité d'établir la liste de tous les cas d'intervention des tribunaux dans le cadre de la Loi type, ne concerne que les "questions régies par la présente Loi". Le champ de l'article 5 est donc plus étroit que le champ d'application, quant au fond, de la Loi type, qui est "l'arbitrage commercial international" (article premier), en ce sens qu'il est limité aux questions qui sont en fait régies, que ce soit expressément ou implicitement, par la Loi type.

5. L'article 5 n'exclurait donc pas l'intervention des tribunaux pour toute question non régie par la Loi type. On notera, par exemple, les incidences de l'immunité d'Etat, les relations contractuelles entre les parties et les arbitres ou l'institution d'arbitrage, les honoraires et autres frais, y compris les garanties y afférentes, ainsi que d'autres questions mentionnées ci-dessus à propos de la Loi type en tant que "*lex specialis*", pour lesquelles il faut faire la même distinction[30].

6. Il nous semble que cette distinction est raisonnable, même nécessaire, bien qu'elle ne soit pas toujours facile à établir. Par exemple, l'article 18 régit le pouvoir qu'a le tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires, en impliquant un pouvoir qui, sinon, serait douteux, mais il ne régit pas l'exécution éventuelle de cet ordre. Un Etat ne serait donc pas empêché (par l'article 5), soit d'autoriser le tribunal arbitral à prendre lui-même certaines mesures de contrainte (comme c'est le cas dans certains systèmes juridiques), soit de prévoir une exécution par les tribunaux (comme c'est le cas dans d'autres systèmes)[31]. Par ailleurs, lorsque la Loi type, par exemple, donne aux parties la liberté de convenir d'une certaine question [par exemple, la nomination de l'arbitre, art. 11 2)], cette question est par là même intégralement régie par la Loi type à l'exclusion de toute intervention des tribunaux (par exemple, toute confirmation judiciaire, comme l'exigent certaines lois même lorsque l'arbitre est nommé par les parties).

* * *

Article 6. *Tribunal chargé de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage*

Le tribunal compétent pour s'acquitter des fonctions mentionnées aux articles 11 3) et 4), 13 3), 14 et 34 2) est ... (à préciser par chaque Etat lorsqu'il adoptera la Loi type).

Références

A/CN.9/232, par. 89 à 98
A/CN.9/233, par. 82 à 86
A/CN.9/245, par. 190 et 191
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 189 et 190

Commentaire

1. L'article 6 demande à chaque Etat adoptant la Loi type de désigner un tribunal donné, chargé de s'acquit-

[28] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 186.

[29] Un libellé moins catégorique a été proposé à la septième session du Groupe de travail, mais n'a pas été adopté : "Pour toutes les questions régies par la présente Loi concernant la procédure arbitrale ou la composition du tribunal arbitral, les tribunaux ne peuvent exercer un rôle de contrôle ou d'assistance que si celle-ci le prévoit." (A/CN.9/246 et Corr.1, par. 183 et 184).

[30] Voir le commentaire de l'article premier, par. 8.

[31] Voir le commentaire de l'article 18, par. 4.

ter de certaines fonctions d'assistance et de contrôle dans le cadre de l'arbitrage. Ces fonctions visées dans l'article 6 concernent la nomination d'un arbitre [art. 11 3) et 4)], la récusation d'un arbitre [art. 13 3)], la cessation du mandat d'un arbitre si celui-ci ne s'acquitte pas de ses fonctions (art. 14) et l'annulation d'une sentence arbitrale [art. 34 2)].

2. Le fait de confier toutes ces fonctions liées à l'arbitrage à un tribunal donné devrait offrir les avantages suivants : il serait plus facile aux parties, notamment aux parties étrangères, d'identifier le tribunal compétent et d'obtenir des renseignements sur toutes caractéristiques pertinentes dudit "Tribunal", notamment sa jurisprudence. La spécialisation du Tribunal, à laquelle on peut s'attendre, aurait des incidences encore plus favorables sur le fonctionnement de l'arbitrage commercial international.

3. Bien que le mieux, pour obtenir ces deux avantages, soit de promouvoir au maximun la centralisation, la désignation d'un tribunal ne signifie pas nécessairement qu'il n'y aura qu'un seul tribunal dans chaque Etat. Les grands pays en particulier peuvent souhaiter désigner un type ou une catégorie de tribunaux, par exemple, tout tribunal de commerce, ou tout tribunal d'arrondissement statuant selon la procédure commerciale.

4. Le Tribunal désigné ne doit pas nécessairement être un tribunal dans son entier ou une chambre dudit tribunal. Il peut s'agir par exemple du président du Tribunal ou du président d'une chambre, pour des fonctions de caractère plus administratif et lorsqu'il faut avant tout agir vite et de manière définitive (voir par exemple les articles 11, 13 et 14). La mesure dans laquelle cet avantage se matérialisera dépend des dispositions de chaque Etat en matière d'organisation judiciaire ou de procédure, que ces dispositions soient déjà en vigueur ou qu'elles soient adoptées en même temps que "la présente Loi". Il est suggéré qu'un Etat puisse même confier ces fonctions d'ordre administratif à un organisme n'appartenant pas au système judiciaire, par exemple, à une commission nationale d'arbitrage ou à une institution chargée de cas internationaux.

* * *

CHAPITRE II. CONVENTION D'ARBITRAGE

Article 7. *Définition et forme de la convention d'arbitrage*

1) Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage, que l'organisation en soit ou non confiée à une institution permanente d'arbitrage, tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2) La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence. 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.

Références

A/CN.9/216, par. 22 à 24 et 26
A/CN.9/232, par. 37 à 46
A/CN.9/233, par. 61 à 68
A/CN.9/245, par. 179 à 182
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 17 à 19

Commentaire

Définition (et reconnaissance), paragraphe 1

1. Le paragraphe 1 décrit l'important instrument juridique qui constitue la base et la justification d'un arbitrage. La définition de l'expression "convention d'arbitrage" est conforme au paragraphe 1 de l'article II de la Convention de New York de 1958; comme il est plus clairement précisé dans ladite convention, il y a une garantie implicite de reconnaissance qui va au-delà d'une simple définition.

2. La Loi type reconnaît non seulement une convention concernant un différend existant (compromis), mais également une convention concernant tout différend futur (clause compromissoire). Il semble impératif d'inclure ce dernier type de convention, fréquemment utilisé dans l'arbitrage international et l'on peut espérer que cela ira dans le sens d'une unification mondiale, étant donné qu'à l'heure actuelle certaines législations nationales ne reconnaissent pas entièrement ce genre de convention.

3. La Loi type reconnaît une convention d'arbitrage, qu'elle prenne la forme d'une clause compromissoire contenue dans un contrat ou d'un accord séparé. Ainsi, toute exigence de la législation nationale, aux termes de laquelle l'accord devrait être contenu dans un document séparé serait abolie. De par la nature des choses, une clause compromissoire dans un contrat serait adaptée aux différends futurs, alors qu'un accord séparé le serait non seulement pour les différends existants, mais également pour les différends futurs.

4. La Loi type reconnaît la convention d'arbitrage si le différend actuel ou futur tient à "un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel". Il nous semble que l'expression "rapport de droit déterminé" devrait être interprétée largement, de manière à couvrir toutes les affaires commerciales non contractuelles se rencontrant dans la pratique (par exemple, tiers s'ingérant dans des relations contractuelles; contrefaçon d'une marque déposée ou tout autre type de concurrence déloyale).

5. Les dispositions de la Loi type concernant la convention d'arbitrage ne retiennent pas la stipulation du paragraphe 1 de l'article II de la Convention de New York de 1958, aux termes de laquelle le différend doit porter sur "une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage". Cela ne signifie pas cependant que la Loi type donnerait pleinement effet à toute convention d'arbitrage, que l'objet du différend puisse ou non être réglé par voie d'arbitrage. Le Groupe de travail, lorsqu'il a examiné les différentes propositions, a souligné l'importance du critère de l'arbitrabilité, mais n'a pas jugé nécessaire de l'énoncer expressément[32]. On a noté par exemple qu'une convention d'arbitrage portant sur une question ne pouvant être réglée par voie d'arbitrage serait normalement, du moins dans certaines juridictions, considérée comme nulle et non avenue et que la question de la non-arbitrabilité était traitée de manière appropriée dans les articles 34 et 36[33]. A ce propos, on notera que le Groupe de travail a décidé, dès le début de ses travaux, de ne pas traiter de la validité matérielle de la convention d'arbitrage et de ne pas s'attacher à unifier cette question ou du moins à spécifier quelles questions ne peuvent être soumises à l'arbitrage, soit en en faisant la liste dans la Loi type, soit en demandant à chaque Etat d'en établir une liste exhaustive dans "la présente Loi"[34].

Exigence de l'écrit, paragraphe 2

6. La Loi type se conforme à la Convention de New York de 1958 en exigeant que la convention d'arbitrage se présente sous forme écrite, bien que, dans l'arbitrage commercial, on ait parfois recours dans la pratique à des conventions orales qui sont reconnues par certaines législations nationales. D'une certaine manière, la Loi type est encore plus stricte que la Convention, en ce sens qu'elle ne permet pas d'invoquer une "disposition plus favorable" de la législation nationale subsidiaire (sur l'arbitrage national), comme le permettrait le paragraphe 1 de l'article VII de la Convention. La Loi type vise à régir toutes les conventions d'arbitrage commercial international et, comme l'indique le paragraphe 2 de l'article 7, exige que ces conventions soient sous forme écrite[35]. Cependant, il est possible de remédier au non-respect de cette exigence en se soumettant à la procédure arbitrale, c'est-à-dire en y participant sans soulever l'exception visée à l'article 16 2)[36].

7. La définition de la forme écrite se fonde sur le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York de 1958, mais deux additions utiles ont été apportées. Cette définition élargit et précise les différentes formes écrites possibles en ajoutant les "communications télex" et "tout autre moyen de télécommunications qui atteste l'existence [de la convention]", afin de tenir compte des moyens de communication modernes et à venir.

8. La deuxième addition, dans la dernière phrase, vise à préciser une question qui, dans le cadre de la Convention de New York de 1958, a posé des problèmes et a été cause de décisions judiciaires divergentes. Elle porte sur le cas relativement fréquent où les parties, au lieu d'inclure une clause compromissoire dans leur contrat, se réfèrent à un document (par exemple des conditions générales ou un autre contrat) contenant une clause compromissoire. La référence vaut convention d'arbitrage si elle est telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat et, naturellement, si le contrat lui-même satisfait à l'exigence de l'écrit, telle que définie dans la première phrase du paragraphe 2. Comme l'indique clairement le texte, il suffit qu'il soit fait référence au document; ainsi, aucune référence explicite à la clause compromissoire qui y est contenue n'est exigée[37].

* * *

Article 8. *Convention d'arbitrage et actions intentées quant au fond devant un tribunal*

1) Le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'entre elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend, à moins qu'il ne constate que ladite convention est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

2) Dans un tel cas, lorsque la procédure arbitrale est déjà engagée, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure en attendant que le tribunal ait statué sur sa compétence.

Références

A/CN.9/216, par. 35 et 36
A/CN.9/232, par. 49 à 51, 146 et 151
A/CN.9/233, par. 74 à 81
A/CN.9/245, par. 66 à 69, 185 à 187
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 20 à 23

Commentaire

1. L'article 8 traite de l'un des effets "négatifs" importants de la convention d'arbitrage. La convention visant à soumettre une certaine question à l'arbitrage a pour conséquence que les tribunaux, quels qu'ils soient, n'ont ni à connaître de ladite question, ni à se prononcer, que cette exclusion soit stipulée ou non dans la convention. Si, néanmoins, une partie soumet la question à un tribunal, celui-ci renvoie les parties à l'arbitrage, à moins qu'il ne constate que la convention est nulle, inopérante ou non susceptible d'être exécutée.

2. L'article 8 est directement inspiré de l'article II 3) de la Convention de New York de 1958, mais deux éléments utiles ont été ajoutés. En raison de la nature

[32] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 23; également, A/CN.9/245, par. 187; voir en outre A/CN.9/232, par. 40.

[33] Pour ce qui est de l'article 34, où l'inclusion du critère de la non-arbitrabilité de l'objet du différend est controversée, voir le commentaire de l'article 34, par. 12.

[34] A/CN.9/216, par. 25, 30 et 31.

[35] A/CN.9/233, par. 66; A/CN.9/232, par. 46.

[36] Pour ce qui est de l'éventualité d'une modification à cette fin de l'article 35 2), de manière à tenir compte des cas où il est remédié à un vice de forme, voir la note 91.

[37] Voir A/CN.9/246 et Corr.1, par. 19.

de la Loi type, le paragraphe 1 de l'article 8 s'adresse à tous les tribunaux d'un Etat X; il n'est pas limité aux conventions prévoyant l'arbitrage dans l'Etat X; aussi la large acceptation de la Loi type contribuerait-elle à la reconnaissance et à l'application universelles des conventions d'arbitrage commercial international.

3. Comme pour la Convention de New York de 1958, le tribunal ne renverrait les parties à l'arbitrage, c'est-à-dire qu'il déclinerait sa compétence, qu'à la demande d'une partie et non pas de son propre chef. L'élément temps a été introduit dans le texte puisque la demande doit être présentée au plus tard soit en même temps que les premières conclusions quant au fond du différend, soit même dans les premières conclusions. Nous proposons que ce délai soit entendu au sens strict et appliqué dans tous les systèmes juridiques, y compris dans ceux où l'on considère normalement une telle demande comme une exception devant être soulevée préalablement à tout débat quant au fond.

4. En ce qui concerne le cas où une partie n'invoquerait pas la convention d'arbitrage par une demande effectuée dans le délai prévu, il semble clair qu'en application de l'article 8 1), ladite partie ne pourrait plus invoquer la convention d'arbitrage à un stade ultérieur de la procédure judiciaire. On notera que, bien qu'une grande partie de ses membres aient estimé que le fait pour une partie de ne pas invoquer la convention d'arbitrage devait empêcher ladite partie de se prévaloir de la convention d'arbitrage dans d'autres procédures ou contextes, le Groupe de travail a décidé de ne pas introduire dans le texte une disposition ayant un effet aussi général car il aurait été impossible d'élaborer une règle simple qui traitât de manière satisfaisante de tous les aspects de cette question complexe[38].

5. Autre ajout au texte original de la Convention de New York de 1958, la disposition du paragraphe 2 qui confirme que le paragraphe 1 s'applique, que la procédure arbitrale soit engagée ou non. Cette disposition autorise le tribunal arbitral à poursuivre la procédure d'arbitrage (si elle est régie par "la présente Loi") en attendant qu'un tribunal ait statué sur sa compétence. Ce pouvoir discrétionnaire est accordé au tribunal arbitral dans le but de limiter le risque et les conséquences de manœuvres dilatoires de toute partie qui faillirait à son engagement de se soumettre à l'arbitrage.

* * *

Article 9. *Convention d'arbitrage et mesures provisoires prises par un tribunal*

La demande par une partie à un tribunal, avant ou pendant la procédure arbitrale, de mesures provisoires conservatoires et l'octroi de telles mesures par un tribunal ne sont pas incompatibles avec la convention d'arbitrage.

Références

A/CN.9/216, par. 39
A/CN.9/232, par. 52 à 56
A/CN.9/233, par. 74 et 81
A/CN.9/245, par. 185, 188 et 189
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 24 à 26

Commentaire

1. L'article 9 porte — comme l'article 8 — sur la reconnaissance et les effets de la convention d'arbitrage, mais il le fait d'un point de vue différent. Il énonce le principe, contesté dans certains systèmes juridiques, que le recours à un tribunal et les décisions ultérieures de ce tribunal relatives aux mesures provisoires conservatoires sont compatibles avec la convention d'arbitrage. L'article stipule donc clairement que l'effet "négatif" de la convention d'arbitrage, à savoir l'incompétence des tribunaux, n'opère pas en ce qui concerne ces mesures provisoires; ceci essentiellement en raison du fait que la possibilité de recourir à ces mesures n'est pas contraire aux intentions des parties ayant convenu de soumettre un différend à l'arbitrage et que ces mesures elles-mêmes contribuent à rendre l'arbitrage efficace et à en garantir les résultats escomptés.

2. L'article 9 pose le principe de la compatibilité selon deux axes ayant des champs d'application distincts. Selon le premier axe de cette disposition, la demande de toute mesure provisoire conservatoire adressée par une partie à un tribunal n'est pas incompatible avec la convention d'arbitrage, c'est-à-dire qu'une telle mesure ne peut ni être interdite, ni être considérée comme une renonciation à la convention d'arbitrage. Cette stipulation s'applique que la demande soit faite auprès d'un tribunal de l'Etat X ou auprès d'un tribunal de tout autre pays. Où qu'elle soit faite, elle ne peut être ni invoquée ni considérée comme étant contraire ou comme passant outre à une convention d'arbitrage conclue conformément à la "présente Loi", c'est-à-dire dans les affaires d'arbitrage relevant du champ d'application territorial de "la présente Loi" ou dans le cadre des articles 8 et 36.

3. Le deuxième axe de la disposition ne concerne que les tribunaux de l'Etat X et stipule que les mesures provisoires conservatoires qu'ils prennent doivent être compatibles avec la convention d'arbitrage, quel que soit le lieu de l'arbitrage. Dans l'hypothèse où la Loi type susciterait une large adhésion, ces deux axes de l'article 9 se compléteraient et contribueraient efficacement à une reconnaissance universelle du principe de la compatibilité qui, dans le cadre de la Convention de New York de 1958, n'avait pas été uniformément accepté.

4. L'éventail des mesures provisoires conservatoires couvert par l'article 9 est sensiblement plus étendu que dans l'article 18 en raison des buts différents qui sont assignés à ces deux articles. L'article 18 traite du pouvoir limité qu'a le tribunal arbitral d'ordonner à toute partie de prendre des mesures provisoires conservatoires relatives à l'objet du différend et ne traite pas de l'exécution de tels ordres. L'article 9 traite de la compatibilité avec la convention d'arbitrage des nombreuses mesures que peuvent prendre les tribunaux dans

[38] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 22.

les différents systèmes juridiques, non seulement les mesures prises par les parties pour protéger l'objet du différend ou pour obtenir des éléments de preuve, mais aussi d'autres mesures, éventuellement requises par un tiers, et leur exécution. Il s'agit, en particulier, des saisies conservatoires intervenant avant le prononcé de la sentence et toute autre saisie de biens similaire.

5. On notera que la Loi type ne traite pas du conflit possible entre un ordre donné par le tribunal arbitral en vertu de l'article 18 et une décision judiciaire prise en vertu de l'article 9 relatifs au même objet ou à la même mesure de protection. Toutefois, nous estimons que l'éventualité d'un tel conflit est assez peu probable en raison de la dissemblance (voir plus haut) des mesures couvertes par ces deux articles.

* * *

CHAPITRE III. COMPOSITION DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 10. *Nombre d'arbitres*

1) Les parties sont libres de convenir du nombre d'arbitres.

2) Faute d'une telle convention, il est nommé trois arbitres.

Références

A/CN.9/216, par. 46 à 48
A/CN.9/232, par. 78 à 82
A/CN.9/233, par. 92 et 93
A/CN.9/245, par. 194 et 195
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 27 et 28

Commentaire

1. L'article 10 est le premier article introduisant et illustrant le "système à deux niveaux" si caractéristique de la Loi type. La première disposition entre dans la catégorie des articles qui postulent la liberté des parties et donnent effet à leur convention, à l'exclusion de toute disposition existante du droit national sur la question[39]. La seconde disposition entre dans la catégorie des règles supplétives qui permettent à celles des parties qui ne décident pas de la procédure par convention de disposer d'un ensemble de règles en vue d'engager la procédure d'arbitrage et d'arriver à un règlement définitif du différend[40].

2. Le paragraphe 1 accorde aux parties le libre choix du nombre d'arbitres. Ainsi le choix d'un nombre quelconque d'arbitres prendrait effet, même dans les systèmes juridiques qui, à l'heure actuelle, exigent un nombre impair d'arbitres. Comme il est stipulé de manière générale à l'article 2 *c*, la liberté des parties ne se limite pas à une décision prise par elles mais emporte le droit pour les parties d'autoriser un tiers à décider de cette question.

3. Pour les cas où le nombre d'arbitres n'a pas été convenu à l'avance ou ne peut être convenu à temps, le paragraphe 2 prévient tout retard ou blocage en fixant le nombre des arbitres. Le nombre de trois a été retenu, comme dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (art. 5) car il semble être le nombre le plus couramment retenu dans l'arbitrage commercial international. Toutefois, les arbitrages conduits par un arbitre unique sont également courants, en particulier dans les affaires les moins complexes. On estime que les parties qui souhaiteraient s'en tenir à un arbitre unique par souci d'économie de temps et d'argent en conviendraient normalement et y seraient de plus incitées par ce paragraphe.

* * *

Article 11. *Nomination des arbitres*

1) Nul ne peut, en raison de sa nationalité, être empêché d'exercer des fonctions d'arbitre, sauf convention contraire des parties.

2) Les parties sont libres de convenir de la procédure de nomination de l'arbitre ou des arbitres, sans préjudice des dispositions des paragraphes 4 et 5 du présent article.

3) Faute d'une telle convention,

a) En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux autres arbitres ainsi nommés choisissent le troisième arbitre; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente jours après avoir été priée de le faire par l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le Tribunal visé à l'article 6;

b) En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par le Tribunal visé à l'article 6.

4) Lorsque, dans le cadre d'une procédure de nomination convenue par les parties,

a) Une partie n'agit pas conformément à ladite procédure, ou

b) Les parties, ou deux arbitres, ne peuvent parvenir à un accord conformément à ladite procédure, ou

c) Une autorité de nomination ne s'acquitte pas d'une fonction que lui confère ladite procédure,

l'une ou l'autre partie peut prier le Tribunal visé à l'article 6 de prendre la mesure voulue, à moins que la convention relative à la procédure de nomination ne stipule d'autres moyens d'assurer cette nomination.

5) La décision sur une question confiée au Tribunal visé à l'article 6 conformément aux paragraphes 3 et 4 du présent article est définitive. Lorsqu'il nomme un arbitre, le tribunal tient compte de toutes les qualifications requises de l'arbitre par convention des

[39]Voir A/CN.9/207, par. 13.

[40]Voir A/CN.9/207, par. 17 et 18.

parties et de toute considération propre à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et, lorsqu'il nomme un arbitre unique ou un troisième arbitre, il tient également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties.

Références

A/CN.9/216, par. 41, 49 et 50
A/CN.9/232, par. 73 et 74, 83 à 88
A/CN.9/233, par. 87 et 88, 94 à 100
A/CN.9/245, par 192 et 193, 196 à 201
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 29 à 32

Commentaire

Aucune discrimination législative fondée sur la nationalité, paragraphe 1

1. Certains textes du droit national interdisent aux étrangers d'exercer la fonction d'arbitre, même dans des affaires internationales. Le paragraphe 1 vise à écarter cette discrimination fondée sur la nationalité voulue par le législateur[41]. Comme l'indiquent les mots "sauf convention contraire des parties", on ne souhaite pas interdire aux parties (ou aux associations professionnelles ou institutions arbitrales) de stipuler que les nationaux de certains Etats peuvent, ou ne peuvent pas, être nommés arbitres.

Liberté de convenir de la procédure de nomination, paragraphe 2

2. Le paragraphe 2 reconnaît aux parties la liberté de convenir d'une procédure de nomination de l'arbitre ou des arbitres. Cette liberté de passer convention doit être interprétée au sens large conformément aux dispositions générales des alinéas *c* et *d* de l'article 2.

3. La marge de manœuvre des parties est cependant quelque peu limitée par les dispositions impératives des paragraphes 4 et 5. Dans leur convention sur la nomination, les parties ne peuvent écarter le droit d'une partie, en vertu du paragraphe 4, de recourir au Tribunal visé à l'article 6 pour toute situation décrite dans ce paragraphe, ou déroger au principe du caractère définitif de la décision du Tribunal énoncé au paragraphe 5[42].

Assistance du Tribunal dans le cadre de la procédure de nomination convenue, paragraphe 4

4. Le paragraphe 4 décrit trois défaillances possibles que l'on rencontre souvent dans les procédures de nomination et y remédie en autorisant l'une ou l'autre des parties à prier le Tribunal visé à l'article 6 de prendre la mesure voulue en son lieu et place (c'est-à-dire en lieu et place de la partie, des personnes ou de l'autorité "défaillante" visées aux alinéas *a*, *b* ou *c*). L'assistance fournie par le Tribunal vise à éviter tout blocage ou tout retard indû dans la procédure de nomination. Cette assistance n'est pas nécessaire si les parties ont elles-mêmes prévu dans leur convention sur la procédure de nomination d'autres moyens d'assurer cette nomination. On notera, cependant, que la simple désignation d'une autorité de nomination n'est pas suffisante car elle ne parerait pas à l'éventualité décrite à l'alinéa *c*.

Règles supplétives relatives à la procédure de nomination, paragraphe 3

5. Le paragraphe 3 offre aux parties qui n'auraient pas convenu d'une procédure de nomination un système permettant de nommer soit trois arbitres, soit un arbitre, ces deux nombres étant les plus courants dans l'arbitrage international. L'alinéa *a* fixe les règles pour la nomination de trois arbitres, que ce nombre ait été convenu par les parties conformément à l'article 10 1) ou qu'il découle de l'application de l'article 10 2). L'alinéa *b* fixe la méthode à suivre pour nommer un arbitre unique pour les affaires où les parties se sont contentées de convenir du nombre d'arbitres (en l'occurrence un arbitre unique).

6. Dans les deux cas, un dernier recours au Tribunal visé à l'article 6 est envisagé afin d'éviter tout blocage de la procédure de nomination. Il y a toutefois une différence en ce qui concerne l'élément temps. Alors que l'alinéa *a* fixe par deux fois un délai (de trente jours) pour éviter toute incertitude, l'alinéa *b* ne fixe pas de délai, mais fait seulement état de l'incapacité des parties à s'accorder. Cette formulation générale semble acceptable dans ce dernier cas, car les personnes censées s'accorder sont les parties et leur incapacité à le faire est attestée par la demande adressée au Tribunal par l'une d'elles.

Règles et principes directeurs relatifs à la décision du Tribunal, paragraphe 5

7. Selon le paragraphe 5, la décision du Tribunal est définitive, que la question qui lui est confiée le soit en vertu des règles supplétives du paragraphe 3 ou en application des dispositions impératives du paragraphe 4 dans les cas où la procédure de nomination convenue ne permet pas d'assurer la nomination. Ce caractère définitif de la décision semble approprié en raison de la nature administrative de la fonction et essentiel du fait de la nécessité de constituer le tribunal arbitral le plus rapidement possible.

8. Quel que soit le type de nomination retenu, le Tribunal tient dûment compte de toutes qualifications requises par la convention conclue entre les parties et de tous les éléments susceptibles de garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial. Nous estimons que ces critères ont force obligatoire car ils découlent de la convention d'arbitrage ou, en ce qui concerne

[41] A la sixième session du Groupe de travail, on s'est inquiété de la difficulté qu'il y aurait à appliquer cette disposition dans les Etats où il est interdit aux nationaux de certains autres Etats d'exercer la fonction d'arbitre; on a répondu à cette préoccupation en avançant que, la Loi type n'étant pas une convention, elle ne pourrait pas empêcher un Etat de donner à ses propres choix leur expression dans la législation nationale (A/CN.9/245, par. 193).

[42] Nous proposons que la dernière partie du paragraphe 5 relative à la nomination d'un arbitre unique ou d'un troisième arbitre ne soit pas impérative (voir plus bas par. 8).

l'impartialité et l'indépendance, de l'article 12, alors que la directive spéciale concernant la nomination d'un arbitre unique ou d'un troisième arbitre pourrait être invalidée par une stipulation contraire des parties.

* * *

Article 12. Motifs de récusation

1) Lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. A partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder de telles circonstances aux parties.

2) Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination.

Références

A/CN.9/216, par. 42 et 43
A/CN.9/232, par. 57 à 60
A/CN.9/233, par. 103 à 106
A/CN.9/245, par. 202 à 204
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 33 et 34

Commentaire

1. L'article 12 applique de deux manières le principe selon lequel les arbitres doivent être impartiaux et indépendants. Le paragraphe 1 exige de tout arbitre pressenti ou nommé qu'il signale promptement toutes circonstances de nature à soulever des doutes sur son impartialité ou son indépendance. Le paragraphe 2 fournit les moyens de garantir cette impartialité et cette indépendance en reconnaissant aux circonstances de nature à soulever des doutes légitimes en la matière la qualité de motifs de récusation.

2. L'obligation faite à l'arbitre pressenti de signaler toutes circonstances du type indiqué au paragraphe 1 vise à attirer l'attention de la personne qui le pressent sur d'éventuels doutes et à contribuer ainsi à empêcher la nomination d'un candidat ne remplissant pas les conditions voulues. Cette divulgation est requise non seulement lorsqu'une partie ou les parties pressentent le candidat, mais aussi lorsqu'il est contacté par une institution arbitrale ou autre autorité de nomination intervenant dans la procédure de nomination.

3. Comme cela est stipulé dans la deuxième phrase du paragraphe 1, même un arbitre nommé est et continue d'être tenu à cette obligation, et ce essentiellement à deux fins. La première est de fournir les renseignements requis à toute partie qui ne les a pas obtenus avant la nomination de l'arbitre. La deuxième est d'obtenir des renseignements sur toutes circonstances ne se produisant qu'à un stade ultérieur de la procédure arbitrale (par exemple, situation professionnelle nouvelle ou achat d'actions).

4. Le paragraphe 2, comme l'article 10 1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, adopte une formulation générale pour les motifs pouvant justifier la récusation d'un arbitre. Cela semble préférable à l'énumération de toutes les relations professionnelles possibles et autres situations pertinentes. Comme l'indique la clause restrictive "ne peut être récusé que", les motifs de récusation dont il est fait état dans l'article 12 sont exhaustifs. Bien que la possibilité d'invoquer tout motif particulier figurant dans un texte du droit national (souvent applicable indifféremment aux juges et arbitres) soit écartée, nous estimons qu'il serait difficile de trouver un motif qui ne soit pas couvert par la formule générale retenue.

5. On notera que le Groupe de travail a estimé que la question de la compétence ou autres qualifications de l'arbitre définies par les parties était plus étroitement liée à la conduite de la procédure qu'à la nomination initiale[43]. Aussi devrait-elle être examinée dans le cadre de l'article 14 et peut-être aussi dans le cadre de l'article 19 3)[44]. Cependant, nous estimons à ce propos que la question du comportement de l'arbitre peut être envisagée dans le cadre de l'article 12 2), lorsque l'un quelconque de ses actes ou déclarations soulève des doutes légitimes sur son impartialité ou sur son indépendance. La Commission souhaitera peut-être envisager de formuler cette interprétation dans le texte, car le mot "circonstances" et le rapport direct avec le paragraphe 1 pourraient aboutir à une interprétation plus étroite qui ne couvrirait pas de tels types de comportement partial ou de faute.

6. La deuxième phrase du paragraphe 2 prive l'une ou l'autre des parties du droit de récuser un arbitre qu'elle a elle-même nommé ou à la nomination duquel elle a participé pour une cause dont elle avait connaissance avant la nomination. Dans un tel cas, ladite partie n'aurait pas dû nommer le candidat dont l'impartialité ou l'indépendance était douteuse ou accepter sa nomination. Nous estimons que la formule "participation à la nomination" couvre non seulement le cas où les parties nomment conjointement un arbitre, par exemple en application de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 11, mais aussi une participation moins directe, comme celle prévue dans le cadre du système de listes envisagé dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI [art. 6 3)].

* * *

Article 13. *Procédure de récusation*

1) Sous réserve des dispositions du paragraphe 3 du présent article, les parties sont libres de convenir de la procédure de récusation de l'arbitre.

2) Faute d'un tel accord, la partie qui a l'intention de récuser un arbitre expose par écrit, dans un délai

[43] A/CN.9/233, par. 105.

[44] Voir le paragraphe 4 du commentaire de l'article 14 et le paragraphe 9 du commentaire de l'article 19.

de quinze jours à compter de la date de la constitution du tribunal arbitral ou de la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées au paragraphe 2 de l'article 12, si cette dernière date est postérieure, les motifs de la récusation au tribunal arbitral. Si l'arbitre récusé ne se déporte pas ou que l'autre partie n'accepte pas la récusation, le tribunal arbitral se prononce sur la récusation.

3) Si la récusation ne peut être obtenue selon la procédure convenue par les parties ou en application du paragraphe 2 du présent article, la partie récusante peut, dans un délai de quinze jours après avoir eu communication de la décision rejetant la récusation, prier le Tribunal visé à l'article 6 de prendre sur la récusation une décision qui sera définitive; dans l'attente de cette décision, le tribunal arbitral, y compris l'arbitre récusé, peut poursuivre la procédure arbitrale.

Références

A/CN.9/216, par. 44 et 45
A/CN.9/232, par. 61 à 65
A/CN.9/233, par. 107 à 111
A/CN.9/245, par. 205 à 212
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 36 à 39

Commentaire

Liberté de convenir de la procédure de récusation et limites de cette liberté, paragraphe 1

1. Le paragraphe 1 accorde aux parties la liberté de convenir de la procédure de récusation de l'arbitre, les motifs de récusation étant définis de manière exhaustive dans la disposition impérative de l'article 12 2).

2. Aussi la Loi type donne-t-elle plein effet à toute convention relative à la manière d'engager la procédure de récusation et de statuer en la matière. Cependant, il existe une restriction particulière[45]. Les parties ne peuvent pas exclure le dernier recours au Tribunal prévu au paragraphe 3. Cette restriction, contrairement à la restriction qui figure aux paragraphes 2 et 4 de l'article 11[46], s'applique même si les parties ont autorisé tout autre organe, par exemple une autorité de nomination, à statuer définitivement sur la récusation. Nous estimons que dans un tel cas la partie récusante devrait épuiser tous les recours possibles et obtenir une décision dudit organe, mais cette décision ne serait pas définitive car le dernier recours au Tribunal visé à l'article 6 ne peut être exclu par convention des parties.

Règles supplétives relatives à la procédure de récusation, paragraphe 2

3. Le paragraphe 2 met un mécanisme de récusation à la disposition des parties qui n'ont pas convenu d'une procédure de récusation en spécifiant le délai et la forme dans lesquels engager la procédure de récusation, ainsi que la manière de statuer sur la récusation, sous réserve du contrôle judiciaire ultime prévu au paragraphe 3.

4. Comme l'indique la deuxième phrase du paragraphe 2, la question de la récusation serait tranchée par le tribunal arbitral au cas où une décision serait nécessaire, c'est-à-dire si l'arbitre récusé ne se déportait pas ou que l'autre partie n'acceptait pas la récusation. Le fait de laisser le tribunal arbitral statuer sur la récusation est évidemment sans valeur pratique dans le cas d'un arbitre unique qui a été récusé et ne se déporte pas. Cependant, lorsque l'un des trois arbitres est récusé, cette solution présente certains avantages, en dépit des difficultés psychologiques qu'implique pour le tribunal arbitral le fait de statuer sur la récusation de l'un de ses membres. Du moins pourrait-on, lorsque la récusation n'est ni frivole ni manifestement injustifiée, économiser du temps et de l'argent en rendant superflu le dernier recours au Tribunal. On ajoutera que la récusation n'est pas une décision de procédure au sens de l'article 29 (deuxième phrase) et devrait donc être prise par tous les membres ou une majorité des membres du tribunal arbitral (art. 29, première phrase)[47]. Cela signifie que la récusation ne sera acquise que si les deux autres membres statuent en faveur de la partie récusante.

Contrôle judiciaire ultime, paragraphe 3

5. Le paragraphe 3 ouvre à toute partie récusante, qui n'a pas eu gain de cause dans la procédure convenue par les parties ou dans la procédure prévue au paragraphe 2, un dernier recours devant le Tribunal visé à l'article 6. Cette disposition, dans sa partie la plus importante, apporte une solution de compromis à la question de savoir si tout recours à un tribunal ne devrait être autorisé qu'après le prononcé de la sentence définitive ou si une décision intervenant au cours de la procédure arbitrale ne serait pas préférable. Le principal argument en faveur de la première solution est qu'elle élimine toute manœuvre dilatoire; le principal argument en faveur de la seconde solution est qu'une décision prompte mettrait fin rapidement à la situation fâcheuse que provoquerait la participation de l'arbitre récusé à la procédure et éviterait, en particulier, un gaspillage de temps et d'argent dans les cas où le Tribunal entérinerait ultérieurement la récusation.

6. Le paragraphe 3, comme l'article 14, mais au rebours de l'article 16 3), prévoit l'intervention du Tribunal pendant la procédure arbitrale; toutefois, il comporte trois éléments visant à minimiser le risque et les effets néfastes d'éventuelles manœuvres dilatoires. Le premier élément est le court délai de quinze jours dans lequel on peut demander au Tribunal d'annuler la décision négative du tribunal arbitral ou de tout autre organe choisi d'un commun accord par les parties. Le deuxième élément est que la décision du Tribunal est définitive; en plus d'exclure tout appel, les autres mesures relatives à l'organisation du Tribunal visé à

[45]Il existe également une restriction de caractère général, car nous estimons que les principes fondamentaux énoncés à l'article 19.3 couvrent cette convention sur la procédure de récusation. Voir le commentaire de l'article 19, par. 7.

[46]Voir le commentaire de l'article 11, par. 3 et 4.

[47]Voir A/CN.9/246 et Corr.1, par. 38.

l'article 6 peuvent accélérer la procédure[48]. Le troisième élément est que le tribunal arbitral, y compris l'arbitre récusé, peut poursuivre la procédure arbitrale, dans l'attente de la décision du Tribunal, ce qu'il ferait certainement s'il considérait la récusation comme totalement injustifiée et ayant pour seul but de faire traîner la procédure.

* * *

Article 14. *Carence ou incapacité d'un arbitre*

Lorsqu'un arbitre se trouve dans l'impossibilité de droit ou de fait de remplir sa mission ou ne s'acquitte pas de ses fonctions pour d'autres raisons, son mandat prend fin s'il se déporte ou si les parties conviennent d'y mettre fin. Au cas où il subsiste un désaccord quant à l'un quelconque de ces motifs, l'une ou l'autre partie peut prier le Tribunal visé à l'article 6 de prendre une décision, qui sera définitive, sur la cessation du mandat.

Références

A/CN.9/216, par. 50
A/CN.9/232, par. 66 à 69
A/CN.9/233, par. 112 à 117
A/CN.9/245, par. 213 à 216
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 40 à 42

Commentaire

1. L'article 14 traite de la cessation du mandat d'un arbitre qui se trouve de droit ou de fait dans l'impossibilité de remplir sa mission ou ne s'acquitte pas de ses fonctions pour d'autres raisons. Dans l'un quelconque de ces cas, son mandat cesse s'il se déporte ou si les parties conviennent de mettre fin au mandat ou lorsque cette impossibilité est si patente que ni le déport, ni une convention ne sont nécessaires comme, par exemple, en cas de décès.

2. Dans les autres cas, le Tribunal visé à l'article 6 prend, à la demande de l'une ou l'autre partie, une décision définitive sur la cessation du mandat s'il subsiste un désaccord quant à l'un quelconque des motifs susmentionnés. L'assistance du Tribunal est rarement nécessaire en ce qui concerne l'impossibilité de droit ou de fait et est le plus souvent liée au motif moins précis de la "carence".

3. De l'aveu général, ce terme, emprunté au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI [art. 13 2)], est vague, en particulier en ce qui concerne l'élément temps (indéfini) inhérent au mot "carence". Il est néanmoins utilisé dans le texte car aucune formule plus détaillée acceptable n'a pu être trouvée qui soit suffisamment souple pour couvrir la grande diversité de situations dans lesquelles le maintien dans ses fonctions d'un arbitre "non opérationnel" deviendrait intolérable.

4. Nous suggérons que, pour déterminer s'il y a eu carence de l'arbitre, il soit tenu compte des considérations suivantes : qu'attendait-on ou qu'exigeait-on de lui eu égard à la convention d'arbitrage et à la procédure proprement dite ? S'il n'a rien fait dans ce domaine, le retard est-il excessif au point d'être inacceptable compte tenu des circonstances, y compris des difficultés techniques et de la complexité de l'affaire ? Si l'arbitre a agi d'une certaine manière, son comportement se situe-t-il clairement en deçà de ce que l'on doit raisonnablement attendre d'un arbitre ? Parmi les facteurs qui influent sur ce que l'on est en droit d'attendre de l'arbitre figurent la capacité à agir avec efficacité et diligence et toute compétence particulière ou autres qualifications requises de l'arbitre par convention des parties.

5. On notera que l'article 14 ne couvre pas tous les motifs qui peuvent aboutir à la cessation du mandat d'un arbitre. D'autres motifs figurent à l'article 15[49].

* * *

Article 14 *bis*

Le fait que, dans les cas prévus au paragraphe 2 de l'article 13 ou à l'article 14, un arbitre se déporte ou qu'une partie accepte que le mandat d'un arbitre prenne fin n'implique pas reconnaissance des motifs mentionnés au paragraphe 2 de l'article 12 ou à l'article 14.

Références

A/CN.9/233, par. 107 et 109
A/CN.9/245, par. 208, 213 et 215
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 33 et 35

Commentaire

1. L'article 14 *bis* stipule que le fait qu'un arbitre se déporte ou qu'une partie accepte que son mandat prenne fin, dans les cas prévus au paragraphe 2 de l'article 13 ou à l'article 14, n'implique pas reconnaissance des motifs invoqués pour demander la cessation du mandat. Cette disposition, qui écarte toute conclusion quant à la validité des motifs, vise à faciliter ce déport ou cette approbation afin d'éviter qu'un désaccord ne s'éternise.

2. Cette disposition est présentée dans un article distinct, car elle touche à deux articles différents. Si elle était retenue sous cette forme, on pourrait lui donner le titre suivant : "Pas de reconnaissance implicite de la validité des motifs de récusation".

* * *

Article 15. *Nomination d'un arbitre remplaçant*

Lorsqu'il est mis fin au mandat d'un arbitre conformément à l'article 13 ou 14, ou lorsqu'il se déporte pour toute autre raison, ou lorsque son mandat est révoqué par accord des parties ou dans tout autre cas où il est mis fin à son mandat, un arbitre remplaçant est nommé conformément aux

[48] Voir le commentaire de l'article 6, par. 4.

[49] Voir le commentaire de l'article 15, par. 1 à 3.

règles qui étaient applicables à la nomination de l'arbitre remplacé, sauf convention contraire des parties.

Références

A/CN.9/216, par. 50
A/CN.9/232, par. 70 à 72
A/CN.9/233, par. 118 à 120
A/CN.9/245, par. 217 à 219
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 42 à 48

Commentaire

Autres cas de cessation du mandat

1. L'article 15 traite essentiellement de la question de la nomination d'un arbitre remplaçant. Toutefois, afin d'envisager toutes les éventualités, il traite aussi, d'une manière moins apparente, des multiples situations de cessation de mandat qui ne sont pas couvertes par les articles 13 et 14.

2. Les deux cas les plus importants ajoutés dans le texte visent le déport de l'arbitre "pour toute autre raison" (que celles couvertes par les articles 13 et 14) et la révocation du mandat par accord des parties. Ce dernier cas, c'est-à-dire la révocation d'un arbitre par convention des parties, semble avoir été ajouté à juste titre en raison de la nature consensuelle de l'arbitrage qui donne aux parties toute liberté de convenir de la cessation du mandat d'un arbitre.

3. L'inclusion du premier cas cité, toutefois, est moins facilement justifiable et peut, par exemple, être contestée au motif qu'une personne qui a accepté d'exercer des fonctions d'arbitre ne devrait pas être autorisée à démissionner pour des motifs futiles. Il est toutefois difficile d'exiger que la démission soit dûment justifiée (ou d'essayer d'énumérer tous les motifs pouvant justifier la démission), car un arbitre non consentant ne pourrait pas, dans la pratique, être contraint de s'acquitter de ses fonctions[50]. On notera, en ce qui concerne les deux cas susmentionnés, que la Loi type ne traite pas de la responsabilité de l'arbitre sur le plan juridique ou d'autres questions relatives à la relation contractuelle parties-arbitre.

Règles de nomination d'un arbitre remplaçant

4. Toutes les fois qu'un arbitre remplaçant doit être nommé, il convient de le faire conformément aux règles qui étaient applicables à la nomination de l'arbitre remplacé, que ces règles soient énoncées dans la convention d'arbitrage ou, en tant que dispositions supplétives, dans la Loi type.

5. Cette disposition est non impérative, ainsi qu'il ressort clairement des mots "sauf convention contraire des parties". Une telle convention devrait normalement prévoir une nouvelle procédure de nomination pour remplacer l'arbitre dont le mandat a cessé[51]. Cependant, elle pourrait être liée à la question préliminaire de savoir s'il convient bien de nommer un arbitre remplaçant. Ainsi, lorsque les parties ont désigné un arbitre unique précis dans leur convention initiale, elles peuvent ne pas souhaiter poursuivre la procédure arbitrale sans cet arbitre.

* * *

CHAPITRE IV. COMPÉTENCE DU TRIBUNAL ARBITRAL

Article 16. *Pouvoir qu'a le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence*

1) Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. A cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

2) L'exception d'incompétence du tribunal arbitral peut être soulevée au plus tard lors du dépôt des conclusions en défense. Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que le tribunal arbitral outrepasse son mandat doit être soulevée peu de temps après que le tribunal aura manifesté son intention de statuer sur la question alléguée comme ne relevant pas de son mandat. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

3) Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Dans les deux cas, la décision par laquelle le tribunal arbitral s'est déclaré compétent ne peut être attaquée par l'une ou l'autre des parties que lors d'une action en annulation de la sentence arbitrale.

Références

A/CN.9/216, par. 34, 81 à 83
A/CN.9/232, par. 47 et 48, 146 à 150, 152 à 157

[50]Voir A/CN.9/246 et Corr.1, par. 44.

[51]Par exemple, les parties pourraient, dans leur convention d'arbitrage, inclure une stipulation visant à éliminer le risque que, dans le cas d'un arbitre nommé par une partie, la procédure de démission et de remplacement prévue à l'article 15 soit utilisée de manière abusive en vue de bloquer la procédure (en particulier par un emploi répété). Cette question — que le Groupe de travail a décidé de ne pas traiter sans toutefois en contester le bien-fondé (A/CN.9/245, par. 19) — pourrait être réglée par une stipulation, inspirée du paragraphe 3 de l'article 56 de la Convention de Washington de 1965, selon laquelle l'arbitre nommé par une partie qui démissionne sans l'accord du tribunal arbitral (c'est-à-dire des deux autres membres) ne serait pas remplacé par un autre arbitre nommé par une partie mais par un arbitre qui serait nommé par le troisième arbitre (président) ou par une autorité de nomination déterminée.

A/CN.9/245, par. 58 à 65
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 49 à 52, 54 à 56

Commentaire

A. *La "Kompetenz-Kompetenz" et la doctrine de l'autonomie, paragraphe 1*

1. L'article 16 adopte le principe important selon lequel il incombe initialement et essentiellement au tribunal arbitral lui-même de déterminer s'il est compétent, sous réserve du contrôle ultime exercé par l'instance judiciaire (voir ci-après par. 12 à 14). Le paragraphe 1 autorise le tribunal arbitral à statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. Ce droit, souvent désigné par la formule *Kompetenz-Kompetenz*, est une caractéristique fondamentale et très répandue de l'arbitrage international moderne, mais il n'est pas encore reconnu dans tous les systèmes juridiques.

2. Il en va de même pour le second principe adopté au paragraphe 1 de l'article 16, à savoir la doctrine de l'autonomie de la clause compromissoire. Cette doctrine complète le droit du tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence, car elle préconise que la clause compromissoire doit être considérée comme une convention indépendante des autres stipulations du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas, par conséquent, la nullité de la clause compromissoire. Aussi le tribunal arbitral est-il compétent pour statuer sur la nullité du contrat (et sur d'autres questions qui lui seraient soumises), à moins qu'il ne constate que le vice qui est à l'origine de la nullité du contrat touche également la clause compromissoire. On notera que le principe de l'autonomie qu'adopte le paragraphe 1 de l'article 16, contrairement à certains systèmes juridiques qui distinguent sur ce point entre vice initial et motif ultérieur de nullité, s'applique quelle que soit la nature du vice.

3. L'article 16 n'indique pas en vertu de quelle loi le tribunal arbitral se prononcerait sur les diverses questions pouvant se poser quant à sa compétence. Il est suggéré que la loi applicable soit la même que celle que le Tribunal visé à l'article 6 appliquerait dans la procédure d'annulation prévue à l'article 34, car cette procédure constitue le contrôle ultime de l'instance judiciaire sur la décision du tribunal arbitral (par. 3 de l'article 13). Il en résulterait que la capacité des parties et la validité de la convention d'arbitrage seraient décidées conformément à la loi déterminée en application des règles prévues à l'article 34 2) *a* i et que la question de l'arbitrabilité et les autres questions d'ordre public seraient régies par la loi du "présent Etat" [voir le texte de l'article 34 2) *b*][52]. Pour ces dernières questions, notamment l'arbitrabilité, il est en outre suggéré que le Tribunal arbitral, comme le Tribunal visé à l'article 34 2) *b*, puisse se prononcer d'office, c'est-à-dire sans même qu'une partie soulève l'exception visée à l'article 16 2)[53].

B. *Délais pour soulever une exception, paragraphe 2*

4. Le paragraphe 2 traite de l'exception qui peut être prise de ce que le tribunal arbitral est incompétent pour juger de l'affaire dont il est saisi, ou de ce qu'il outrepasse son mandat. Il vise, en particulier, à faire en sorte que ces exceptions soient soulevées le plus rapidement possible.

5. Le défendeur ne peut pas invoquer l'incompétence après avoir présenté ses défenses (comme cela est mentionné à l'article 23 i), sauf si le tribunal arbitral admet une exception soulevée après le délai prévu au motif que le retard est dû à une cause valable. S'agissant de la demande reconventionnelle, qui n'est plus traitée expressément dans le texte[54], l'exception pourrait être soulevée au plus tard au moment où le demandeur dépose sa réplique.

6. Comme l'énonce la deuxième phrase du paragraphe 2, le fait pour le défendeur d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à cette désignation ne le prive pas du droit de soulever l'exception d'incompétence. Aussi, si, en dépit de ses objections, il préfère ne pas rester passif, mais au contraire participer activement à la constitution du tribunal arbitral, lequel en dernière analyse statuera sur ses objections, n'a-t-il pas à émettre de réserves, comme cela serait le cas dans certains systèmes juridiques nationaux en vue d'exclure les effets de la renonciation ou de la soumission.

7. La deuxième exception visée au paragraphe 2, à savoir l'exception prise de ce que le tribunal arbitral outrepasse son mandat, doit être soulevée peu de temps après que le tribunal aura manifesté son intention de statuer sur la question alléguée comme ne relevant pas de son mandat; là encore, le tribunal arbitral peut admettre une exception soulevée après le délai prévu s'il estime que le retard est dû à une cause valable. Souvent, ce genre d'abus ne se produit ou ne devient certain que dans le cadre de la sentence ou d'une autre décision, mais le délai prescrit ci-dessus serait néanmoins applicable et utile dans les cas qui apparaissent clairement à un stade antérieur, par exemple lorsque le tribunal arbitral requiert des éléments de preuve pour une question dont il n'est pas saisi.

C. *Effets du non-recours à l'exception d'incompétence*

8. La Loi type ne dit pas si le fait pour une partie de ne pas soulever l'exception d'incompétence dans le délai fixé au paragraphe 2 de l'article 16 a des effets au stade

[52]En ce qui concerne le sous-alinéa i, la référence à la loi du "présent Etat" est provisoire et controversée; voir le commentaire de l'article 34, par. 12.

[53]Si la Commission accepte cette interprétation, elle pourra souhaiter la voir reflétée dans le texte de l'article 16, éventuellement dans une disposition portant en outre sur l'effet, et ses limites, d'une renonciation ou d'une soumission; voir plus bas, par. 8 à 10.

[54]Le Groupe de travail a décidé, à sa septième session, de supprimer à la fin de la première phrase du paragraphe 2 de l'article 16 les mots "ou, en cas de demande reconventionnelle, de la réplique du demandeur", étant entendu que toute disposition de la loi type concernant la demande s'appliquerait, *mutatis mutandis*, à une demande reconventionnelle (A/CN.9/246 et Corr.1, par. 196).

postérieur à la sentence. Le Groupe de travail a fait remarquer à ce propos qu'une partie qui ne soulèverait pas l'exception d'incompétence prévue au paragraphe 2 de l'article 16 devrait être privée du droit de soulever des objections à ce titre, non seulement à un stade ultérieur de la procédure arbitrale, mais également dans d'autres contextes, notamment dans celui d'une demande d'annulation ou d'exécution de la sentence arbitrale, sous réserve de certaines limites telles que l'ordre public, y compris celles qui ont trait à l'arbitrabilité[55].

9. Il nous semble que cette observation est conforme à la finalité du paragraphe 2 et pourrait être reflétée de manière appropriée dans la Loi type[56]. Cela signifierait, dans la pratique, que toute objection relative, par exemple, à la validité de la convention d'arbitrage ne pourrait plus être invoquée ultérieurement comme motif d'annulation dans le cadre de l'article 34 2) *a* i ou pour demander, conformément à l'article 36 1) *a* i, la non-reconnaissance ou la non-exécution d'une sentence (rendue en application de "la présente Loi"); ces dispositions sur les motifs d'annulation ou de refus de reconnaissance ou d'exécution resteraient applicables et seraient utiles pour les cas dans lesquels une partie soulèverait l'exception dans les délais mais sans succès ou lorsqu'une partie n'aurait pas participé à l'arbitrage, ou du moins n'aurait pas présenté de conclusion ou n'aurait pas participé aux audiences portant sur le fond du litige.

10. Ainsi qu'il ressort de l'observation susmentionnée du Groupe de travail, les effets qu'entraîne l'absence d'objection par une partie sont limités. Ces limites résultent de l'impossibilité de remédier, par soumission à la procédure, à certains vices, tels la violation de l'ordre public, notamment la non-arbitrabilité. Aussi l'instance judiciaire statuerait-elle sur ces motifs d'incompétence conformément à l'article 34 2) *b* ou, en ce qui concerne les sentences rendues en application de "la présente Loi", de l'article 36 1) *b*, si aucune partie n'a soulevé d'objection en la matière au cours de la procédure arbitrale. On ajoutera que ceci est conforme à l'interprétation (énoncée ci-dessus au paragraphe 3) selon laquelle ces questions doivent être réglées d'office par le tribunal arbitral.

D. *Décision du tribunal arbitral et contrôle par l'instance judiciaire, paragraphe 3*

11. Le refus de reconnaître la compétence du tribunal arbitral touche au fondement même de l'arbitrage. Les questions de compétence précèdent, par conséquent, les questions de fond et sont généralement réglées en premier par une décision distincte, afin d'éviter une possible perte de temps et des dépenses inutiles. Toutefois, dans certains cas, en particulier lorsque la question de la compétence est étroitement liée au fond du litige, il peut être préférable d'associer la décision sur la compétence à une décision partielle ou complète sur le fond. Aussi le paragraphe 3 de l'article 16 accorde-t-il au tribunal arbitral le droit de statuer sur l'exception d'incompétence, soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond.

12. Comme on l'a noté précédemment (par. 1 ci-dessus), le droit qu'a le tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence est soumis au contrôle de l'instance judiciaire. Lorsqu'une décision du tribunal arbitral se déclarant compétent est, exceptionnellement, incluse dans une sentence quant au fond, il est évident que le contrôle de cette décision par l'instance judiciaire sera exercé lors de la demande en annulation de ladite sentence présentée par la partie contestant la compétence du tribunal arbitral. On se trouve face à un cas moins clair et même controversé, lorsque cette décision est rendue sur une exception traitée comme une question préalable. La solution adoptée au paragraphe 3 de l'article 16 est que, dans ce cas également, le contrôle par l'instance judiciaire ne peut être demandé qu'après le prononcé de la sentence sur le fond, autrement dit dans une procédure d'annulation (et, bien que cela ne ressorte pas immédiatement du texte actuel[57], dans toute procédure de reconnaissance ou d'exécution).

13. C'est dans le but de prévenir toute manœuvre dilatoire et tout abus du droit immédiat de faire appel que cette solution a été adoptée et renforcée par la suppression du précédent projet d'article 17, qui prévoyait un contrôle concomitant de l'instance judiciaire[58]. Comme l'ont fait remarquer les partisans du contrôle judiciaire immédiat, l'inconvénient de cette solution est qu'elle peut entraîner une perte de temps et d'argent considérable si, après une longue procédure faite d'audiences coûteuses (obtention des preuves, etc.), le Tribunal annule la sentence pour incompétence.

14. Il nous semble que l'importance relative de ces deux préoccupations opposées, à savoir la crainte de manœuvres dilatoires et d'obstruction d'une part, et le

[55] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 51.

[56] Cette interprétation serait également conforme à celle agréée par le Groupe de travail sur l'effet d'une renonciation en vertu de l'article 4, concernant le non-respect d'une disposition non impérative de la Loi type ou d'une clause de la convention d'arbitrage (voir le commentaire de l'article 4, par. 6).

[57] La raison pour laquelle le paragraphe 3 de l'article 16 ne mentionne que la demande en annulation est que cette disposition est axée sur la capacité d'une partie contestant la compétence du tribunal arbitral d'attaquer la décision de ce dernier en engageant une procédure judiciaire de contrôle de cette décision. Toutefois, la Commission peut souhaiter envisager d'ajouter, par souci de clarté, une référence aux procédures de reconnaissance ou d'exécution, qui, bien qu'engagées par l'autre partie, offrent à la partie objectante une occasion d'invoquer l'incompétence comme motif de refus [en vertu de l'article 36 1) *a* i].

[58] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 52 à 56. Le texte de l'article 17, qui ne se limite pas au cas prévu au paragraphe 3 de l'article 16, c'est-à-dire la décision du tribunal arbitral affirmant sa compétence, était le suivant :

"Article 17. *Contrôle concomitant du tribunal*

"1) [Nonobstant les dispositions de l'article 16,] une partie peut [à tout moment] prier le Tribunal visé à l'article 6 de statuer sur l'existence d'une convention d'arbitrage valide et [, si la procédure arbitrale a commencé,] sur la compétence du tribunal arbitral [en ce qui concerne le différend dont il est saisi].

"2) Dans l'attente de cette décision, le tribunal arbitral est libre de poursuivre la procédure [à moins que le Tribunal n'ordonne une suspension de la procédure arbitrale]."

souci d'éviter un gaspillage de temps et d'argent d'autre part, est difficile à déterminer dans un cadre général prévoyant tous les cas possibles. Il semble que cette évaluation puisse être faite avec plus de précision pour chaque cas particulier. Aussi pourrait-il être utile d'envisager de donner au tribunal arbitral le pouvoir discrétionnaire, fondé sur son évaluation de l'importance réelle de ces deux facteurs, de donner à sa décision la forme soit d'une sentence, soumise à un contrôle immédiat de l'instance judiciaire[59], soit d'une décision de procédure qui ne pourrait être contestée que dans une action en annulation de la sentence sur le fond. Lors de l'examen de cette suggestion qui contribuerait à éviter l'actuel défaut de concordance entre le paragraphe 3 de l'article 16 et le paragraphe 3 de l'article 13, on pourrait envisager d'adopter les dispositions spéciales du paragraphe 3 de l'article 13 visant à minimiser le risque de manœuvres dilatoires, à savoir délai bref de recours à l'instance judiciaire, caractère définitif de la décision rendue par cette instance, droit du tribunal arbitral de poursuivre la procédure.

15. Le paragraphe 3 de l'article 16 ne régit pas les cas où le tribunal arbitral se déclare incompétent. Un précédent projet de disposition qui autorisait le recours à l'instance judiciaire, pas nécessairement dans le but de contraindre les arbitres à poursuivre la procédure, mais afin d'obtenir une décision sur l'existence d'une convention d'arbitrage valable, n'a pas été retenu par le Groupe de travail[60]. On a fait valoir que la décision par laquelle le tribunal arbitral se déclare incompétent était définitive et avait force obligatoire pour ce qui est de la procédure arbitrale en cours, mais ne réglait pas définitivement la question de savoir si la requête quant au fond devait être tranchée par une instance judiciaire ou par un tribunal arbitral. Il est suggéré de se reporter à la législation générale en matière d'arbitrage et de procédure civile pour savoir si le contrôle par l'instance judiciaire de ce type de décision peut être recherché autrement que par une demande dans le cadre d'une procédure portant sur le fond du différend, ainsi qu'il est mentionné au paragraphe 1 de l'article 8.

* * *

Article 18. *Pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires*

Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire conservatoire qu'il juge nécessaire en ce qui concerne l'objet du différend. Le tribunal arbitral peut exiger de toute partie des sûretés au titre des frais occasionnés par ladite mesure.

Références

A/CN.9/216, par. 65 à 69
A/CN.9/232, par. 119 à 123
A/CN.9/245, par. 70 à 72
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 57 à 59

Commentaire

1. Conformément à l'article 18, le tribunal arbitral a le pouvoir implicite, sauf convention contraire des parties, d'ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire conservatoire qu'il juge nécessaire en ce qui concerne l'objet du différend. Le but général d'un tel ordre est de prévenir ou de limiter tout inconvénient qui peut découler de la durée de la procédure arbitrale jusqu'au règlement définitif du différend et à la mise en œuvre de ce règlement.

2. Parmi les mesures provisoires destinées à prévenir ou atténuer une perte figurent la préservation, la garde ou la vente des marchandises qui font l'objet du différend. Cependant, l'article 18 n'est pas limité à la vente et couvrirait, par exemple, les mesures visant provisoirement à déterminer et à "stabiliser" le rapport existant entre les parties dans un projet à long terme. Parmi ces ordres visant à établir un *modus vivendi*, on peut citer l'utilisation ou la maintenance de machines ou d'installations ou la poursuite d'une certaine phase d'une construction si cela permet de prévenir des dommages irréversibles. Enfin, un tel ordre peut avoir pour objet de rassembler des éléments de preuve qui risqueraient de n'être pas disponibles à un stade ultérieur de la procédure.

3. Ainsi qu'il ressort clairement du texte de l'article 18, toute mesure provisoire doit concerner l'objet du différend et l'ordre ne peut être adressé qu'à l'une des parties (ou aux deux). Cette restriction, qui découle du fait que le tribunal arbitral tient sa compétence de la convention d'arbitrage, est l'un des principaux facteurs réduisant la portée de l'article 18 par rapport à la portée beaucoup plus grande des mesures judiciaires prévues à l'article 9[61].

4. Autre différence importante, l'article 18 n'accorde pas au tribunal arbitral le pouvoir de faire exécuter ses ordres et ne prévoit pas non plus leur exécution judiciaire; un projet de disposition précédent prévoyant l'assistance des tribunaux sur ce point n'a pas été retenu par le Groupe de travail. Il était entendu néanmoins que cette suppression ne devait pas être interprétée comme interdisant à un Etat de fournir cette assistance en vertu de ses règles de procédure[62], soit en assurant une exécution judiciaire, soit en habilitant le tribunal arbitral à prendre certaines mesures coercitives.

5. Cependant, même sans possibilité d'exécution, le pouvoir que confère l'article 18 au tribunal arbitral a valeur pratique. Il semble probable que la partie visée

[59] On notera que la solution retenue au paragraphe 3 de l'article 16 ne donne pas cette possibilité au tribunal arbitral, que la décision sur la compétence soit ou non considérée comme une "sentence"; quant à l'intérêt qu'il y aurait à inclure dans la Loi type une définition du mot "sentence", voir le commentaire de l'article 34, par. 3.

[60] A/CN.9/245, par. 62 à 64. La disposition supprimée était la suivante : "La décision par laquelle le tribunal arbitral s'est déclaré incompétent peut être attaquée par l'une ou l'autre partie, dans un délai de 30 jours, devant le Tribunal visé à l'article [6]".

[61] Voir le commentaire de l'article 9, par. 4 et 5.

[62] A/CN.9/245, par. 72.

respectera l'ordre donné et prendra la mesure jugée nécessaire par les arbitres qui, de fait, seront ceux qui statueront sur l'affaire. Cette probabilité peut être accrue grâce au recours au droit d'exiger d'une partie qu'elle fournisse des sûretés au titre des frais occasionnés par ladite mesure, en particulier lorsque le tribunal arbitral exige de l'autre partie qu'elle fournisse aussi ces sûretés, lesquelles, est-il suggéré, pourraient également couvrir d'éventuels dommages-intérêts. Enfin, si une partie ne prend pas la mesure provisoire conservatoire ordonnée par le tribunal arbitral, il peut en être tenu compte dans la décision définitive, en particulier pour toute évaluation des dommages-intérêts.

* * *

CHAPITRE V. CONDUITE DE LA PROCÉDURE ARBITRALE

Article 19. *Détermination des règles de procédure*

1) Sous réserve des dispositions de la présente Loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral.

2) Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente Loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite.

3) Dans les deux cas, les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits.

Références

A/CN.9/216, par. 56
A/CN.9/232, par. 101 à 106
A/CN.9/245, par. 73 à 75
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 60 à 63

Commentaire

"Grande Charte de la procédure arbitrale"

1. L'article 19 peut être considéré comme la disposition la plus importante de la Loi type. Il contribue dans une large mesure à établir l'autonomie de la procédure en laissant les parties libres de convenir des règles de procédure (par. 1) et, à défaut, en accordant au tribunal arbitral, une grande latitude quant à la manière de procéder à l'arbitrage (par. 2), sous réserve, dans les deux cas, d'appliquer les principes fondamentaux de l'équité (par. 3). Cette disposition et les autres dispositions sur la procédure arbitrale définissent une appproche libérale pouvant être adaptée à la grande diversité des besoins et des paramètres des affaires internationales, dégagée des contraintes que constituent les particularismes locaux et les critères traditionnels qui émaillent parfois le droit interne du lieu de l'arbitrage.

Liberté des parties de convenir des règles de procédure, paragraphe 1

2. Le paragraphe 1 garantit aux parties la liberté de déterminer les règles concernant la manière d'appliquer la méthode de règlement des différends qu'elles ont choisie. Cela leur permet d'adapter ces règles à leurs impératifs et vœux particuliers. Elles peuvent le faire soit en établissant leurs propres règles de procédure, soit, comme le précise l'alinéa *d* de l'article 2, en se référant à des règlements standard d'arbitrage institutionnel (supervisé ou organisé) ou d'arbitrage strictement *ad hoc*. Ainsi les parties peuvent tirer pleinement profit des services qu'offrent les institutions permanentes d'arbitrage, ou des pratiques arbitrales établies des organismes commerciaux. Elles peuvent choisir des procédures qui leur sont familières et même opter pour une procédure propre à un ordre juridique donné. Toutefois, si elles se réfèrent à une loi donnée de procédure civile, notamment en matière de preuves, cette loi sera applicable en vertu de leur choix et non en vertu de sa qualité de loi du droit interne.

3. La liberté des parties n'est subordonnée qu'aux dispositions de la Loi type, du moins celles qui sont impératives. La plus importante de ces dispositions, auxquelles les parties ne peuvent déroger, est celle qui figure au paragraphe 3. Les autres dispositions relatives à la procédure ou au prononcé de la sentence figurent aux articles 23 1), 24 2) à 4), 27, 30 2), 31 1), 3) et 4), 32 et 33 1), 2), 4) et 5).

Pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral en matière de procédure, paragraphe 2

4. Lorsque les parties ne sont pas convenues, avant ou pendant la procédure arbitrale[63], de la procédure (du moins pas en ce qui concerne le point litigieux en cause), le tribunal arbitral est habilité à mener l'arbitrage de la manière qu'il juge appropriée, sous réserve des dispositions de la Loi type qui énoncent souvent des conditions particulières pour les pouvoirs discrétionnaires [par exemple articles 23 2), 24 1) et 2) et 25] et parfois limitent ces pouvoirs en vue de garantir l'équité [par exemple art. 19 3), 24 3) et 4) et 26 2)]. Comme l'énonce le paragraphe 2, ce pouvoir comprend le droit de statuer sur la recevabilité, la pertinence et l'importance de toute preuve produite[64]. Ce droit comprend, à son tour, le droit du tribunal arbitral d'adopter ses propres règles de la preuve, bien que cela ne figure plus dans le texte.

5. Sauf dans les cas où les parties ont arrêté des règles de procédure détaillées et strictes, y compris en ce qui

[63]Comme l'a noté le Groupe de travail, la liberté des parties de convenir de la procédure en vertu du paragraphe 1 joue pendant toute la durée de la procédure arbitrale et n'est pas limitée, par exemple, à la période précédant la nomination du premier arbitre (A/CN.9/246 et Corr.1, par. 63). Il est suggéré, cependant, que les parties elles-mêmes puissent dans leur convention initiale limiter leur liberté de cette manière si elles souhaitent que leurs arbitres sachent dès le départ en vertu de quelles règles de procédure ils sont censés agir.

[64]La question de savoir à qui incombe la charge de la preuve n'est pas régie dans l'article 16 (ou dans toute autre disposition de la Loi type) comme elle l'est, par exemple, au paragraphe 1 de l'article 24 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dont le texte est le suivant : "Chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde sa requête ou sa réponse".

concerne la preuve, les pouvoirs discrétionnaires du tribunal arbitral sont considérables, compte tenu que la Loi type et ses quelques dispositions les limitant en matière de procédure définissent un cadre d'action libéral. Le tribunal arbitral peut ainsi faire face aux exigences propres à chaque affaire et choisir la procédure la plus appropriée lorsqu'il organise l'arbitrage, lorsqu'il tient des audiences individuelles et d'autres réunions et lorsqu'il détermine les règles importantes à suivre en matière d'obtention et d'évaluation des preuves.

6. Dans la pratique, les arbitres pourraient adopter les modes de procédure auxquels les parties (et les arbitres) sont habituées, ou du moins qui leur conviennent. Ainsi, lorsque les deux parties appartiennent au même système de *common law*, le tribunal arbitral peut davantage s'appuyer sur des déclarations sous serment et ordonner plus facilement la signification des défenses avant audience que dans une affaire où les parties viennent d'un système de tradition romaine et où, pour citer un autre exemple, la procédure serait de caractère plus inquisitoire qu'accusatoire. Plus important encore, lorsque les parties appartiennent à des systèmes juridiques différents, le tribunal arbitral peut utiliser une procédure libérale "mixte", en empruntant à chaque système juridique des procédures adaptées, en s'appuyant sur des techniques éprouvées par la pratique internationale et, par exemple, en laissant les parties faire valoir leurs droits de la manière qu'elles estiment la plus efficace. Le pouvoir discrétionnaire en matière de procédure dans tous les cas mentionnés ci-dessus semble pouvoir faciliter l'arbitrage commercial international, alors que l'obligation d'appliquer la "loi du pays" où se déroule l'arbitrage présenterait un inconvénient certain pour toute partie qui ne serait pas habituée à ce système particulier en matière de procédure et de preuve.

Impératifs fondamentaux d'équité, paragraphe 3

7. Le paragraphe 3 adopte le principe fondamental de l'équité en exigeant que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et que chaque partie ait toute possibilité de faire valoir ses droits. Comme l'expriment les mots "dans les deux cas", ces exigences fondamentales doivent être respectées, non seulement par le tribunal arbitral lorsqu'il use des pouvoirs discrétionnaires que lui confère le paragraphe 2, mais également par les parties lorsqu'elles usent de la liberté que leur donne le paragraphe 1 de convenir des règles de procédure. Il est suggéré que ces principes, compte tenu de leur caractère fondamental, soient appliqués dans toutes les procédures, y compris, par exemple, les procédures visées aux articles 13 et 14.

8. Les principes, que le paragraphe 3 énonce d'une manière générale, sont appliqués et formulés d'une manière plus concrète par des dispositions telles que les articles 24 3) et 4) et 26 2)[65]. D'autres dispositions, tels les articles 16 2), 23 2) et 25 *c*, présentent certains raffinements ou certaines restrictions dans le cadre de procédures données, de manière à garantir un arbitrage efficace et rapide. Ces dispositions, qui, comme toutes les autres dispositions de la Loi type, sont conformes au principe énoncé à l'article 19 3), affirment clairement que l'expression "toute possibilité de faire valoir ses droits" n'autorise pas une partie à faire obstruction à la procédure par des manœuvres dilatoires et, par exemple, à présenter des objections, rectifications ou preuves alors même que le prononcé de la sentence est imminent.

9. Il va de soi que le tribunal arbitral doit s'inspirer de ce principe, et même s'y tenir strictement, lorsqu'il détermine la manière appropriée de mener la procédure, par exemple lorsqu'il fixe des délais pour la présentation des conclusions ou des preuves ou lorsqu'il fixe les modalités des audiences. Il ne peut pas, par exemple, exiger d'une partie plus qu'on ne peut raisonnablement en attendre compte tenu des circonstances. En ce qui concerne l'observation du Groupe de travail notée dans le commentaire de l'article 12 (par. 5), on peut douter qu'une partie ait bien toute possibilité de faire valoir ses droits lorsque, alors même qu'elle est en mesure de déposer intégralement sa réclamation et les éléments qui l'étayent, le comportement d'un arbitre révèle clairement son manque de compétence ou de toute autre qualification requise de lui par convention des parties.

* * *

Article 20. *Lieu de l'arbitrage*

1) Les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral.

2) Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation de consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou des parties, ou pour l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.

Références

A/CN.9/216, par. 53 à 55
A/CN.9/232, par. 99 et 100, 112 et 113
A/CN.9/245, par. 76 à 79
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 64 et 65

Commentaire

Détermination du lieu de l'arbitrage, paragraphe 1

1. Le paragraphe 1 accorde aux parties la liberté de décider du lieu de l'arbitrage. Les parties peuvent soit déterminer elles-mêmes ce lieu, soit, ainsi qu'il ressort clairement de l'article 2 *c*, autoriser un tiers, y compris une institution, à décider de cette question. Faute d'une telle convention, le lieu de l'arbitrage est déterminé par le tribunal arbitral.

2. Le lieu de l'arbitrage est triplement important sur le plan juridique. Premièrement, c'est l'un des divers

[65] Autre exemple, l'article 24 2), bien que l'on puisse douter que, dans sa formulation actuelle, cette disposition soit pleinement conforme à l'exigence selon laquelle chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits (voir le commentaire de l'article 24, par. 4).

facteurs susceptibles d'affirmer le caractère international de l'arbitrage, sous réserve qu'il soit stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention (article premier, par. 2 *b* i). Deuxièmement, c'est un des déterminants de l'applicabilité "territoriale" de la Loi type, soit en tant que critère exclusif, si la Commission adoptait l'avis qui a prévalu dans le Groupe de travail, soit en tant que déterminant subsidiaire, si la Loi type autorisait, dans sa forme définitive, les parties à choisir une législation en matière de procédure autre que celle de l'Etat où a lieu l'arbitrage[66]. Troisièmement, le lieu de l'arbitrage est, en vertu de l'article 31 3), le lieu où est rendue la sentence et il est en tant que tel pertinent dans le contexte de la procédure de reconnaissance ou d'exécution, en particulier lorsqu'il s'agit de déterminer, aux fins de l'article 36 1) *a* v, "[le] pays dans lequel . . . elle a été rendue".

Réunion dans un lieu autre que le lieu de l'arbitrage, paragraphe 2

3. La signification pratique que revêt le lieu de l'arbitrage, en particulier lorsqu'il est déterminé par les parties elles-mêmes, est que, en principe, la procédure arbitrale, y compris toute audience ou autre réunion, doit normalement s'y tenir. Toutefois, il peut être nécessaire de se réunir dans d'autres endroits, non seulement lorsqu'un changement de lieu est nécessaire (par exemple, aux fins d'inspection des locaux). Ainsi, lorsque des témoins doivent être entendus ou lorsque les arbitres se réunissent pour consultation, un autre lieu de réunion peut être plus pratique pour les participants et plus économique pour l'arbitrage. Il est par ailleurs possible d'équilibrer les dépenses propres des parties en organisant certaines des réunions à l'endroit où se trouve une partie et d'autres réunions à l'endroit où se trouve l'autre partie.

4. Pour toutes ces raisons, le paragraphe 2 autorise le tribunal arbitral, sauf convention contraire des parties, à se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation de consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou (seulement) des parties, ou pour l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.

* * *

Article 21. *Début de la procédure arbitrale*

Sauf convention contraire des parties, la procédure arbitrale concernant un différend déterminé est engagée à la date à laquelle la demande de soumission de ce différend à l'arbitrage est reçue par le défendeur.

Références

A/CN.9/233, par. 21 à 23
A/CN.9/245, par. 24 à 27
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 66 et 67

Commentaire

1. L'article 21 contient une règle qui permet de déterminer à quel moment commence la procédure arbitrale concernant un différend donné. Le choix de ce moment est important, non seulement compte tenu des objectifs de la Loi type, mais aussi en ce qui concerne les effets juridiques régis par d'autres lois, par exemple en cas de suspension ou d'interruption de tout délai de prescription.

2. Le moment pertinent est la date à laquelle la demande de soumission de ce différend à l'arbitrage est reçue par le défendeur[67]. Cette demande, qu'elle soit effectivement appelée "demande", "notification" ou "requête", doit exposer le différend en cause et indiquer clairement qu'il est recouru à l'arbitrage et non pas, par exemple, mentionner seulement l'intention d'engager ultérieurement une procédure arbitrale.

3. Comme l'énonce le texte, les parties peuvent déroger à cette disposition et choisir un autre moment. Elles peuvent, comme cela arrive parfois dans l'arbitrage institutionnel, convenir, par référence aux règles institutionnelles, que le moment pertinent est le moment auquel la demande d'arbitrage est reçue par l'institution arbitrale.

* * *

Article 22. *Langue*

1) Les parties sont libres de convenir de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale. Faute d'un tel accord, le tribunal arbitral décide de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure. Cet accord ou cette décision, à moins qu'il n'en soit convenu ou décidé autrement, s'appliquent à toute déclaration écrite d'une partie, à toute procédure orale et à toute sentence, décision ou autre communication du tribunal arbitral.

2) Le tribunal arbitral peut ordonner que toutes les pièces soient accompagnées d'une traduction dans la langue ou les langues convenues par les parties ou choisies par le tribunal arbitral.

Références

A/CN.9/233, par. 27 à 30
A/CN.9/245, par. 34 à 36
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 68 à 70

Commentaire

1. L'article 22 traite d'une question qui, bien que rarement traitée dans les textes de droit interne relatifs à l'arbitrage, revêt une importance pratique considérable dans l'arbitrage commercial international, à savoir la détermination de la langue ou des langues à utiliser dans la procédure arbitrale. Il ressort clairement de

[66] Voir les remarques sur le champ d'application territorial de la Loi type dans le commentaire de l'article premier, par. 4 à 6.

[67] Pour savoir en quoi consiste la "réception" et à quel moment une communication est reçue ou réputée être arrivée à destination, voir l'alinéa *e* de l'article 2.

cette disposition, mais en a-t-on jamais douté, que la procédure arbitrale n'est pas soumise à la moindre exigence linguistique locale, par exemple, l'obligation d'utiliser la ou les langues "officielles" des procédures judiciaires du lieu de l'arbitrage.

2. Le paragraphe 2 stipule qu'il incombe tout d'abord aux parties de convenir de la langue ou des langues de la procédure arbitrale. L'autonomie des parties est ici particulièrement importante, car ce choix influe sur leur position dans la procédure et sur la rapidité et le coût de l'arbitrage. Elles sont mieux à même de juger, par exemple, si une langue unique suffit et est acceptable ou, si plusieurs langues sont nécessaires, lesquelles devront être retenues. L'accord entre les parties aurait l'avantage d'écarter toute ambiguïté sur ce point dès le commencement de la procédure. Cela permettrait également de choisir des arbitres remplissant les conditions requises et épargnerait à ceux-ci, au moment de leur désignation, d'avoir à prendre une décision de procédure qui, dans la pratique, se révèle souvent être assez délicate.

3. Lorsque les parties n'ont pas réglé la question de la langue, le tribunal arbitral en décide conformément au paragraphe 1. Ce faisant, il tient compte des facteurs mentionnés ci-dessus et des connaissances linguistiques des arbitres eux-mêmes. Mais surtout, le tribunal arbitral doit respecter les principes fondamentaux énoncés au paragraphe 3 de l'article 19.

4. Toutefois, il est suggéré que ces principes ne soient pas interprétés comme signifiant nécessairement que la langue de chaque partie doit être choisie comme étant la langue "à utiliser dans la procédure arbitrale". Ainsi, lorsque les parties n'ont utilisé qu'une seule langue dans leurs négociations, en particulier dans leur contrat et leur correspondance, la décision du tribunal arbitral de conduire la procédure dans ladite langue ne serait pas en soi contraire au principe de l'égalité de traitement des parties et ne priverait pas la partie dont la langue n'a pas été adoptée d'avoir toute possibilité de faire valoir ses droits. Ladite partie pourrait, de fait, utiliser sa langue dans toute audience ou autre réunion mais elle devrait prendre des dispositions, ou du moins payer, pour l'interprétation dans la langue de la procédure. Comme le montre cet exemple, le choix de la langue ou des langues à utiliser est une décision influant sur le coût de la procédure. Si l'on prend l'exemple inverse, c'est-à-dire dans une procédure utilisant deux langues, toute dépense d'interprétation ou de traduction d'une langue dans l'autre viendrait s'ajouter aux frais totaux de l'arbitrage et, en tant que telle, serait à la charge de la partie ayant succombé (voir, par exemple, le paragraphe 1 de l'article 40 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI).

5. L'article 22 définit la portée du choix d'une langue ou de plusieurs langues en énumérant ce qui doit être dans la langue retenue, à savoir toute déclaration écrite des parties, toute procédure orale et toute sentence, décision ou autre communication du tribunal arbitral. Toutefois, les parties ou les arbitres peuvent modifier le champ d'utilisation de la langue retenue. En ce qui concerne les pièces, le paragraphe 2 laisse au tribunal arbitral le soin de décider dans quelle mesure la traduction dans la langue de la procédure est nécessaire. Ce pouvoir discrétionnaire est justifié compte tenu que ces documents peuvent être volumineux et ne se rapporter que partiellement au différend.

* * *

Article 23. *Conclusions en demande et en défense*

1) Dans le délai convenu par les parties ou fixé par le tribunal arbitral, le demandeur énonce les faits motivant sa demande, les points litigieux et l'objet de la demande et le défendeur énonce ses défenses à propos de ces questions. Les parties peuvent joindre à leurs conclusions toutes pièces qu'elles jugeront pertinentes ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'elles produiront.

2) Sauf convention contraire des parties, l'une ou l'autre partie peut modifier ou compléter sa demande ou ses défenses, au cours de la procédure arbitrale, à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser un tel amendement en raison du retard avec lequel il est formulé, du préjudice qu'il causerait à l'autre partie ou de toute autre circonstance.

Références

A/CN.9/233, par. 24 à 26
A/CN.9/245, par. 29 et 30, 33
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 71 à 73

Commentaire

Principaux points devant figurer dans les conclusions en demande ou en défense, paragraphe 1

1. Le paragraphe 1 traite de la préparation de l'affaire sous forme écrite. La première phrase énonce les éléments des débats initiaux qui sont requis dans le but de définir le différend sur lequel le tribunal arbitral doit se prononcer. Il appartient ensuite au tribunal arbitral d'exiger de nouvelles conclusions ou explications conformément à l'autorité qui lui est conférée par le paragraphe 2 de l'article 19. Les points qui doivent figurer dans la requête initiale et dans la réponse du défendeur peuvent être considérés comme étant si fondamentaux et si indispensables qu'ils ne peuvent qu'être acceptables dans tous les systèmes et règlements d'arbitrage établis. C'est pour cette raison que cette disposition n'entre pas dans des détails tels que le destinataire des déclarations[68].

2. Néanmoins, il est proposé que cette disposition soit non impérative, du moins en ce qui concerne ses détails. Par exemple, les règlements d'arbitrage peuvent définir les éléments essentiels des conclusions sous une forme légèrement différente ou peuvent exiger leur inclusion

[68]Le paragraphe 4 de l'article 24 est là pour garantir que toute conclusion soumise au tribunal arbitral par une partie sera communiquée à l'autre partie.

dans la demande initiale d'arbitrage, auquel cas la mention d'un délai faite au paragraphe 1 deviendrait inutile.

3. La deuxième phrase du paragraphe 1 laisse à chaque partie, compte tenu de sa stratégie de procédure, le choix de présenter ou non tous les documents pertinents, ou du moins de faire état de ces pièces ou autres preuves à ce stade. Ces documents ou listes de preuves ne font pas, par conséquent, partie des éléments essentiels devant figurer dans les débats initiaux, mais les parties ne sont pas totalement libres de choisir le moment auquel il convient de révéler ou de présenter les documents ou autres moyens de preuve sur lesquels elles comptent s'appuyer. Sauf disposition expresse de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral peut, en vertu des pouvoirs discrétionnaires généraux que lui confère le paragraphe 2 de l'article 19, exiger d'une partie qu'elle présente un résumé des documents et autres éléments de preuves que ladite partie a l'intention de présenter à l'appui de sa demande ou de ses défenses et, ainsi qu'il ressort clairement de l'alinéa *c* de l'article 25, exiger d'une partie qu'elle produise des documents, pièces ou autres éléments de preuve dans un délai donné.

Modification ou complément apporté à la demande ou aux défenses, paragraphe 2

4. Le paragraphe 2 laisse au tribunal arbitral le soin de déterminer, sur la base d'un certain nombre de critères, si une partie peut modifier ou compléter sa demande ou ses défenses. L'un des principaux critères serait la durée et le motif du délai demandé pour effectuer la modification (ou apporter un complément[69]). Autre critère, le préjudice causé à l'autre partie, c'est-à-dire le préjudice en matière de procédure (telle l'interruption du cours normal de la procédure et les retards indus apportés au règlement définitif du différend tel qu'il a été exposé dans les débats initiaux). Toutefois, étant donné qu'il peut exister d'autres raisons rendant impossible une modification tardive, le tribunal arbitral peut, conformément au paragraphe 2, prendre en considération "toute autre circonstance".

5. Cependant, il y a un point important à propos duquel le tribunal arbitral ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire : la modification ou le complément ne doit pas excéder le champ d'application de la convention d'arbitrage. Cette restriction, bien que non expresse, semble aller de soi compte tenu que la compétence du tribunal arbitral est fondée sur cette convention et s'inscrit dans les limites qu'elle définit.

6. Le paragraphe 2, comme cela y est indiqué, n'est pas impératif. Aussi les parties peuvent-elles y déroger et stipuler, par exemple, que les modifications sont interdites de manière générale ou qu'elles sont autorisées de plein droit ou encore qu'elles sont soumises à des limites précises.

[69]Pour le groupe de rédaction, le mot "modification" devait englober le mot "complément".

Application par analogie à la demande reconventionnelle et à la compensation

7. Comme on l'a noté plus haut[70], la Loi type ne fait plus expressément référence à la demande reconventionnelle, mais toute disposition se référant à la demande s'appliquerait, *mutatis mutandis*, à la demande reconventionnelle. Aussi le paragraphe 1 stipule-t-il, par analogie, que le défendeur énonce les faits appuyant sa demande reconventionnelle, les points litigieux et la réparation ou le recours recherché, et qu'il est libre d'annexer tous les documents qu'il juge pertinent, ou d'ajouter une référence aux documents ou autres éléments de preuve qu'il présentera à l'appui de sa demande reconventionnelle. Il est proposé que ceci s'applique également à une demande présentée par le défendeur aux fins de compensation.

8. En ce qui concerne le paragraphe 2, l'analogie est double. Dans le premier cas, il s'agit d'une véritable analogie avec la demande, c'est-à-dire que le défendeur peut modifier ou compléter sa demande reconventionnelle, sauf si le tribunal arbitral juge inapproprié d'autoriser ladite modification pour l'une quelconque des raisons énumérées au paragraphe 2. Dans le deuxième cas, plus fondamental, il s'agit de savoir si le défendeur est autorisé à "modifier ou compléter" ses défenses en introduisant à un stade ultérieur une demande reconventionnelle ou une demande de compensation. On notera que dans les deux cas la restriction susmentionnée du champ d'application de la convention d'arbitrage s'applique.

* * *

Article 24. *Procédure orale et procédure écrite*

1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral décide si la procédure se déroulera sur pièces ou si elle doit comporter des phases orales.

2) Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, si une partie en fait la demande, le tribunal arbitral organise, au stade approprié de la procédure arbitrale, une procédure orale pour la production de preuves par témoins, y compris des experts, ou pour l'exposé oral des arguments.

3) Les parties recevront, suffisamment longtemps à l'avance notification de toutes audiences et de toutes réunions du tribunal arbitral tenues aux fins d'examen.

4) Toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées à l'autre partie. Tout rapport d'expert ou autre document sur lequel le tribunal pourrait s'appuyer pour statuer doit également être communiqué aux parties.

Références

A/CN.9/216, par. 57
A/CN.9/232, par. 107 à 111, 113
A/CN.9/245, par. 80 à 83
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 74 à 80

[70]Commentaire de l'article 16, par. 5, et note 54.

Commentaire

Procédures avec ou sans phase orale, paragraphes 1 et 2

1. Les paragraphes 1 et 2 traitent d'une importante question de procédure : doit-il y avoir une phase orale ou non et, d'une manière moins fréquente, la procédure arbitrale doit-elle être conduite exclusivement sur la base de documents et d'autres pièces (c'est-à-dire en tant que "procédure écrite") ? Conformément au paragraphe 1, le tribunal arbitral décide de cette question[71] sous réserve d'une convention contraire des parties et sous réserve du paragraphe 2, lequel devrait, par conséquent, être commenté en même temps que le paragraphe 1. Afin de permettre une meilleure compréhension de l'interaction de ces deux paragraphes, on peut utilement distinguer entre trois situations.

2. La première situation est celle dans laquelle les parties sont convenues qu'un exposé ou une procédure oraux seront possibles pour la présentation des preuves, soit à la demande de l'une ou l'autre des parties, soit même en l'absence d'une telle demande. Dans ce cas, probablement peu fréquent, le tribunal arbitral aurait à se soumettre à cette convention, bien que l'on puisse conclure d'une interprétation littérale de la formule "nonobstant les dispositions du paragraphe 1" que, même dans un tel cas, le tribunal arbitral serait libre de donner suite ou non à toute demande d'une partie à cet effet.

3. La deuxième situation est celle dans laquelle les parties sont convenues d'une procédure écrite. Dans un tel cas, probablement encore moins fréquent que le premier, le tribunal arbitral aurait à se soumettre au vœu des parties (par. 1). Cependant, si une partie demandait ultérieurement une phase orale, le paragraphe 2 habiliterait le tribunal arbitral à ne pas tenir compte de la convention initiale des parties et, usant de son pouvoir discrétionnaire, à tenir une audience au moment opportun de la procédure[72]. Le raisonnement qui sous-tend ce choix est que le droit d'une partie d'exiger une audience est d'une telle importance, comme le souligne le paragraphe 3 de l'article 19, que les parties ne devraient pas être autorisées à l'exclure par convention, même si, en revanche, il est souhaitable de prévoir un certain contrôle du tribunal arbitral de manière à éviter tout abus de ce droit à des fins dilatoires ou d'obstruction.

4. La troisième situation est celle dans laquelle les parties n'ont rien stipulé en ce qui concerne le mode de procédure. Dans un tel cas, apparemment le plus courant des trois cas envisagés, le tribunal arbitral serait libre, en vertu du paragraphe 1, de décider d'organiser ou non une phase orale. Conformément au paragraphe 2, il conserverait ce droit même si une partie demandait la tenue d'une audience. Il est suggéré que cette dernière règle, qui semble résulter d'une négligence dans l'élaboration du texte[73], soit réexaminée, car on peut estimer qu'il y a une discordance avec le paragraphe 3 de l'article 19. D'après le texte tel qu'il se présente actuellement, une partie n'aurait le droit fondamental de faire valoir ses droits ou de présenter ses preuves dans une procédure orale, sans que le tribunal arbitral ait le pouvoir d'intervenir, que si cela était stipulé dans l'accord entre les parties, ce qui, comme on l'a indiqué ci-dessus, est rarement le cas et ne devrait pas être rendu nécessaire par la Loi type.

5. En ce qui concerne le détail du paragraphe 2, on notera que la formule "une procédure orale pour la production de preuves ... ou pour l'exposé oral des arguments" a été adoptée sous cette forme très générale de manière intentionnelle. La formule "production de preuves" est destinée à couvrir tous les types possibles de preuves reconnus dans les divers systèmes juridiques et potentiellement recevables conformément aux paragraphes 1 ou 2 de l'article 19, par exemple, témoignage, avis d'expert, contre-interrogatoire des témoins, témoignage et contre-interrogatoire d'une partie[74]. La formule "exposé oral des arguments" est destinée à couvrir les arguments portant non seulement sur le fond du différend, mais également sur des questions de procédure[75].

Notification faite suffisamment longtemps à l'avance, paragraphe 3

6. Le paragraphe 3 assure, sur un certain point, le respect des principes du paragraphe 3 de l'article 19 en stipulant que les parties recevront, suffisamment longtemps à l'avance, notification de toutes audiences et de toutes réunions du tribunal arbitral tenues aux fins d'examen des marchandises, autres biens ou documents. L'obligation de notifier est fondamentale dans la mesure où elle permet aux parties de participer pleinement à la procédure et de préparer et de présenter leur affaire. Elle est également fondamentale dans la mesure où elle constitue un préalable, fondé sur le principe de l'équité, à la poursuite de la procédure en cas de défaut d'une des parties, cas prévu à l'alinéa *c* de l'article 25.

7. Cette disposition se contentant de faire d'un principe une obligation fondamentale, elle ne traite pas des détails, par exemple à qui incombe-t-il de notifier les parties (au tribunal arbitral, à l'arbitre-président, au secrétaire du tribunal ou à l'institution arbitrale) ? Elle ne fixe pas non plus de délai, eu égard à la grande diversité des cas pouvant se présenter. Aussi, si un délai est convenu par les parties, notamment par référence à un règlement d'arbitrage, une telle convention (confor-

[71]Sur le plan pratique, le mot "décision" ne signifie pas que le tribunal arbitral aurait à rendre une "ordonnance" sur cette question durant les premiers stades de l'arbitrage, ordonnance qui s'imposerait pour toute la procédure. On entend plutôt un pouvoir discrétionnaire permanent de déterminer, compte tenu de l'évolution de l'affaire, si une phase orale est nécessaire ou du moins souhaitable.

[72]Dans le texte anglais figurant en annexe au document A/CN.9/246 et Corr.1, on trouve la formule "any appropriate stage" (tout stade approprié). Toutefois, ainsi qu'il ressort clairement du paragraphe 75 de ce rapport, il s'agit d'une faute typographique. La formule correcte est la suivante : "an appropriate stage" (au stade approprié).

[73]Il ressort du rapport de la septième session du Groupe de travail (A/CN.9/246 et Corr.1, par. 77 et 78) que la discussion a surtout traité la deuxième situation et que l'avis qui a prévalu en l'occurrence, à savoir qu'il était souhaitable que le tribunal arbitral dispose d'un certain pouvoir de contrôle, a été étendu par inadvertance à la troisième situation.

[74]En ce qui concerne l'audition et l'interrogatoire d'un expert nommé par le tribunal arbitral, voir le paragraphe 2 de l'article 6.

[75]A/CN.9/245, par. 81.

mément au paragraphe 1 de l'article 19) risque de ne pas être applicable, car elle ne prévoit pas une notification effectuée "suffisamment" longtemps à l'avance.

Communication des pièces, paragraphe 4

8. Le paragraphe 4 applique lui-aussi d'une certaine manière les principes énoncés au paragraphe 3 de l'article 19 en stipulant que chaque partie recevra copie de toute communication faite par l'autre partie au tribunal arbitral, ainsi que de tout rapport d'expert ou autre document sur lequel le tribunal pourrait s'appuyer pour statuer. Il est suggéré que l'expression "autre document" désigne toute pièce de nature similaire, c'est-à-dire ayant caractère de moyen de preuve (par exemple un bulletin météorologique ou une cote des changes pour un jour donné).

9. Le paragraphe 4 s'appuie sur un principe fondamental selon lequel les deux parties doivent avoir pleinement accès à l'information, sur un pied d'égalité. Il n'entre pas dans les détails, par exemple en précisant à qui il incombe de communiquer tout déclaration, rapport, document ou autres renseignements à la partie qui doit en être informée. Il nous semble, cependant que, dans les cas couverts par la première phrase du paragraphe 4, le tribunal arbitral (ou l'institution qui organise l'arbitrage) a le devoir soit de veiller à ce qu'une partie donne copie des pièces à l'autre partie, soit de communiquer lui-même l'exposé ou le document d'une partie à l'autre partie.

* * *

Article 25. *Défaut d'une partie*

Sauf convention contraire des parties, si, sans invoquer d'empêchement légitime,

a) Le demandeur ne présente pas sa demande conformément à l'article 23 1), il est mis fin à la procédure arbitrale;

b) Le défendeur ne présente pas ses défenses conformément à l'article 23 1), le tribunal arbitral poursuit la procédure arbitrale sans considérer ce défaut comme une acceptation des allégations du demandeur;

c) L'une des parties omet de comparaître à l'audience ou de produire des documents, le tribunal arbitral peut poursuivre la procédure et statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose.

Références

A/CN.9/216, par. 71
A/CN.9/232, par. 124 à 131
A/CN.9/245, par. 86
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 81 à 84

Commentaire

1. L'article 25 traite des cas où une partie, en particulier le défendeur, ne joue pas son rôle dans la procédure en dépit de l'engagement qu'elle avait pris de se soumettre à l'arbitrage. Cette disposition, qui est non impérative, énonce les conséquences de ce défaut et garantit par conséquent l'application de la convention conclue par les parties.

2. L'article 25 contribuerait particulièrement à l'harmonisation souhaitée des textes du droit interne relatif à l'arbitrage compte tenu que certains droits étatiques ne reconnaissent pas les sentences par défaut. Il va de soi que ces Etats ne seraient pas les seuls à ne pas reconnaître une telle sentence s'ils n'étaient pas convaincus que les conditions fondamentales d'équité ont été respectées. Aussi la Loi type prévoit-elle, pour garantir la bonne marche de la procédure, que la partie défaillante doit avoir été convoquée ou notifiée suffisamment longtemps à l'avance et qu'elle a fait défaut sans justification suffisante.

3. Ces garanties de procédure revêtent une importance particulière dans les cas traités aux alinéas *b* et *c* de l'article 25, lorsque le tribunal arbitral est habilité à poursuivre la procédure et à prononcer sa sentence. Cependant, par souci d'exhaustivité, l'article 25 couvre aussi le cas où une partie engagerait la procédure arbitrale, mais ne présenterait pas sa demande (alinéa *a* de l'article 25); dans un tel cas, il serait mis fin à la procédure arbitrale.

4. Quant à la non-présentation par le défendeur de ses défenses, l'alinéa *b* de l'article 25 garantit que l'arbitrage ne sera pas entravé par une telle défaillance. Il stipule que le tribunal arbitral poursuit la procédure "sans considérer ce défaut comme une acceptation des allégations du demandeur". Cette règle relative à l'évaluation du défaut du défendeur semble utile, car, dans de nombreux textes du droit interne relatifs à la procédure civile, le défaut du défendeur pendant la procédure est considéré comme une acceptation des allégations du demandeur. Cependant, ceci ne signifie pas que le tribunal arbitral n'aurait pas le pouvoir de décider de la manière appropriée d'évaluer ce défaut et serait tenu de le considérer comme un refus total de la demande et de tous les éléments sur lesquels elle s'appuie.

5. En ce qui concerne la non-comparution à une audience ou la non-production de documents, l'alinéa *c* de l'article 25 autorise le tribunal arbitral à poursuivre la procédure et à statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose. Dans la pratique, cela inclut le droit de ne pas recevoir ou de rejeter toute preuve littérale présentée par la partie défaillante après le délai octroyé pour la présentation de telles preuves. En outre, le tribunal arbitral est en droit de tirer des conclusions de la non-production par une partie de tout élément de preuve requis. Bien que la disposition ne l'énonce pas de manière expresse, pour la "non-comparution à l'audience", on part du principe que la partie en cause a été notifiée suffisamment longtemps à l'avance (par. 3 de l'article 24), et pour "la non-production de documents", on s'appuie sur l'hypothèse que la partie en question a été priée de le faire dans un délai donné raisonnable, conformément aux principes fondamentaux énoncés au paragraphe 3 de l'article 19.

* * *

Article 26. *Expert nommé par le tribunal arbitral*

1) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral

a) Peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport sur les points précis qu'il déterminera;

b) Peut demander à une partie de fournir à l'expert tous renseignements appropriés ou de lui soumettre ou de lui rendre accessibles, aux fins d'examen, toutes pièces ou toutes marchandises ou autres biens pertinents.

2) Sauf convention contraire des parties, si une partie en fait la demande ou si le tribunal arbitral le juge nécessaire, l'expert, après présentation de son rapport écrit ou oral, participe à une audience à laquelle les parties peuvent l'interroger et faire venir en qualité de témoins des experts qui déposent sur les questions litigieuses.

Références

A/CN.9/216, par. 63 et 64
A/CN.9/232, par. 105, 114 à 118
A/CN.9/245, par. 80 et 81, 84 et 85
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 85 à 89

Commentaire

1. L'article 26 traite des experts nommés par le tribunal arbitral; il ne traite pas des experts qui peuvent témoigner à la demande de l'une ou l'autre des parties. Le paragraphe 1 donne au tribunal arbitral le droit implicite, c'est-à-dire sans autorisation expresse des parties, de nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport sur des points précis, et d'ordonner à une partie de coopérer comme il convient avec ledit expert.

2. Cette disposition étant non impérative, les parties peuvent refuser ce droit au tribunal arbitral. Cela signifierait que le tribunal arbitral aurait à trancher le différend sans avoir pu obtenir l'expertise nécessaire, dont il est lui-même démuni. Même si les candidats à l'arbitrage risquent d'être peu nombreux dans de telles conditions, la solution retenue par le paragraphe 1 a été adoptée en raison de l'importance suprême qu'a l'autonomie des parties (et des considérations pratiques qui lui sont sous-jacentes, à savoir que les parties sont mieux à même de juger par quels moyens leur différend doit être réglé, qu'elles devront rémunérer tout expert désigné et qu'elles sont suffisamment sages pour ne pas placer leurs arbitres dans un dilemme du type décrit ci-dessus). C'est également pour cette raison que les parties peuvent écarter ce droit à tout moment au cours de la procédure et non pas seulement, ainsi que le suggérait le précédent projet, avant la nomination du premier arbitre[76].

3. L'article 26, comme la plupart des dispositions de la Loi type concernant la conduite de la procédure arbitrale, constitue une déclaration de principe n'entrant pas dans le détail, à la différence des règlements d'arbitrage. Le paragraphe 2 n'échappe pas à cette règle car il garantit un droit de procédure fondamental, qui est une autre application pratique des principes énoncés au paragraphe 3 de l'article 19. Les parties ont la possibilité d'interroger l'expert, après qu'il a remis son rapport écrit ou fait son exposé oral, et de demander à des experts de témoigner sur les points litigieux. Cette possibilité peut s'exercer lors d'une audience que le tribunal arbitral doit organiser si l'une ou l'autre des parties en fait la demande, ou qu'il peut organiser de son propre chef s'il le juge nécessaire.

* * *

Article 27. *Assistance des tribunaux pour l'obtention de preuves*

1) Dans une procédure arbitrale menée dans le présent Etat ou en vertu de la présente Loi, le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander à un tribunal compétent du présent Etat une assistance pour l'obtention de preuves. La demande précise :

a) Les noms et adresses des parties et des arbitres;

b) La nature générale de l'action et l'objet de la demande;

c) Les preuves à obtenir, en particulier

i) Le nom et l'adresse de toute personne devant être entendue comme témoin ou comme expert en précisant l'objet du témoignage demandé;

ii) Des renseignements complets sur tout document à produire ou tout bien à inspecter.

2) Le tribunal peut, dans les limites de sa compétence et conformément aux règles relatives à l'obtention de preuves, satisfaire à cette demande soit en recueillant lui-même les preuves, soit en ordonnant que les preuves soient fournies directement au tribunal arbitral.

Références

A/CN.9/216, par. 61 et 62
A/CN.9/233, par. 31 à 37
A/CN.9/245, par. 37 à 46
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 90 à 101

Commentaire

Objet de cette disposition

1. L'article 27 demande aux tribunaux de prêter leur concours pour l'obtention de preuves, en particulier en rendant obligatoire la comparution d'un témoin, la production d'un document ou l'accès à un bien pour inspection. Cette assistance, bien que rarement demandée dans la pratique et parfois uniquement à des fins dilatoires, est jugée utile compte tenu que le tribunal

[76] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 87.

arbitral, conformément à la Loi type et à la plupart des lois en vigueur, n'a pas de pouvoir coercitif[77].

2. L'article 27 a une portée qui s'étend au-delà de la procédure arbitrale dans la mesure où il ne se contente pas de régir la recevabilité ou le fonctionnement d'une demande d'assistance des tribunaux. En fait, il ajoute à cette demande l'idée que le droit national, dans certaines circonstances, prévoit l'assistance des tribunaux. L'article 27 est conçu pour modifier, par exemple, une loi nationale prévoyant une assistance judiciaire accordée à d'autres tribunaux mais pas aux tribunaux arbitraux, sans toutefois entrer en conflit avec les dispositions de la loi de procédure civile relatives à l'obtention des preuves et à l'organisation du système judiciaire et notamment aux problèmes de compétence.

Champ d'application territorial de cette disposition

3. L'assistance par les tribunaux de l'Etat adoptant la Loi type est prévue pour toute procédure arbitrale "menée dans le présent Etat ou en vertu de la présente Loi" (par. 1). On peut imaginer que ce double critère serait retenu si la Commission décidait d'entériner l'autonomie des parties par rapport à la loi de procédure applicable[78]. Le critère "dans le présent Etat" s'étendrait alors à la procédure arbitrale tenue conformément à une loi autre que la Loi type, et le critère "en vertu de la présente Loi" s'appliquerait aux arbitrages menés ailleurs en application de la loi du "présent Etat". On estime, cependant, qu'il serait plus approprié de n'utiliser que le critère général que la Commission souhaitera peut-être adopter pour l'applicabilité de la Loi type, auquel cas il ne serait peut-être pas nécessaire de préciser le champ d'application territorial à l'article 27.

4. Ce point de détail est moins important toutefois que l'observation selon laquelle l'article 27 est fondamentalement limité aux arbitrages menés dans "le présent Etat"; contrairement aux précédents projets de dispositions, cet article n'envisage ni l'assistance aux arbitrages étrangers, ni les demandes adressées aux tribunaux étrangers en vertu de la Loi type[79]. Cette limitation résulte d'un compromis entre ceux qui prônent une assistance judiciaire internationale et ceux qui sont opposés à toute disposition relative à l'assistance judiciaire[80].

Demande d'assistance, paragraphe 1, et son exécution, paragraphe 2

5. Le paragraphe 1 prévoit que l'assistance serait rendue par un "tribunal compétent" qui ne serait pas nécessairement le tribunal désigné conformément à l'article 6 car sa compétence peut-être fondée, par exemple, sur le lieu de résidence du témoin à entendre ou l'emplacement du bien à inspecter. Une demande d'assistance judiciaire peut être faite par le tribunal arbitral ou par l'une ou l'autre des parties avec l'approbation du tribunal arbitral. Bien que l'obtention de preuves puisse être considérée comme relevant strictement des parties, la participation du tribunal arbitral conduirait à prévenir toute pratique dilatoire de l'une ou l'autre des parties. Le paragraphe 1 énumère les éléments qui doivent figurer dans la demande d'assistance, sans entrer dans le détail de la forme ou de la procédure.

6. Le paragraphe 2 met en œuvre l'idée précédemment mentionnée selon laquelle on attend des tribunaux qu'ils apportent leur concours, sans entrer en conflit avec le droit national en matière de compétence et d'organisation judiciaire (voir ci-dessus, par. 2). Le tribunal peut, dans le cadre de sa compétence et conformément à ses règles d'obtention des preuves, satisfaire la demande selon l'une ou l'autre des deux manières ci-après : il peut rassembler lui-même les éléments de preuve (par exemple entendre les témoins, obtenir un document ou obtenir l'accès aux biens et, sauf lorsque les arbitres et les parties sont présents, communiquer les résultats au tribunal arbitral), ou il peut ordonner que les éléments de preuve soient communiqués directement au tribunal arbitral, auquel cas la participation du tribunal est limitée à l'exercice de la contrainte.

* * *

CHAPITRE VI. PRONONCÉ DE LA SENTENCE ET CLÔTURE DE LA PROCÉDURE

Article 28. *Règles applicables au fond du différend*

1) Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un Etat donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet Etat et non ses règles de conflit de lois.

2) A défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

3) Le tribunal arbitral statue *ex aequo et bono* ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé.

Références

A/CN.9/216, par. 84 à 94
A/CN.9/232, par. 158 à 170
A/CN.9/245, par. 93 à 100
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 102 à 104

[77]Dans les cas où les éléments de preuve sont en la possession ou sous le contrôle d'une partie, le tribunal arbitral peut exercer une certaine pression en manifestant son intention d'appliquer la "sanction" prévue à l'alinéa *c* de l'article 25; voir le commentaire de l'article 25, par. 5.

[78]Pour la question du champ d'application territorial de la Loi type en général, voir le commentaire de l'article premier, par. 4 à 6.

[79]A/CN.9/233, par. 36; A/CN.9/245, par. 37, 42 à 46; A/CN.9/246 et Corr.1, par. 90 et 91, 95 et 96.

[80]On a avancé sur ce point que l'assistance judiciaire aux tribunaux arbitraux étrangers ou l'assistance de tribunaux étrangers pour l'obtention de preuves ne pourrait pas être traitée de manière satisfaisante dans une loi type et on a suggéré qu'il serait peut-être souhaitable d'élaborer des règles sur l'assistance judiciaire internationale soit dans une convention distincte, soit en élargissant la portée d'une convention existante, cette suggestion pouvant éventuellement être examinée ultérieurement par la Commission dans le cadre de ses travaux (A/CN.9/233, par. 37; A/CN.9/245, par. 43 et 44).

Commentaire

1. L'article 28 traite de la question de savoir quelle législation ou quelles règles le tribunal arbitral devra appliquer au fond du différend. Cette question, qu'il ne faut pas confondre avec la question de la loi applicable à la procédure arbitrale ou à la convention d'arbitrage, est souvent traitée dans les conventions et les textes du droit interne consacrés au droit international privé ou aux conflits de lois. Toutefois, elle est parfois couverte par le droit interne sur l'arbitrage et souvent aussi par les conventions et les règlements d'arbitrage.

2. La Loi type suit cette dernière pratique dans le but d'énoncer des principes directeurs sur ce point important et de répondre aux besoins de l'arbitrage commercial international. Elle adopte la même politique que pour les questions de procédure en octroyant aux parties une totale autonomie de décision (y compris l'option de l'amiable composition) et, lorsque les parties ne peuvent pas se mettre d'accord, en laissant au tribunal arbitral le soin d'effectuer le choix en question.

Liberté des parties de choisir les "règles de droit" applicables au fond du différend, paragraphe 1

3. La disposition du paragraphe 1 selon laquelle le différend sera tranché conformément aux règles de droit choisies par les parties est intéressante sur deux points. Le premier est la reconnaissance ou la garantie de l'autonomie des parties, qui à l'heure actuelle est largement, mais pas encore uniformément acceptée. Le paragraphe 1 de l'article 28 pourrait favoriser la reconnaissance universelle de cette autonomie et contribuer à surmonter les restrictions existantes telles que le lien organique de ces règles avec le pays dont la loi a été retenue.

4. Le deuxième point est la liberté de choisir des "règles de droit" et pas simplement une "législation" qui pourrait être interprétée comme renvoyant au système juridique d'un seul Etat donné. Ceci élargit le choix qu'ont les parties et leur permet, par exemple, de décider que s'appliqueront à leur cas des règles appartenant à plus d'un système juridique, y compris des règles de droit élaborées au niveau international[81]. L'adoption de cette formule, que l'on ne trouve jusqu'à présent que dans la Convention de Washington de 1965 (art. 42) et dans les récentes législations sur l'arbitrage international promulguées par la France (art. 1496 du nouveau Code de procédure commerciale) et par Djibouti (art. 12), constitue un progrès, visant à répondre aux besoins et aux intérêts des parties aux transactions commerciales internationales. Une règle d'interprétation utile y figure pour les affaires dans lesquelles les parties choisissent le droit ou le système juridique d'un Etat donné.

[81]Il convient de signaler, afin de faciliter l'interprétation de l'expression "règles de droit" et d'en définir les limites, que certains représentants auraient préféré une interprétation ou une formule encore plus large, qui inclurait, par exemple, les principes généraux du droit ou le droit jurisprudentiel en matière de sentence arbitrale, mais le Groupe de travail est convenu que ce serait aller trop loin et que de nombreux Etats n'accepteraient pas cette solution, du moins pas dans l'immédiat (A/CN.9/245, par. 94).

Détermination des règles juridiques de fond par le tribunal arbitral, paragraphe 2

5. Le paragraphe 2 traduit une approche plus prudente dans la mesure où il ne stipule pas, ce qui serait conforme au paragraphe 1, que le tribunal arbitral appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées. Au lieu de cela, il exige du tribunal arbitral qu'il applique une règle de conflit de lois, à savoir celle qu'il juge applicable, afin de déterminer la loi applicable au fond du différend.

6. La disparité qui en résulte peut être considérée comme acceptable compte tenu que le paragraphe 1 est destiné aux parties, qui sont libres de tirer avantage de son champ d'application plus étendu, alors que le paragraphe 2 est destiné au tribunal arbitral et n'est appliqué que si les parties n'ont pas fait leur choix. A ce propos, les parties peuvent convenir d'étendre la portée du choix opéré par le tribunal arbitral, de même qu'elles sont libres de la limiter, par exemple en excluant une ou plusieurs lois nationales données. Mais il convient avant tout de juger le paragraphe 2 sur ses mérites propres. A ce propos, on notera qu'il est en parfaite harmonie avec la Convention de Genève de 1961 [art. VII 1)] et avec divers règlements d'arbitrage fréquemment utilisés [art. 13 3) du Règlement de la CCI, art. 33 1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI], qui reconnaissent tous l'intérêt qu'ont les parties à avoir une idée relativement précise de la loi qui sera choisie par le tribunal arbitral.

Autorisation expresse de l'"amiable composition", paragraphe 3

7. Les règlements d'arbitrage stipulent souvent que les parties peuvent autoriser le tribunal arbitral à statuer en qualité d'amiable compositeur, sous réserve, cependant, que cet arbitrage soit autorisé par la loi applicable à la procédure arbitrale. Le paragraphe 3 de l'article 28 accorde cette liberté et, par conséquent, donne effet à une autorisation expresse des parties en vertu de laquelle le tribunal arbitral décide *ex aequo et bono*, ainsi que ce type d'arbitrage est désigné dans certains systèmes juridiques, ou, en qualité d'amiable compositeur, dénomination employée dans d'autres systèmes juridiques.

8. Bien que ce type d'arbitrage ne soit pas connu dans tous les systèmes juridiques, son inclusion dans la Loi type semble opportune pour les raisons énumérées ci-après. Il est judicieux de concilier diverses caractéristiques et pratiques de l'arbitrage, même si elles ne sont connues que de certains systèmes juridiques. Cela est judicieux non seulement parce qu'il serait contraire à la finalité de la Loi type de négliger ou même de proscrire certaines pratiques établies, mais aussi parce que cela est conforme au principe d'une réduction de l'importance du lieu de l'arbitrage par la reconnaissance de types d'arbitrage qui y sont peu usités ou même inconnus. Enfin, cette reconnaissance n'entraîne aucun risque pour une partie imprévoyante qui ne serait pas habituée à ce type d'arbitrage, car une autorisation expresse des parties est exigée.

9. On ne s'efforce pas dans la Loi type de définir ce type d'arbitrage, car il se présente sous des formes diverses et souvent vagues. Il est suggéré, toutefois, que les parties puissent, dans leur autorisation, se montrer plus précises, dans la mesure où elles le souhaitent, soit en faisant référence à un type d'amiable composition mis en place dans un système juridique particulier, soit en arrêtant des règles ou des principes directeurs et, par exemple, en exigeant un règlement juste et équitable dans les limites de l'ordre public international de leurs deux Etats.

Pertinence des stipulations du contrat et des usages commerciaux

10. L'article 28 ne demande pas expressément au tribunal arbitral de statuer conformément aux stipulations du contrat et de tenir compte des usages commerciaux applicables à la transaction. Cependant, cela ne signifie pas que la Loi type doive négliger ou limiter l'importance du contrat et des usages commerciaux.

11. Cela ressort clairement des divers arguments avancés au cours des débats du Groupe de travail, qui a décidé de ne pas retenir une telle disposition[82]. En ce qui concerne la référence aux stipulations du contrat, on a avancé que cette référence ne devait pas figurer dans un article traitant de la loi applicable au fond du différend et qu'elle n'était pas nécessaire dans une loi sur l'arbitrage (même si elle était appropriée dans un règlement d'arbitrage) ou qu'elle pouvait être source d'erreurs, lorsque les stipulations du contrat étaient en conflit avec les dispositions impératives de la loi ou n'exprimaient pas la volonté réelle des parties. Pour ce qui est de la référence aux usages du commerce, les problèmes étaient dus au fait que leurs effets et leur statut juridique n'étaient pas uniformes dans tous les systèmes juridiques. Par exemple, ils peuvent faire partie de la loi applicable, auquel cas ils seraient déjà couverts par le paragraphe 1 ou 2 de l'article 28. Enfin, il était difficile de trouver une formulation satisfaisante, en particulier de choisir entre la formule du règlement d'arbitrage de la CNUDCI [art. 33, alinéa 3)] ou celle de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980, art. 9).

* * *

Article 29. *Prise de décisions par plusieurs arbitres*

Dans une procédure arbitrale comportant plus d'un arbitre, toute décision du tribunal arbitral est, sauf convention contraire des parties, prise à la majorité de tous ses membres. Toutefois, les parties ou le tribunal arbitral peuvent autoriser l'arbitre-président à trancher les questions de procédure.

Références

A/CN.9/216, par. 76 et 77
A/CN.9/232, par. 136 à 140
A/CN.9/245, par. 101 à 104
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 105 à 108

[82] A/CN.9/245, par. 99; A/CN.9/232, par. 164.

Commentaire

1. L'article 29 traite d'un aspect important de la prise de décisions dans les cas courants où le tribunal arbitral est composé de plus d'un arbitre (en particulier de trois arbitres). Laissant de côté divers aspects liés à la manière dont une décision est prise, l'article 29 adopte le principe de la majorité pour toute sentence ou autre décision du tribunal arbitral, avec une exception toutefois pour les questions de procédure qui, par souci de rapidité et d'efficacité, peuvent être tranchées par l'arbitre-président s'il en a reçu l'autorisation des parties ou du tribunal arbitral.

2. Le principe de la majorité est, par rapport à l'exigence de l'unanimité, plus à même de permettre que les décisions nécessaires soient prises afin d'aboutir au règlement définitif du différend. Ce principe, qui est également adopté pour les signatures devant figurer sur la sentence (par. 1 de l'article 31) ne signifie pas, cependant, qu'il n'est pas nécessaire que tous les arbitres participent aux délibérations ou du moins aient la possibilité de le faire.

3. L'article 29 étant non impératif, les parties peuvent fixer des conditions différentes. Par exemple, en cas d'impossibilité d'arriver à une majorité, elles peuvent octroyer à l'arbitre-président une voix prépondérante ou le droit de trancher comme s'il était arbitre unique. Les parties peuvent aussi, pour les décisions relatives à des quantités, prévoir une formule selon laquelle le montant arrêté serait calculé sur la base des différents votes des arbitres.

* * *

Article 30. *Règlement par accord des parties*

1) Si, durant la procédure arbitrale, les parties s'entendent pour régler le différend, le tribunal arbitral met fin à la procédure arbitrale et, si les parties lui en font la demande et s'il n'y voit pas d'objection, constate le fait par une sentence arbitrale rendue par accord des parties.

2) La sentence d'accord des parties est rendue conformément aux dispositions de l'article 31 et mentionne le fait qu'il s'agit d'une sentence. Une telle sentence a le même statut et le même effet que toute autre sentence prononcée sur le fond de l'affaire.

Références

A/CN.9/216, par. 95 à 97
A/CN.9/232, par. 171 à 176
A/CN.9/245, par. 105 à 107
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 109 et 110

Commentaire

1. L'article 30 traite du cas, heureusement assez fréquent, où les parties elles-mêmes règlent le différend pendant la procédure arbitrale, ce à quoi elles sont souvent incitées par la procédure arbitrale elle-même. Afin de rendre cet accord de règlement applicable, il est

nécessaire, dans la quasi-totalité des systèmes juridiques, de lui donner la forme d'une sentence arbitrale.

2. Le tribunal arbitral rend la sentence d'accord des parties, si les parties lui en font la demande et s'il n'y voit pas d'objection. Cette première condition s'appuie sur l'idée que les risques d'injustice sont moins grands lorsque l'on requiert une demande faite par les deux parties, et non pas par une seule partie, qui pourrait y avoir un intérêt particulier, car un règlement peut être ambigu ou soumis à des conditions qui risquent de ne pas apparaître au tribunal arbitral. La deuxième condition se fonde sur l'idée que le tribunal arbitral, même s'il répond généralement favorablement à une telle demande, ne devrait pas être tenu de le faire dans toutes les circonstances (par exemple lorsque l'on soupçonne une fraude, ou lorsque les conditions de règlement sont illicites ou totalement inéquitables).

3. Conformément au paragraphe 2, la sentence d'accord des parties doit être traitée comme toute autre sentence prononcée sur le fond de l'affaire, en ce qui concerne non seulement sa forme et son contenu (art. 31), mais aussi son statut et ses effets.

* * *

Article 31. *Forme et contenu de la sentence*

1) La sentence est rendue par écrit et signée par l'arbitre ou les arbitres. Dans la procédure arbitrale comprenant plusieurs arbitres, les signatures de la majorité des membres du tribunal arbitral suffisent, pourvu que soit mentionnée la raison de l'omission des autres.

2) La sentence est motivée, sauf si les parties sont convenues que tel ne doit pas être le cas ou s'il s'agit d'une sentence rendue par accord des parties conformément à l'article 30.

3) La sentence mentionne la date à laquelle elle est rendue ainsi que le lieu de l'arbitrage déterminé conformément à l'article 20 1). La sentence est réputée avoir été rendue audit lieu.

4) Après le prononcé de la sentence, une copie signée par les arbitres conformément au paragraphe 1 du présent article en est remise à chacune des parties.

Références

A/CN.9/216, par. 78 à 80, 100 à 102, 105
A/CN.9/232, par. 141 à 145, 184 à 186
A/CN.9/245, par. 108 à 116
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 111 et 112

Commentaire

Sentence rendue par écrit et signée, paragraphe 1

1. Afin d'éviter toute incertidude, la sentence arbitrale est rendue par écrit et signée par l'arbitre ou les arbitres. Cependant, conformément à la disposition sur la prise de décisions par plusieurs arbitres (art. 29)[83], les signatures de la majorité de tous les membres du tribunal arbitral suffisent, pourvu que soit mentionnée la raison de toute omission.

2. Cette réserve est certainement utile dans les cas où, après que la sentence a été rédigée, un arbitre meurt, devient physiquement incapable de signer ou ne peut plus être joint. Toutefois, lorsqu'un arbitre refuse de signer, cette réserve risque d'être contestée par ceux qui sont strictement opposés à ce que l'on révèle qu'une sentence a été rendue à l'unanimité ou qu'un arbitre s'en est dissocié. De l'autre côté, on trouve ceux qui, s'appuyant sur leur système et leur pratique juridiques, voudraient même que la Loi type contienne une disposition autorisant l'arbitre dissident à donner son opinion. La Commission voudra peut-être se prononcer sur le fait de savoir si l'obligation de donner la raison pour laquelle une signature a été omise devrait être maintenue dans cette disposition et si la Loi type devrait se prononcer sur la question distincte des opinions dissidentes, c'est-à-dire soit autoriser d'une manière générale, soit interdire d'une manière générale que ce type d'opinion soit émis. A l'heure actuelle, on estime que cette question relève du paragraphe 1 ou du paragraphe 2 de l'article 19 en tant que question liée à la conduite de la procédure.

Exposé des motifs, paragraphe 2

3. La pratique consistant à exposer les motifs sur lesquels est fondée la sentence est plus courante dans certains systèmes juridiques que dans d'autres et elle varie d'un système d'arbitrage à l'autre. Au paragraphe 2, on a retenu une solution adaptée à une telle diversité en exigeant que les motifs soient exposés, mais en autorisant les parties à lever cette exigence. Une convention des parties à cette fin sera normalement expresse et devra se référer à la règle d'arbitrage prévoyant une telle renonciation, mais elle peut également être implicite, par exemple en cas de soumission d'un différend à un système d'arbitrage permanent dont on sait qu'il n'a pas pour pratique de motiver ses sentences. Il en irait de même pour une solution intermédiaire retenue par certains systèmes, consistant par exemple à exposer les motifs dans un document séparé et confidentiel.

Date et lieu de la sentence, paragraphe 3

4. La date et le lieu de la sentence revêtent une importance considérable à divers titres, notamment, en ce qui concerne la procédure, pour la reconnaissance et l'exécution et pour d'éventuels recours contre la sentence. Le paragraphe 3 stipule donc que la sentence mentionne la date à laquelle elle est rendue, ainsi que le lieu de l'arbitrage, qui est réputé être le lieu de la sentence.

[83] La Commission souhaitera peut-être examiner la possibilité d'établir une correspondance totale avec l'article 29, en alignant les conditions requises en matière de signature sur tout système convenu autre que la décision à la majorité (voir le commentaire de l'article 29, par. 3).

5. Cette présomption, qui doit être considérée comme irréfragable[84], se fonde sur le principe que la sentence est rendue au lieu de l'arbitrage déterminé conformément au paragraphe 1 de l'article 20. Elle tient également compte du fait que le prononcé de la sentence est un acte juridique qui, dans les faits, n'est pas nécessairement un acte unique, mais peut par exemple être effectué dans le cadre de délibérations en divers lieux, par téléphone ou par courrier.

Remise de la sentence, paragraphe 4

6. Le paragraphe 4 stipule qu'une copie signée de la sentence est remise à chacune des parties. La réception de cette copie est un fait significatif, par exemple en tant que "réception de la sentence" aux fins des paragraphes 1 et 3 de l'article 33 et du paragraphe 3 de l'article 34 et en tant que condition nécessaire de la reconnaissance ou de l'exécution aux termes du paragraphe 2 de l'article 35. La Loi type n'exige pas d'autre acte administratif, tel que le dépôt ou l'enregistrement de la sentence.

* * *

Article 32. *Clôture de la procédure*

1) La procédure arbitrale est close par le prononcé de la sentence définitive ou par un accord des parties ou par une ordonnance de clôture rendue par le tribunal arbitral conformément au paragraphe 2 du présent article.

2) Le tribunal arbitral

a) Ordonne la clôture de la procédure arbitrale lorsque le demandeur retire sa demande, à moins que le défendeur y fasse objection et que le tribunal arbitral reconnaisse qu'il a légitimement intérêt à ce que le différend soit définitivement réglé;

b) Peut ordonner la clôture de la procédure arbitrale lorsque, pour toute autre raison, la poursuite de la procédure devient superflue ou inappropriée.

3) Le mandat du tribunal arbitral prend fin avec la clôture de la procédure arbitrale, sous réserve des dispositions de l'article 33 et du paragraphe 4 de l'article 34.

Références

A/CN.9/232, par. 132 à 135
A/CN.9/245, par. 47 à 53 et 117 à 119
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 113 à 116

Commentaire

1. L'article 32, qui traite de la clôture de la procédure arbitrale, a trois objets. Le premier est d'éclairer cette ultime, mais non négligeable, phase de la procédure. Le paragraphe 2 *a*, qui précise que le retrait de la demande n'entraîne pas *ipso facto* la clôture de la procédure, en est un bon exemple.

2. Son deuxième objet est de régir la fin du mandat du tribunal arbitral, qui est la conséquence de la clôture, et ses exceptions (par. 3). Par exemple, les arbitres ne deviendront *functus officio* en rendant la sentence que s'il s'agit de la "sentence définitive", c'est-à-dire celle qui constitue ou complète le règlement de toutes les questions soumises à l'arbitrage. Son troisième objet consiste à écarter tout doute quant au moment de la clôture de la procédure. Ce point peut être important pour des questions non liées à l'arbitrage lui-même, par exemple la poursuite du délai de prescription ou la possibilité d'engager une procédure judiciaire.

* * *

Article 33. *Rectification et interprétation de la sentence et sentence additionnelle*

1) Dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, à moins que les parties ne soient convenues d'un autre délai, une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral :

a) De rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature;

b) De donner une interprétation d'un point ou passage précis de la sentence.

Le tribunal arbitral fait la rectification ou donne l'interprétation dans les trente jours qui suivent la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence.

2) Le tribunal arbitral peut, de son propre chef, rectifier toute erreur du type visé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du présent article dans les trente jours qui suivent la date de la sentence.

3) Sauf convention contraire des parties, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral, dans les trente jours qui suivent la réception de la sentence, de rendre une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure arbitrale mais omis dans la sentence. Le tribunal arbitral complète sa sentence dans les soixante jours, s'il juge la demande justifiée.

4) Le tribunal arbitral peut prolonger, si besoin est, le délai dont il dispose pour rectifier, interpréter ou compléter la sentence en vertu du paragraphe 1 ou 3 du présent article.

5) Les dispositions de l'article 31 s'appliquent à la rectification ou l'interprétation de la sentence ou à la sentence additionnelle.

Références

A/CN.9/216, par. 98
A/CN.9/232, par. 177 à 183
A/CN.9/245, par. 120 à 123
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 117 à 125

[84] A/CN.9/245, par. 115.

Commentaire

1. L'article 33 prolonge le mandat du tribunal arbitral au-delà du prononcé de la sentence pour certaines mesures de clarification et de rectification, ce qui peut contribuer à prévenir des différends prolongés ou même des procédures d'annulation. La première mesure possible consiste à rectifier toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature, soit sur la demande d'une partie, soit à l'initiative du tribunal arbitral. La deuxième consiste à donner une interprétation d'un point ou passage précis de la sentence, sur la demande d'une partie, et à ajouter cette interprétation à la sentence. La troisième consiste à rendre une sentence additionnelle sur tout chef de demande exposé au cours de la procédure arbitrale, mais omis dans la sentence (par exemple des intérêts demandés qui, par erreur, n'ont pas été accordés). Si le tribunal arbitral considère que la demande — qui n'est pas nécessairement la demande omise — est justifiée, il rend une sentence additionnelle, qu'il soit ou non nécessaire à cette fin de tenir de nouvelles audiences ou de demander la production de preuves.

2. Le délai durant lequel une partie peut demander que soit prise une de ces mesures est de trente jours à compter de la réception de la sentence. Le même délai, calculé à compter de la réception de la demande, est accordé au tribunal arbitral pour procéder à la correction ou donner l'interprétation, mais un délai de soixante jours est spécifié pour la rédaction d'une sentence additionnelle, tâche en général plus difficile et plus longue. Cependant, dans certains cas, le tribunal arbitral risque de ne pas être à même, pour des raisons légitimes, de respecter ces délais. Par exemple, la préparation d'une interprétation peut exiger des consultations entre les arbitres, le prononcé d'une sentence additionnelle imposera peut-être l'organisation d'audiences ou la production de preuves et, quoi qu'il en soit, il faut dès le départ laisser suffisamment de temps à l'autre partie pour répondre à la demande. Le tribunal arbitral peut donc prolonger les délais si nécessaire.

* * *

CHAPITRE VII. RECOURS CONTRE LA SENTENCE

Article 34. *La demande d'annulation comme recours exclusif contre la sentence arbitrale*

1) Le recours formé devant un tribunal contre une sentence arbitrale rendue [sur le territoire du présent Etat] [en vertu de la présente Loi] ne peut prendre la forme que d'une demande d'annulation conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article.

2) La sentence arbitrale ne peut être annulée par le Tribunal visé à l'article 6 que si

a) La partie en faisant la demande apporte la preuve :

i) Que les parties à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 étaient, en vertu de la loi qui leur est applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du présent Etat; ou

ii) Qu'elle n'a pas été dûment informée de la nomination de l'arbitre ou des arbitres, ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou

iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions non soumises à l'arbitrage pourra être annulée; ou

iv) Que la constitution du tribunal arbitral, ou la procédure arbitrale, n'a pas été conforme à la convention des parties, à condition que cette convention ne soit pas contraire à une disposition de la présente Loi à laquelle les parties ne peuvent déroger, ou, à défaut d'une telle convention, qu'elle n'a pas été conforme à la présente Loi, ou

b) Le tribunal constate :

i) Que l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent Etat; ou

ii) Que la sentence ou toute décision y figurant est contraire à l'ordre public du présent Etat.

3) Une demande d'annulation ne peut être présentée après l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la partie présentant cette demande a reçu communication de la sentence ou, si une demande a été faite en vertu de l'article 33, à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral a pris une décision sur cette demande.

4) Lorsqu'il est prié d'annuler une sentence, le Tribunal peut, le cas échéant et à la demande d'une partie, suspendre la procédure d'annulation pendant une période dont il fixe la durée afin de donner au tribunal arbitral la possibilité de reprendre la procédure arbitrale ou de prendre toute autre mesure que ce dernier juge susceptible d'éliminer les motifs d'annulation.

Références

A/CN.9/232, par. 14 à 22
A/CN.9/233, par. 178 à 195
A/CN.9/245, par. 146 à 155
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 126 à 139

Commentaire

Recours unique contre la sentence arbitrale, paragraphe 1

1. Les législations nationales existantes offrent à une partie attaquant la sentence diverses actions ou recours. Elles assimilent souvent les sentences arbitrales aux décisions des tribunaux locaux; aussi fixent-elles des délais variés, parfois extrêmement longs, et stipulent-elles des listes de motifs divers, parfois très longues, pour attaquer la sentence. L'article 34 vise à améliorer cette situation en ne prévoyant qu'un seul moyen de recours (par. 1), ne pouvant être invoqué que pendant un délai relativement court (par. 3) et pour un nombre relativement limité de raisons (par. 2). A part cela, il ne régit ni la procédure, ni l'importante question de savoir si une décision du Tribunal visé à l'article 6 peut faire l'objet d'un appel devant un autre tribunal, ni toute question concernant la procédure d'annulation elle-même.

2. La demande d'annulation constitue le seul recours contre la sentence devant un tribunal, en ce sens qu'il s'agit là du seul moyen d'attaquer activement la sentence, c'est-à-dire d'engager une procédure de révision judiciaire. Une partie conserve naturellement le droit de se défendre contre la sentence en demandant le refus de la reconnaissance ou de l'exécution lors de procédures engagées par l'autre partie (art. 35 et 36). De toute évidence, le paragraphe 1 de l'article 34 n'exclut pas le droit qu'a une partie de demander une rectification ou une interprétation de la sentence, ou encore le prononcé d'une sentence additionnelle en vertu de l'article 33, car cette demande serait adressée au tribunal arbitral et non à un tribunal; la situation est différente en cas de renvoi au tribunal arbitral en application du paragraphe 4 de l'article 34, qui est envisagé en tant que réponse possible d'un tribunal à une demande d'annulation de la sentence. Enfin, le paragraphe 1 de l'article 34 n'exclurait pas le recours à un second tribunal arbitral, lorsqu'un tel appel est envisagé dans le cadre du système d'arbitrage (comme, par exemple, pour certains types d'échanges de produits de base).

3. L'article 34 prévoit un recours contre une "sentence arbitrale", sans spécifier quels types de décisions pourront faire l'objet d'un tel recours. Le Groupe de travail est convenu qu'il était souhaitable que la Loi type définisse le mot "sentence" et a noté que cette définition avait des incidences importantes pour un certain nombre de dispositions de la Loi type, notamment les articles 34 et 16. Après avoir commencé d'examiner un projet de définition, le Groupe de travail a décidé, faute de temps, de ne pas inclure de définition dans la Loi type qu'il adopterait et d'inviter la Commission à envisager cette question[85].

4. Une autre question doit être examinée par la Commission : celle du champ d'application territorial, qui est restée en suspens comme l'indique la présence de la variante proposée entre crochets au paragraphe 1. Il est suggéré que le champ d'application territorial de l'article 34 soit le même que celui de la Loi type en général, quel que soit le critère adopté par la Commission[86].

Motifs d'annulation de la sentence, paragraphe 2

5. Le paragraphe 2 énonce les différents motifs pour lesquels une sentence peut être annulée. La liste est exhaustive, comme il ressort des mots "ne ... que", ainsi que du fait que la Loi type est une *lex specialis*[87].

6. Le paragraphe 2 retient pour l'essentiel les mêmes motifs que ceux pour lesquels la reconnaissance ou l'exécution peuvent être refusées en application du paragraphe 1 de l'article 36 (ou de l'article V de la Convention de New York de 1958, qui lui a servi de modèle). Il utilise même, à quelques exceptions près, un libellé identique, dans un souci d'harmonisation de l'interprétation.

7. La liste de motifs présentée au paragraphe 2 se fonde sur deux considérations différentes dont les résultats convergent cependant. Premièrement, après une sélection sévère, qui a permis d'écarter un nombre considérable d'autres motifs qui avaient été proposés, on a considéré que seuls les motifs exposés au paragraphe 2 étaient appropriés pour ce qui est de l'annulation des sentences dans l'arbitrage commercial international.

8. Deuxièmement, il apparaît souhaitable que ce paragraphe soit conforme au paragraphe 1 de l'article 36, étant donné que la Loi type vise à réduire l'importance du lieu de l'arbitrage. La Loi type reconnaît que ces deux dispositions, qui ont des objets différents (l'une stipulant les motifs d'annulation et l'autre les motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution), constituent un système de défense double permettant à la partie soit d'attaquer la sentence, soit d'invoquer des motifs pertinents lorsque la reconnaissance ou l'exécution sont demandées. Elle reconnaît également que ces dispositions ne fonctionnent pas isolément. Les incidences des notions et règles traditionnelles, familières et particulières au système juridique applicable au lieu de l'arbitrage, ne sont pas limitées à l'Etat où a lieu l'arbitrage mais s'étendent à de nombreux autres Etats en vertu de l'article 36 1) *a* v [ou de l'article V 1) *e* de la Convention de New York de 1958] en ce sens qu'une sentence qui a été annulée pour tout motif reconnu par le tribunal compétent ou par les règles de procédure applicables ne sera pas reconnue et exécutée à l'étranger.

[85] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 129 et 192 à 194.

[86] Pour ce qui est de la question générale du champ d'application territorial de la Loi type, on se reportera aux paragraphes 4 à 6 du commentaire de l'article premier.

[87] Voir les paragraphes 7 et 8 du commentaire de l'article premier.

9. Tirant les conclusions de cette situation inopportune, l'article IX de la Convention de Genève de 1961 bloque ces incidences internationales pour toutes les sentences qui ont été annulées pour des motifs autres que ceux énoncés à l'article V de la Convention de New York de 1958. La Loi type franchit une nouvelle étape sur cette voie en dépassant la question de la reconnaissance et de l'exécution pour aller jusqu'à la source et en alignant les motifs mêmes de l'annulation sur ceux du refus de la reconnaissance ou de l'exécution. Cette mesure a pour effet salutaire d'éviter une validité "partagée" ou "relative" des sentences internationales, c'est-à-dire des sentences qui seraient nulles dans le pays d'origine, mais valides et exécutables à l'étranger[88].

10. Puisque les motifs énoncés au paragraphe 2 sont essentiellement ceux de l'article V de la Convention de New York de 1958, ils sont déjà connus et n'exigent pas une explication détaillée; cependant, le fait qu'ils soient repris dans la Loi type pour l'annulation de la sentence entraîne certaines différences. Par exemple, l'application des sous-alinéas i et iv, et peut-être aussi iii de l'alinéa *a*, peut être limitée du fait d'une renonciation ou d'une soumission implicites, comme il est indiqué dans les commentaires de l'article 4 (par. 6) et de l'article 16 (par. 8 et 9).

11. L'alinéa *a* iv stipule le caractère prioritaire des dispositions impératives de la Loi type par rapport à toute convention des parties, ce qui le différencie de l'article 36 1) *a* iv, du moins si l'on s'en tient à l'interprétation prédominante de la disposition correspondante de la Convention de New York de 1958 [art. V 1) *d*]. Le fait que la composition du tribunal arbitral et la procédure arbitrale doivent donc être soumises aux dispositions impératives de la Loi type implique par exemple que cet alinéa *a* iv englobe également dans une large mesure les motifs énoncés à l'alinéa *a* ii, qui sont repris de la Convention de New York de 1958 et qui concernent les cas de violation du paragraphe 3 de l'article 19 et des paragraphes 3 et 4 de l'article 24.

12. Il y a une autre différence qui est moins évidente, car elle découle simplement du fait que l'annulation n'a pas les mêmes effets que le refus de la reconnaissance et de l'exécution. En application de l'alinéa *b* i, une sentence serait annulée si le tribunal constatait que l'objet du différend n'était pas susceptible d'être réglé par arbitrage "conformément à la loi du présent Etat". Ce motif est certainement valable pour refuser la reconnaissance ou l'exécution dans un Etat donné, qui considère souvent cette question comme touchant à l'ordre public, et peut en réduire le champ en ne protégeant que son ordre public international. Cependant, ce même motif invoqué pour une annulation acquiert une dimension différente du fait de l'effet général de l'annulation [art. 36 1) *a* v, ou art. V 1 *e* de la Convention de New York de 1958]. Comme l'a suggéré le Groupe de travail dans son rapport sur sa septième session (A/CN.9/246 et Corr.1, par. 136 et 137),

> "un effet aussi général ne devait être obtenu que si le Tribunal constatait que l'objet du différend n'était pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi applicable à cette question, qui n'était pas nécessairement la loi de l'Etat où avait lieu la procédure d'annulation. On a suggéré, par conséquent, de supprimer la disposition figurant à l'alinéa *b* i du paragraphe 2. Le résultat de cette suppression, à laquelle de nombreux membres du Groupe de travail étaient favorables, serait de limiter le contrôle exercé par le Tribunal en vertu de l'article 34 aux cas où la non-arbitrabilité d'une certaine question faisait partie de l'ordre public de l'Etat (par. 2, alinéa *b* ii) et aux cas où le Tribunal considérait l'arbitrabilité comme un élément de la validité d'une convention d'arbitrage (par. 2, alinéa *a* i), bien que certains partisans de cette suppression aient également cherché à exclure par là la non-arbitrabilité en tant que motif d'annulation. On a aussi suggéré de ne supprimer, à l'alinéa *b* i du paragraphe 2, que la référence de l'loi du présent Etat' et de laisser ainsi ouverte la question de savoir quelle était la loi applicable pour juger de l'arbitrabilité. En examinant ces suggestions, le Groupe de travail a estimé que les questions soulevées avaient une grande importance pratique et qu'en raison de leur caractère complexe, elles demandaient à être étudiées plus à fond. Après avoir délibéré, le Groupe de travail a décidé de maintenir, pour le moment, la disposition de l'alinéa *b* i du paragraphe 2 sous sa forme actuelle et d'inviter la Commission à réexaminer la question et à décider, à la lumière des observations des gouvernements et des organisations, si le libellé actuel était approprié ou si la disposition devait être modifiée ou supprimée."

"Renvoi" au tribunal arbitral, paragraphe 4

13. Le paragraphe 4 envisage une procédure qui est similaire à la procédure du "renvoi", connue dans la plupart des juridictions de *common law*, bien que sous des formes diverses. Quoique cette procédure ne soit pas appliquée par tous les systèmes juridiques, elle devrait se révéler utile, en ce sens qu'elle permet au tribunal arbitral de remédier à certains défauts et donc d'éviter que la sentence ne soit annulée par le Tribunal.

14. A la différence de certaines juridictions de *common law*, la procédure n'est pas conçue comme un recours séparé, mais est placée dans le cadre de la procédure d'annulation. Le Tribunal, lorsqu'il le jugerait approprié et sur la demande d'une partie, inviterait le tribunal arbitral, dont la prolongation du mandat serait ainsi confirmée, à prendre les mesures voulues pour éliminer certains défauts réparables qui peuvent constituer un motif d'annulation en vertu du paragraphe 2. Ce n'est que si ce "renvoi" se révélait inutile à la fin du délai déterminé par le Tribunal, durant lequel la reconnaissance et l'exécution pourraient être suspendues en application du paragraphe 2 de l'article 36, que le Tribunal reprendrait la procédure d'annulation et annulerait la sentence.

* * *

[88] Pour ce qui est d'un autre effet, que l'on a appelé le risque potentiel du "double contrôle" des sentences nationales, on se reportera au paragraphe 3 du commentaire de l'article 36.

CHAPITRE VIII. RECONNAISSANCE ET EXÉCUTION DES SENTENCES

Article 35. *Reconnaissance et exécution*

1) La sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, est reconnue comme ayant force obligatoire et, sur requête adressée par écrit au tribunal compétent, est exécutée sous réserve des dispositions du présent article et de l'article 36.

2) La partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme ainsi que l'original de la convention d'arbitrage mentionnée à l'article 7 ou une copie certifiée conforme. Si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent Etat, la partie en produira une traduction dûment certifiée dans cette langue*.

3) Le dépôt ou l'enregistrement d'une sentence auprès d'un tribunal du pays où la sentence a été rendue n'est pas une condition préalable de sa reconnaissance ou de son exécution dans le présent Etat.

Références

A/CN.9/216, par. 103, 104 et 109
A/CN.9/232, par. 19 à 21 et 187 à 189
A/CN.9/233, par. 121 à 175
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 140 à 148

Commentaire

Est-il ou non approprié d'inclure des dispositions sur la reconnaissance et l'exécution des sentences quel que soit le pays où elles ont été rendues ?

1. Le chapitre sur la reconnaissance et l'exécution des sentences constitue le résultat de délibérations approfondies sur des problèmes fondamentaux, notamment la question de savoir si la Loi type devrait contenir des dispositions sur la reconnaissance et l'exécution des sentences nationales et étrangères et, dans l'affirmative, si ces deux catégories de sentences devraient être traitées de manière uniforme et dans quelle mesure les dispositions sur la reconnaissance et l'exécution devraient s'inspirer des articles correspondants de la Convention de New York de 1958. Comme il ressort de l'article 35 et de l'article 36, la réponse qui a prévalu est que la Loi type devrait contenir des dispositions uniformes sur la reconnaissance et l'exécution de toutes les sentences, quel que soit le pays où elles ont été rendues, ces dispositions devant être en tous points compatibles avec la Convention de New York de 1958.

2. Les principales raisons sont, en bref, les suivantes : si les sentences étrangères sont traitées de la manière appropriée dans la Convention de New York de 1958, à laquelle de nombreux pays ont adhéré, souvent à la condition de la réciprocité, et qui est ouverte à tout Etat prêt à accepter ses dispositions libérales, la Loi type serait incomplète si elle n'énonçait pas un ensemble de règles tout aussi libérales, en tous points compatible avec la Convention de New York de 1958, y compris les garanties qu'elle énonce à l'article V, et ne nuisant ni aux effets ni à l'application de cette convention, de manière à mettre en place un mécanisme supplémentaire pour la reconnaissance et l'exécution des sentences non soumises à des traités multilatéraux ou bilatéraux. Bien que les sentences nationales reçoivent souvent de la part des législations nationales un traitement aussi favorable que les décisions judiciaires locales, la disparité des législations nationales n'est pas propice à l'arbitrage commercial international, aussi la Loi type devrait-elle viser à unifier le traitement national des sentences dans tous les systèmes juridiques, sans imposer de conditions restrictives.

3. Avant tout, ces dispositions sur la reconnaissance et l'exécution permettraient dans une large mesure d'assurer un traitement uniforme de toutes les sentences de l'arbitrage commercial international, dans quelque pays qu'elles soient rendues. Le fait d'établir une distinction entre ces sentences "internationales" et les sentences "non internationales", c'est-à-dire véritablement nationales (au lieu de fonder la distinction entre les sentences étrangères et nationales sur des critères territoriaux), permettrait de réduire l'importance du lieu de l'arbitrage et donc de promouvoir le recours à l'arbitrage commercial international et d'en renforcer la vitalité. Cette notion du traitement uniforme de toutes les sentences internationales constitue la principale question qu'un Etat pourra envisager d'examiner pour déterminer si ce chapitre de la Loi type est ou non acceptable.

Reconnaissance de la sentence et demande d'exécution, paragraphe 1

4. L'article 35 établit une distinction utile entre la reconnaissance et l'exécution, en ce sens qu'il tient compte du fait que la reconnaissance non seulement constitue une condition nécessaire de l'exécution, mais encore peut être considérée isolément, par exemple lorsque la sentence est invoquée dans d'autres procédures. En vertu du paragraphe 1, une sentence est reconnue comme ayant force obligatoire, ce qui signifie, bien que cela ne soit pas expressément déclaré, qu'elle s'impose aux parties, et ce à compter de la date où elle est rendue[89]. Une sentence est exécutée sur requête adressée par écrit au "tribunal compétent"[90]. La reconnaissance comme l'exécution sont soumises aux dispositions de l'article 36 et aux conditions énoncées au paragraphe 2 de l'article 35.

*Les conditions mentionnées dans ce paragraphe visent à énoncer les normes les plus strictes. Il ne serait donc pas contraire à l'harmonisation recherchée par la Loi type qu'un Etat conserve une procédure moins rigoureuse.

[89] A/CN.9/246 et Corr.1, par. 148. Pour des raisons pratiques, la sentence ne peut en fait être invoquée par une partie qu'à compter de la date de la réception.

[90] On s'est référé au tribunal compétent et non au Tribunal visé à l'article 6, parce que la Loi type n'a pas pour objet d'unifier les lois nationales concernant l'organisation judiciaire et, en particulier, parce que la compétence des tribunaux en matière d'exécution est normalement fonction du lieu de résidence du débiteur ou de l'emplacement des biens ou avoirs concernés.

Conditions de la reconnaissance et de l'exécution, paragraphe 2

5. Le paragraphe 2, qui s'inspire de l'article IV de la Convention de New York de 1958, ne stipule pas la procédure mais simplement les conditions de la reconnaissance et de l'exécution. La partie invoquant une sentence ou demandant son exécution fournit, dans une langue officielle de l'Etat, cette sentence et le document qui s'y rattache, c'est-à-dire la convention d'arbitrage[91]. Conformément à la note accompagnant le texte, ces conditions visent à établir les normes les plus strictes; ainsi, un Etat peut conserver une procédure moins rigoureuse.

Non-exigence du dépôt ou de l'enregistrement, paragraphe 3

6. La Loi type, qui en elle-même n'exige pas le dépôt ou l'enregistrement de sentences rendues dans son cadre (article 31), n'exige pas non plus de telles mesures pour les sentences étrangères dont la reconnaissance ou l'exécution sont demandées en application de la Loi type, conformément à la volonté exprimée dans la Convention de New York de 1958 de supprimer le "double exequatur".

* * *

Article 36. *Motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution*

1) La reconnaissance ou l'exécution d'une sentence arbitrale, quel que soit le pays où elle a été rendue, ne peut être refusée que :

a) Sur la demande de la partie contre laquelle elle est invoquée, si ladite partie présente au tribunal compétent auquel est demandée la reconnaissance ou l'exécution la preuve :

i) Que les parties à la convention d'arbitrage visée à l'article 7 étaient, en vertu de la loi qui leur est applicable, frappées d'une incapacité, ou que ladite convention n'est pas valable en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou, à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue; ou

ii) Que la partie contre laquelle la sentence est invoquée n'a pas été dûment informée de la désignation de l'arbitre ou des arbitres ou de la procédure arbitrale, ou qu'il lui a été impossible pour une autre raison de faire valoir ses droits; ou

iii) Que la sentence porte sur un différend non visé dans le compromis ou n'entrant pas dans les prévisions de la clause compromissoire, ou qu'elle contient des décisions qui dépassent les termes du compromis ou de la clause compromissoire, étant entendu toutefois que, si les dispositions de la sentence qui ont trait à des questions soumises à l'arbitrage peuvent être dissociées de celles qui ont trait à des questions non soumises à l'arbitrage, seule la partie de la sentence contenant des décisions sur les questions soumises à l'arbitrage pourra être reconnue et exécutée; ou

iv) Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure arbitrale n'a pas été conforme à la convention des parties ou, à défaut d'une telle convention, à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu; ou

v) Que la sentence n'a pas encore acquis force obligatoire pour les parties ou a été annulée ou suspendue par un tribunal du pays dans lequel, ou en vertu de la loi duquel elle a été rendue; ou

b) Si le tribunal constate que :

i) L'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi du présent Etat; ou si

ii) La reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public du présent Etat.

2) Si une demande d'annulation ou de suspension d'une sentence a été présentée à un tribunal visé au paragraphe 1 *a* v du présent article, le tribunal auquel est demandé la reconnaissance ou l'exécution peut, s'il le juge approprié, surseoir à statuer et peut aussi, à la requête de la partie demandant la reconnaissance ou l'exécution de la sentence, ordonner à l'autre partie de fournir des sûretés convenables.

Références

A/CN.9/216, par. 109
A/CN.9/232, par. 19 et 20
A/CN.9/233, par. 133 à 177
A/CN.9/245, par. 137 à 145
A/CN.9/246 et Corr.1, par. 149 à 155

Commentaire

Motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution de sentences "internationales", paragraphe 1

1. S'appuyant sur les considérations fondamentales énoncées ci-dessus[92], le paragraphe 1 de l'article 36 reprend presque littéralement les motifs bien connus énoncés à l'article V de la Convention de New York de 1958 et les déclare applicables au refus de la reconnaissance ou de l'exécution de toutes les sentences, quel que soit le pays où elles ont été rendues. Ainsi, cette disposition, comme l'article 35, couvre les sentences étrangères comme les sentences nationales, à condition qu'elles soient rendues dans le cadre d'un "arbitrage

[91] Pour ce qui est de cette deuxième condition, il est suggéré qu'une exception soit faite pour les cas où il a été remédié à un vice de forme par renonciation ou soumission, par exemple lorsque la procédure arbitrale se fonde sur une convention orale invoquée par une partie et à laquelle l'autre partie ne s'oppose pas. Dans de tels cas, la présentation de la sentence, faisant état de la renonciation ou de la soumission, devrait suffire.

[92] Par. 1 à 3 du commentaire de l'article 35.

commercial international" au sens de l'article premier et, naturellement, sous réserve de tout traité multilatéral ou bilatéral auquel est partie l'Etat de l'exécution.

2. Pour ce qui est des sentences étrangères, il est de toute évidence souhaitable que la Loi type soit en tous points compatible avec l'article V. On a même considéré que les motifs énoncés dans cet article offraient des garanties suffisantes à l'Etat d'exécution, au point qu'il serait superflu de limiter la reconnaissance de l'exécution en exigeant la réciprocité. On a également estimé qu'une loi type sur l'arbitrage commercial international ne devrait pas favoriser les restrictions territoriales et que, d'un point de vue technique, il était difficile, sinon impossible, d'élaborer un mécanisme applicable dans un texte "unilatéral" tel que la Loi type. Néanmoins, la Loi type n'interdit pas à un Etat d'adopter un mécanisme de réciprocité, auquel cas la base de ce mécanisme ou l'élément déterminant, ainsi que la technique utilisée, devraient être spécifiés dans la loi nationale pertinente.

3. La liste de motifs semble également appropriée pour les sentences nationales, bien que le fait que ces motifs correspondent à ceux de l'annulation fasse courir le risque de ce que l'on a appelé un "double contrôle" inopportun, c'est-à-dire deux possibilités de révision judiciaire pour les mêmes motifs. C'est là une conséquence du traitement uniforme de toutes les sentences que l'on devrait pouvoir accepter, l'objet étant de réduire l'importance du lieu de l'arbitrage. Etant donné que la demande d'annulation et la demande de refus de la reconnaissance ou de l'exécution n'ont pas le même objet ni les mêmes conséquences, une partie devrait être libre de se prévaloir de ce double système de recours (reconnu en tant que tel par la Convention de New York de 1958) également dans les cas où la reconnaissance ou l'exécution sont demandées dans l'Etat où l'arbitrage a eu lieu. Pour ce qui est du risque potentiel d'une double procédure fondée sur les mêmes motifs, il apparaît que ce problème est dans une large mesure traité par le paragraphe 2 (voir ci-dessous par. 5).

4. Le fait que les motifs énoncés au paragraphe 1 soient applicables aux sentences étrangères comme aux sentences nationales doit être pris en considération pour interpréter le texte, qui reprend dans une large mesure un article applicable aux sentences étrangères seulement (art. V de la Convention de New York de 1958). Par exemple, la référence à "la loi du pays où la sentence a été rendue" (alinéa *a* i) ou à "la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu" (alinéa *a* iv) ou encore à "un tribunal du pays dans lequel, ou en vertu de la loi duquel la sentence a été rendue" (alinéa *a* v) peut conduire à l'application soit d'une loi étrangère qui sera ou ne sera pas fondée sur la Loi type, soit de la Loi type du "présent Etat". Dans ce dernier cas, c'est-à-dire dans un cadre national, il faudrait tenir compte des considérations mentionnées à propos des motifs d'annulation, par exemple l'effet limitatif d'une renonciation ou d'une soumission implicites [art. 4 et 16 2)] sur les motifs énoncés aux sous-alinéas i et iv du paragraphe 1 *a*[93].

Suspension de la reconnaissance ou de l'exécution, paragraphe 2

5. Le paragraphe 2 reprend l'article VI de la Convention de New York de 1958. Etant donné le champ plus large de la Loi type, il porte non seulement sur les sentences étrangères, mais également sur les sentences nationales rendues dans le cadre de l'arbitrage commercial international. Ainsi, il peut être utilisé pour éviter des révisions judiciaires concurrentes fondées sur les mêmes motifs — et peut-être des décisions divergentes — lorsque ce risque n'est pas déjà exclu par le fait que le même tribunal est saisi de la demande d'annulation et de la demande d'exécution présentée par l'autre partie.

[93]Par. 10 et 11 du commentaire de l'article 34.

II. PAIEMENTS INTERNATIONAUX

A. Effets de commerce internationaux

Rapport du Groupe de travail des effets de commerce internationaux sur les travaux de sa treizième session (New York, 7-18 janvier 1985) [A/CN.9/261][a]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-5
DÉBATS ET DÉCISIONS	6-8
PROJET DE CONVENTION SUR LES LETTRES DE CHANGE INTERNATIONALES ET LES BILLETS A ORDRE INTERNATIONAUX — EXAMEN DES GRANDES QUESTIONS CONTROVERSÉES ET DE QUELQUES QUESTIONS CONNEXES	9-67
I. LA NOTION DE PORTEUR ET DE PORTEUR PROTÉGÉ	9-27
A. Définition du porteur protégé	9-14
B. Exceptions et droits pouvant être opposés à un porteur (article 25)	15-19
C. Exceptions et droits pouvant être opposés à un porteur protégé (article 26)	20-27
II. ENDOSSEMENTS CONTREFAITS ET ENDOSSEMENTS PAR UN REPRÉSENTANT SANS POUVOIR (article 23)	28-48
A. Questions de principe posées par les endossements contrefaits	28-29
B. Responsabilité de l'endossataire pour encaissement	30-33
C. Responsabilité d'un signataire ou du tiré qui règle l'effet	34-36
D. Personnes en droit de demander réparation	37
E. Conclusions et décisions relatives aux endossements contrefaits [article 23 1), 2)]	38-40
F. Endossement par un représentant sans pouvoir [article 23 3)]	41-48
III. RESPONSABILITÉ DU CÉDANT PAR SIMPLE REMISE (article 41)	49-63
A. Maintien d'une disposition relative à la responsabilité du cédant par simple remise	50-51
B. Nature et étendue de la responsabilité	52-59
C. Extension de l'application de l'article 41 aux endosseurs	60-63
IV. DÉFINITION DE LA CONNAISSANCE (article 5)	64-67

Introduction

1. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a examiné, à sa dix-septième session (New York, 25 juin-10 juillet 1984), le projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux préparé par le Groupe de travail et reproduit dans le document publié sous la cote A/CN.9/211. En ce qui concerne ses futures activités, la Commission a décidé que de nouveaux travaux devraient être entrepris en vue d'améliorer le projet de convention et elle a confié cette tâche au

[a] Pour l'examen par la Commission, voir le Rapport, chap. III, A (première partie, A, plus haut).

Groupe de travail des effets de commerce internationaux[1].

2. Le Groupe de travail avait pour mandat de réviser le projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux à la lumière des décisions et débats de la dix-septième session de la Commission[2] et en tenant compte également des observations des gouvernements et organisations internationales figurant dans les documents A/CN.9/248 et A/CN.9/249/Add.1 qui n'avaient pas été examinés à cette session.

3. Le Groupe de travail a tenu sa treizième session au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York du 7 au 18 janvier 1985. Conformément à la décision prise par la Commission à sa dix-septième session[3], le Groupe de travail se compose des 14 Etats membres de la Commission suivants : Australie, Cuba, Egypte, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Inde, Japon, Mexique, Nigéria, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sierra Leone, Tchécoslovaquie, Union des Républiques socialistes soviétiques. A l'exception de la Sierra Leone, tous les membres de la Commission étaient représentés à la treizième session. Etaient également présents des observateurs des Etats ci-après : Allemagne, République fédérale d', Argentine, Autriche, Canada, Chili, Chine, Côte d'Ivoire, El Salvador, Equateur, Grèce, Hongrie, Iran (République islamique d'), Iraq, Italie, Norvège, Oman, Paraguay, Pays-Bas, Portugal, Qatar, République arabe syrienne, République de Corée, Roumanie, Suède, Suisse, Thaïlande, Turquie, Yémen démocratique, Yougoslavie et des observateurs des organisations internationales suivantes : Conférence de La Haye de droit international privé, International Bar Association et Chambre de commerce internationale.

4. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

Président : M. Willem Vis (Pays-Bas)*

Rapporteur : Mme G. O. Adebanjo (Nigéria)

5. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants :

Ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.IV/WP.28).

Projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux : texte du projet d'articles adopté par le Groupe de travail des effets de commerce internationaux : note du Secrétariat (A/CN.9/211).

Commentaire du projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/213).

Projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux et projet de convention sur les chèques internationaux : compilation analytique des observations présentées par les gouvernements et les organisations internationales (A/CN.9/248).

Projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux et projet de convention sur les chèques internationaux : principales questions controversées et autres questions (A/CN.9/249).

Projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux et projet de convention sur les chèques internationaux : principales questions controversées et autres questions : additif : résumé des observations de la Roumanie et de la Suisse (A/CN.9/249/Add.1).

Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session (1984), *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17* (A/39/17).

Débats et décisions

6. Le Groupe de travail a pris note du mandat qui lui a été confié par la CNUDCI et qui consiste à réviser le projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux à la lumière des décisions et des débats de la dix-septième session de la Commission et en tenant compte également de celles des observations des gouvernements et organisations internationales figurant dans les documents A/CN.9/248 et A/CN.9/249/ Add.1 qui n'avaient pas été examinées à cette session.

7. Le Groupe de travail a commencé à réviser le projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux en s'attachant à examiner les principales questions controversées et certaines autres questions connexes évoquées dans le document A/CN.9/249 en tenant compte des débats de la Commission lors de sa dix-septième session[4].

8. Le Groupe de travail a décidé, sous réserve de l'approbation de la Commission, de tenir sa prochaine session (quatorzième session) à Vienne, du 9 au 20 décembre 1985.

Projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux; examen des grandes questions controversées et de quelques questions connexes

I. *La notion de porteur et de porteur protégé*

A. *Définition du porteur protégé*

9. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si une personne qui avait reçu un effet incomplet

*Le Président a été élu à titre personnel.

[1]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17* (A/39/17), par. 88.

[2]Les débats et les conclusions relatifs aux principales questions controversées et autres questions figurent dans le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17* (A/39/17), par. 21 à 82.

[3]*Ibid.*, par. 88.

[4]*Ibid.*, par. 21 à 38.

et l'avait complété, conformément à un accord entre le bénéficiaire et le tireur ou le souscripteur pouvait obtenir le statut de porteur protégé. Après en avoir délibéré, le Groupe de travail a été d'avis que le simple fait que l'effet était incomplet ne devait pas empêcher une personne de devenir un porteur protégé si elle s'était conformée aux dispositions prévues à l'article 11.

10. Diverses suggestions ont été faites quant aux moyens de parvenir à ce résultat. Une proposition consistait à supprimer à l'article 4 7) le membre de phrase "paraissant complet et régulier d'après son contenu lorsqu'il est devenu porteur". Il a été également proposé de conserver le qualificatif "complet" mais de le nuancer en ajoutant "ou qui était incomplet mais pouvait être complété conformément au paragraphe 1 de l'article 11 et a été complété conformément à un accord en ce sens".

11. Il a été convenu que pour déterminer si une personne peut être considérée comme ayant le statut de porteur protégé, la date à prendre en considération n'est pas celle où elle a accepté l'effet incomplet mais celle où elle l'a complété.

12. Les avis étaient partagés en ce qui concerne la question de savoir si un porteur acceptant un effet qui ne paraissait pas régulier d'après son contenu pouvait avoir le statut de porteur protégé. Selon les uns, il fallait continuer à exiger que l'effet paraisse régulier d'après son contenu étant donné qu'un effet comportant des vices apparents devait donner à penser au porteur qu'un droit ou un moyen de défense pouvait être invoqué par un tiers. Selon d'autres, il y aurait lieu de supprimer le critère selon lequel l'effet doit paraître régulier d'après son contenu et ce pour les raisons suivantes : *a)* il était difficile de déterminer exactement ce qu'on entendait par un effet régulier ou irrégulier et *b)* la règle selon laquelle le fait d'avoir connaissance d'une irrégularité particulière équivalait à avoir connaissance d'un droit ou d'un moyen de défense particulier répondait déjà aux préoccupations de ceux qui préféraient voir refuser le statut de porteur protégé à un porteur qui aurait accepté un effet paraissant irrégulier d'après son contenu. Une référence au critère de régularité n'était donc pas indispensable.

13. Le Groupe de travail a examiné la version révisée ci-après de l'article 4 7) établie par le Secrétariat :

"7) L'expression 'porteur protégé' désigne le porteur d'un effet qui, lorsqu'il l'a reçu, était [régulier d'après son contenu et] complet ou, s'il était incomplet au sens du paragraphe 1 de l'article 11, a été complété par lui ainsi qu'il a été convenu, à condition que, lorsqu'il est devenu porteur :

a) Il n'ait eu connaissance d'aucune action ou moyen de défense dérivant de l'effet au sens de l'article 25, ni du fait qu'il y a eu refus d'acceptation ou refus de paiement de l'effet;

b) La date limite fixée par l'article 51 pour la présentation de l'effet au paiement ne soit pas encore passée."

14. Le Groupe de travail a adopté ce texte de l'article 4 7) sous réserve de la suppression des mots figurant entre crochets "régulier d'après son contenu et". Le Groupe de travail a été d'avis que ces mots pouvaient être supprimés puisqu'il ressortait clairement d'autres dispositions du projet de convention, en particulier de l'article 5 relatif à la définition de la connaissance, que le porteur qui acceptait un instrument sur lequel il y avait par exemple une marque évidente de contrefaçon ou d'altération ne saurait être considéré comme un porteur protégé. En ce qui concerne l'alinéa a) de l'article 4 7), voir les débats et la décision du Groupe de travail relatifs à l'article 26 (par. 26 ci-après).

B. *Exceptions et droits pouvant être opposés à un porteur (art. 25)*

15. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si le fait qu'un porteur acceptait un effet en connaissant l'existence d'un droit ou d'un moyen de défense particulier le rendait vulnérable à d'autres droits ou moyens de défense dont il n'avait pas connaissance. Les exemples suivants ont été donnés :

a) Le bénéficiaire C obtient par fraude de A, le tireur, un effet de commerce, que D obtient à son tour par fraude de C; D n'a pas connaissance de la fraude perpétrée par C vis-à-vis de A. Il a été généralement reconnu qu'aux termes du projet de convention D ne devrait pas être un porteur protégé et que A pourrait faire valoir à son encontre un droit sur l'effet ou lui opposer un moyen de défense basé sur cette fraude;

b) Si A avait un autre moyen de défense que la fraude contre C et dont D, auteur d'une fraude contre C, n'avait pas connaissance, D ne serait pas un porteur protégé et pourrait se voir opposer un moyen de défense par A;

c) Si D remettait l'effet à E qui avait connaissance de la fraude commise par D, A pourrait opposer un moyen de défense basé sur la fraude à E si ce dernier intentait une action contre lui;

d) Si A avait un moyen de défense contre C sur la base de la remise de biens défectueux et si D obtenait l'effet de C par fraude et si D avait remis l'effet à E, A pourrait opposer un moyen de défense à E si ce dernier avait connaissance de la fraude commise par D à l'encontre de C.

16. Après délibération, le Groupe de travail a conclu que le projet de convention ne devait pas accorder le statut de porteur protégé à un porteur qui acceptait l'effet frauduleusement ou à la suite d'un vol ou qui savait qu'une fraude ou un vol avait été commis par un signataire antérieur. D'autre part, le simple fait que le porteur avait connaissance d'un moyen de défense autre que la fraude ou le vol ne devait pas nécessairement le laisser sans protection contre des moyens de défense dont il n'avait pas connaissance. Par conséquent, le porteur qui avait connaissance d'un moyen de défense X opposé par le tireur au bénéficiaire devait rendre inopérant le moyen de défense Y du tireur contre le bénéficiaire s'il n'avait pas connaissance de ce moyen de

défense. Il a été suggéré qu'il était possible de parvenir à ce résultat en modifiant l'article 25 relatif aux droits du porteur.

17. Le Groupe de travail a constitué un groupe de travail spécial comprenant les représentants de l'Autriche, du Canada, des Etats-Unis d'Amérique et de l'Union des Républiques socialistes soviétiques et l'a chargé d'élaborer un projet de proposition.

18. Le Groupe de travail spécial a proposé d'ajouter à l'article 25 un nouveau paragraphe 4 ainsi conçu :

> "Un porteur ne peut se voir opposer un moyen de défense en vertu de l'alinéa *b* du paragraphe 1 ou les droits visés au paragraphe 2 du présent article que s'il avait connaissance dudit moyen de défense ou desdits droits lorsqu'il est entré en possession de l'effet ou s'il l'a acquis frauduleusement ou à un moment quelconque participé à des manœuvres frauduleuses le concernant."

19. Le Groupe de travail a adopté le projet de disposition, sous réserve des modifications ci-après : après les mots "Un porteur" insérer les mots "qui n'est pas un porteur protégé"; et les mots "le concernant" sont remplacés par les mots "l'affectant". Le nouveau paragraphe s'insérera après le paragraphe 2 de l'article 25 et pour le moment devient le paragraphe 2 *bis*.

C. *Exceptions et droits pouvant être opposés à un porteur protégé (art. 26)*

20. On a noté que l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 26 mentionnait deux exceptions, à savoir celle fondée sur l'incapacité et celle fondée sur le dol (*fraud in the factum*). Le Groupe de travail a examiné la question de savoir s'il convenait d'ajouter d'autres exceptions telles que la violence, une présentation fallacieuse des faits ou l'impossibilité. La majorité a estimé que seules les deux exceptions visées à l'alinéa *c* devraient pouvoir être opposées à un porteur protégé.

21. Le Groupe de travail a examiné une proposition tendant à supprimer, au paragraphe 2, le membre de phrase "ou découlant de manœuvres frauduleuses commises par ce porteur pour obtenir la signature de ce signataire sur l'effet". On a fait observer que cette disposition pourrait s'appliquer dans le cas où un porteur protégé obtenait, par des manœuvres frauduleuses, l'acceptation du tiré ou la signature d'un avaliseur. Le Groupe de travail a relevé que les travaux préparatoires relatifs au projet de convention, tels qu'ils ressortaient des rapports du Groupe de travail, n'indiquaient aucune raison précise, expliquant pourquoi le membre de phrase susmentionné avait été ajouté à une version antérieure du paragraphe 2. On a pensé que ce membre de phrase avait probablement été ajouté afin d'aligner le paragraphe 2 qui avait trait à un droit sur l'effet, sur l'alinéa *b* du paragraphe 1 qui comportait un libellé analogue en ce qui concerne les exceptions.

22. Bien que certains représentants aient exprimé des doutes quant à l'utilité de ce membre de phrase au paragraphe 2, le Groupe de travail a décidé de conserver le libellé actuel du paragraphe 2 de l'article 26.

23. En ce qui concerne particulièrement l'article 26 1) *b*, il a été proposé que le porteur protégé, outre les moyens de défense énumérés à l'article 26 1), puisse se voir opposer les moyens de défense fondés sur la responsabilité contractuelle découlant d'une transaction, non liée à l'émission ou au transfert de l'effet, entre lui-même et le signataire auquel il réclame le paiement. Par conséquent, comme entre le porteur protégé et le signataire auquel il a affaire, on pourrait même opposer les moyens de défense ne découlant pas de la transaction sous-jacente ayant donné lieu à l'émission ou au transfert de l'effet. On a donné l'exemple suivant : le souscripteur A émet un effet au profit du bénéficiaire B; B transfert l'effet à C; en raison d'une transaction antérieure entre B et C sans rapport avec le transfert de l'effet, C est débiteur de B; après refus de paiement, C exige de B qu'il paie; B devrait être en mesure d'opposer comme moyen de défense pour s'exonérer de sa responsabilité en vertu de l'effet le fait que C a une dette à son égard, bien que ce soit un porteur protégé.

24. On s'est déclaré opposé à cette proposition en faisant valoir que les moyens de défense pouvant être invoqués au titre de l'effet ne devaient découler que de la transaction qui avait donné lieu à l'émission ou au transfert de l'effet à un porteur protégé. La dette de C pourrait faire l'objet d'une compensation ou d'une demande reconventionnelle indépendante de l'instrument, qui dans certains systèmes juridiques était régie par des règles d'ordre général, en particulier celles qui avaient trait à la procédure civile qui à leur tour reflétaient des attitudes différentes à cet égard. Une autre raison pour laquelle il a été fait objection à la proposition était qu'elle restreignait les droits du porteur protégé, ce qui n'était pas souhaitable.

25. Une proposition plus restreinte a été faite qui visait à étendre la portée de l'article 26 1) *b* de sorte qu'il couvre non seulement les exceptions découlant de la transaction sous-jacente proprement dite, mais aussi, au moins, les exceptions découlant d'accords liés à ladite transaction. On a fait état en particulier d'accords de prolongation.

26. Dans le cadre de l'examen de ces propositions, on a noté que la définition du porteur protégé figurant à l'article 4 7) exigeait, à l'alinéa *a*, que le porteur n'ait eu connaissance d'aucun moyen de défense dérivant de l'effet au sens de l'article 25, lequel, dans son paragraphe 1 *c*, incluait tout moyen de défense que le signataire pouvait invoquer pour s'exonérer de toute responsabilité contractuelle découlant d'une transaction entre le porteur et un signataire immédiat. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réexaminer la définition du porteur protégé donnée dans l'article 4 7), et en particulier de voir si la référence à l'alinéa *a* à tout moyen de défense dérivant de l'effet au sens de l'article 25 était appropriée. Le Secrétariat devrait en outre déterminer de quel moyen de défense le signataire immédiat devrait disposer à l'égard d'un porteur ou d'un porteur protégé (en vertu des articles 25 et 26), compte tenu en

particulier des dispositions de l'article 25 1) *c* et de l'article 26 1) *b*. Le texte que présenterait le Secrétariat devrait être accompagné de notes explicatives dans lesquelles les diverses solutions possibles devraient être illustrées à l'aide d'exemples concrets.

27. Le Groupe de travail a décidé de reporter à sa prochaine session l'examen de la suggestion ci-après qui avait été faite au cours du débat qui s'était tenu à la dix-septième session de la CNUDCI : il y aurait lieu de déterminer si le projet de convention devrait protéger un porteur seulement dans les cas où il aurait reçu un instrument de bonne foi, et si la règle de protection (art. 27) devrait permettre à un porteur d'avoir les droits d'un porteur protégé même s'il n'avait pas reçu l'instrument de bonne foi[5].

II. *Endossements contrefaits et endossements par un représentant sans pouvoir (article 23)*

A. *Questions de principe posées par les endossements contrefaits*

28. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 1 de l'article 23 était le résultat d'un compromis entre les systèmes de *common law* et les systèmes issus du droit romain en ce sens qu'il suivait l'approche adoptée dans la loi uniforme de Genève, en vertu de laquelle un endossement contrefait n'enlèverait pas la qualité de porteur à l'endossataire ou à un cessionnaire ultérieur tout en aboutissant au résultat ayant cours dans les systèmes de *common law* dans lesquels le risque de perte du fait de la contrefaçon de l'endossement était en fin de compte supporté par la personne qui recevait l'effet de l'auteur de la contrefaçon.

29. On a également noté que, conformément au paragraphe 2, la responsabilité d'un signataire ou du tiré qui payait, ou d'un endossataire pour encaissement qui encaissait un effet dont l'endossement avait été contrefait, n'était pas régie par la Convention et que cette question relevait donc du droit national applicable. On a émis des doutes quant à l'opportunité de laisser des questions importantes concernant les effets de commerce être régies par des législations nationales qui différaient considérablement.

B. *Responsabilité de l'endossataire pour encaissement*

30. Selon une opinion, l'article 23 devait stipuler que l'endossataire pour encaissement n'était pas responsable du préjudice qu'un signataire ou la personne dont l'endossement avait été contrefait subirait du fait de la contrefaçon. A l'appui de cette opinion, on a notamment déclaré que l'endossataire pour encaissement était généralement une banque qui fournissait un service à ses clients et qui n'était pas dans la meilleure des positions pour procéder à des investigations approfondies pour vérifier si l'endosseur avait un droit de propriété légitime sur l'effet ou avait le pouvoir de le signer.

31. En revanche, on a fait remarquer que dans le processus d'encaissement, certains systèmes juridiques faisaient supporter la responsabilité finale par la personne ou par la banque qui avait acquis l'effet de l'auteur de la contrefaçon. Si l'on supprimait cette responsabilité, la personne dont l'endossement avait été contrefait se trouverait privée des recours qu'elle aurait dans son droit national. C'était là un point particulièrement grave en ce sens que, puisqu'en vertu de l'article 23, un endossement contrefait constituait un endossement valable aux fins de la transmission et avait pour résultat que la personne à qui l'effet était transmis devenait un porteur, le paiement de l'effet constituerait un paiement au porteur aux termes du projet de convention et conduirait ainsi à une libération des obligations au titre de l'effet. Dans un tel cas, la personne à qui l'effet était volé et dont l'endossement était contrefait ne pourrait exercer une action en réparation contre le tiré qui avait payé, alors que cette possibilité lui était reconnue par certains systèmes juridiques tout au moins.

32. Le Groupe de travail, après avoir délibéré, a accepté une solution de compromis en vertu de laquelle la responsabilité de l'endossataire pour encaissement qui recevait de l'auteur de la contrefaçon un effet revêtu d'un endossement pour encaissement contrefait ne devait pas être engagée en vertu du paragraphe 1 de l'article 23 s'il n'avait pas connaissance de la contrefaçon, à condition que son ignorance ne soit pas fautive.

33. Les avis ont été partagés en ce qui concerne le moment auquel la contrefaçon devait être apprise pour que la responsabilité de l'endossataire pour encaissement soit engagée. Le Groupe de travail a envisagé à cet égard le moment où l'endossataire pour encaissement recevait l'effet de l'auteur de la contrefaçon, le moment où il encaissait le montant de l'effet auprès du tiré ou d'un signataire, et le moment où il transmettait les fonds encaissés à l'auteur de la contrefaçon. Le Groupe de travail est convenu que la responsabilité de l'endossataire pour encaissement devrait être engagée s'il apprenait la contrefaçon avant de verser la valeur de l'effet à son mandant. Toutefois, sa responsabilité devait également être engagée dans le cas où il créditait le compte de son mandant avant d'encaisser l'effet et apprenait la contrefaçon après avoir crédité le compte de son mandant.

C. *Responsabilité d'un signataire ou du tiré qui règle l'effet*

34. On a relevé que le tiré qui n'avait pas accepté la lettre de change n'était pas obligé par l'effet et que le point de savoir si le paiement par le tiré était un paiement légitime et si le tiré qui avait payé pouvait débiter le compte du tireur, et dans quelles conditions, pouvait dépendre des accords contractuels passés entre le tireur et le tiré. On a émis l'opinion qu'étant donné

[5] *Ibid.*, par. 32.

que la responsabilité du tiré en cas de paiement et de non-paiement était une responsabilité extrinsèque à l'effet, le projet de convention ne devait pas traiter de ces questions.

35. Cependant, selon une autre opinion, le paiement par le tiré d'un effet revêtu d'un endossement contrefait pouvait porter atteinte aux droits de la personne dont l'endossement avait été contrefait. En conséquence, le projet de convention devait traiter cette question. A ce sujet, on a invoqué le paragraphe 2 de l'article 73 selon lequel lorsque le tiré avait réglé la lettre de change, tous les signataires de ladite lettre étaient libérés de leurs obligations.

36. Après avoir analysé les différents problèmes qui se posaient, le Groupe de travail a décidé d'appliquer le régime qu'il avait adopté pour l'endossataire pour encaissement (voir par. 32 plus haut) à l'accepteur, au souscripteur et au tiré ayant payé directement l'effet au contrefacteur d'un endossement. Aussi, lorsqu'un tel paiement causait un préjudice à un signataire ou à la personne dont l'endossement avait été contrefait, le payeur n'était-il pas responsable s'il avait payé le contrefacteur sans avoir connaissance de la contrefaçon, à condition que l'ignorance dudit fait ne soit pas due à une faute du payeur.

D. *Personnes en droit de demander réparation*

37. Le Groupe de travail a noté que d'après l'article 23 1), "tout signataire" était "en droit de réclamer réparation du préjudice qu'il pourrait avoir subi du fait de la contrefaçon". Il a été décidé que, d'une part, ce droit devrait aussi être accordé à la "personne dont l'endossement a été contrefait". D'autre part, le droit à réparation visé au paragraphe 1 de l'article 23 ne devrait pas être accordé à tout signataire de l'effet qui subissait un dommage du fait de la contrefaçon mais uniquement aux signataires qui signaient l'effet avant la contrefaçon. Une telle restriction se justifiait parce que l'idée sur laquelle reposait l'article 23 était qu'une réparation devait être accordée en premier lieu à la personne dont l'endossement était contrefait et en deuxième lieu au signataire qui était dépossédé de l'effet. Par exemple, si un effet était volé dans le courrier avant d'atteindre le bénéficiaire, le tireur ou le souscripteur devait avoir droit à réparation conformément au paragraphe 1 de l'article 23. En revanche, un signataire qui signait l'effet après la contrefaçon était suffisamment protégé par son droit de recours contre un signataire antérieur ou, en l'absence d'un endosseur responsable, par le droit d'action que lui conférait l'article 41.

E. *Conclusions et décisions relatives aux endossements contrefaits [art. 23 1) et 2)]*

38. Le Groupe de travail a examiné le projet de proposition ci-après établi par un groupe de travail spécial composé des représentants de la France et du Royaume-Uni ainsi que des observateurs du Canada et de la Suisse :

"1) Lorsque l'endossement a été contrefait, la personne dont l'endossement a été contrefait ou tout signataire qui a signé l'effet avant qu'intervienne la contrefaçon est en droit de réclamer réparation du préjudice qu'il pourrait avoir subi du fait de la contrefaçon à :

"*a)* l'auteur de la contrefaçon,

"*b)* la personne qui a reçu l'effet directement de l'auteur de la contrefaçon,

"*c)* tout signataire ou le tiré qui a payé l'effet directement à l'auteur de la contrefaçon.

"2) Toutefois, un endossataire pour encaissement n'encourt aucune responsabilité en vertu du paragraphe 1 si, lors de la survenance du dernier de ces deux événements :

"*a)* le moment où il reçoit la valeur de l'effet ou

"*b)* le moment où il la verse à son mandant

il n'avait pas connaissance de la contrefaçon, à condition que son ignorance ne soit pas fautive.

"3) De même, un signataire ou le tiré qui paie un effet n'encourt aucune responsabilité en vertu du paragraphe 1 si, au moment du paiement, il n'avait pas connaissance de la contrefaçon, à condition que son ignorance ne soit pas fautive.

"4) Sauf à l'encontre de l'auteur de la contrefaçon, le montant des dommages-intérêts payables en application du paragraphe 1 ne peut dépasser le montant de l'effet augmenté des intérêts au taux de . . ."

39. Le Groupe de travail, après avoir délibéré, a adopté le projet de proposition sous réserve de la modification ci-après du paragraphe 4. Le Groupe de travail est convenu que le montant des dommages-intérêts payables en application du paragraphe 1 à une personne autre que l'auteur de la contrefaçon ne devrait pas dépasser le montant visé à l'article 66 ou 67. Un représentant a émis des réserves sur cette disposition, en particulier en ce qui concerne le taux d'intérêt stipulé au paragraphe 2 de l'article 66. Certains représentants et observateurs ont estimé que la référence à l'article 66 ou 67 pouvait être contestable car ces articles portaient également sur des questions qui n'étaient pas pertinentes dans le contexte de l'article 23. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'essayer de trouver une formule plus appropriée que la simple référence à ces articles.

40. On a fait remarquer que le régime décrit ci-dessus imposerait d'une façon générale une responsabilité objective à la personne qui traitait directement avec l'auteur de la contrefaçon, à moins qu'elle ne soit un endossataire pour encaissement ou un signataire ou le tiré qui payait l'effet. Un représentant, émettant une réserve, et un observateur ont exprimé l'opinion qu'imposer la réparation du préjudice à une telle personne, qui avait de bonne foi reçu l'effet de l'auteur de la contrefaçon, était une formule inacceptable et gênerait considérablement la circulation de l'effet international.

F. *Endossement par un représentant sans pouvoir [art. 23 3)]*

41. On a relevé que le paragraphe 3 de l'article 23 assimilait l'endossement apposé sur un effet par une personne agissant en qualité de représentant mais sans pouvoir à l'endossement contrefait. Les avis se sont partagés quant à savoir si une telle assimilation était justifiée.

42. On a émis l'avis que l'assimilation n'était pas justifiée étant donné que la majorité des cas visés au paragraphe 3 de l'article 23 présentaient un caractère différent. S'il était exact qu'il ne faille pas faire de différence, pour donner un exemple, entre le cas où un voleur contrefairait la signature du bénéficiaire et celui où il signerait son propre nom mais en se présentant faussement comme le représentant du bénéficiaire, il convenait de distinguer la plupart des cas d'endossement effectué par un représentant sans pouvoir des cas de contrefaçon. En effet, un représentant sans pouvoir n'était pas nécessairement inconnu de la personne qui en avait reçu l'effet et il se pouvait même qu'il ait été muni auparavant de tous les pouvoirs requis ou qu'il ait simplement outrepassé un pouvoir qu'il détenait encore. En pareil cas, la personne qui recevait l'effet avait moins de raisons de se méfier et il ne convenait pas d'exiger d'elle qu'elle procède à une enquête approfondie sur tous les aspects des procédures ou autres circonstances touchant à la question des pouvoirs. Cela était particulièrement vrai, a-t-on souligné, dans le cas d'un endossement pour encaissement, la banque chargée d'encaisser se contentant alors d'assurer un service au bénéfice de son client. Certains partisans de ce point de vue ont souligné qu'il était également injustifié de tenir quelqu'un pour responsable parce qu'il aurait accepté l'effet endossé par un représentant agissant sans pouvoir, à d'autres fins que l'encaissement dans la mesure où l'endossataire n'avait pas connaissance que l'endosseur agissait sans pouvoir.

43. Selon l'opinion de la majorité, on était justifié à mettre sur le même plan le cas d'un endossement effectué par un représentant sans pouvoir et celui d'un endossement contrefait. A l'appui de cette opinion, on a fait valoir que les considérations de principe précédemment admises en relation avec les paragraphes 1 et 2 de l'article 23 étaient tout aussi pertinentes au regard du paragraphe 3. On était donc fondé à faire supporter le risque, en dernière analyse, à la personne qui avait traité directement avec le représentant sans pouvoir. On a fait valoir en outre qu'il était à peu près impossible de faire précisément dans tous les cas le départ entre endossement contrefait et endossement effectué par un représentant sans pouvoir. De plus, on a fait remarquer que la disposition ne s'appliquerait qu'au cas où le représentant n'avait effectivement pas autorité pour lier le représenté. Ainsi, elle ne serait pas applicable dans l'hypothèse où, par exemple, le représentant disposerait de pouvoirs apparents ou implicites en vertu du droit interne applicable.

44. Le Groupe de travail a demandé à un groupe de travail spécial composé des représentants du Mexique, du Nigéria et de la Tchécoslovaquie et des observateurs de la Norvège et du Qatar d'établir un projet de disposition — sous forme d'article séparé si cela paraissait opportun — traitant exclusivement du cas de l'endossement effectué par un représentant sans pouvoir et comprenant le cas échéant des éléments qui ne figuraient pas dans les règles relatives aux endossements contrefaits.

45. Ce groupe de travail spécial a proposé la suppression du paragraphe 3 de l'article 23 et l'insertion d'un nouvel article 23 *bis* ainsi conçu :

"1) Lorsque l'effet a été endossé par une personne agissant en qualité de représentant, mais qui n'a pas pouvoir de signer, tout signataire ou toute personne que le représentant sans pouvoir prétend représenter est en droit de réclamer réparation du préjudice qu'il ou elle pourrait avoir subi du fait de l'endossement :

"*a)* Au représentant sans pouvoir, et

"*b)* A la personne qui a reçu l'effet directement du représentant sans pouvoir, ou

"*c)* Au signataire ou au tiré qui a payé l'effet directement au représentant sans pouvoir,

sous réserve toutefois que la responsabilité de la personne à qui réparation est réclamée sera dégagée si, au moment où ledit effet a été transmis ou payé, ladite personne n'avait pas connaissance [ou n'aurait pu avoir connaissance] du fait qu'elle n'avait pas pouvoir de signer.

"2) Sauf lorsqu'elle est payable par le représentant sans pouvoir, la réparation prévue au paragraphe 1 ne peut dépasser le montant visé aux articles 66 ou 67."

46. Le Groupe de travail, ayant examiné le projet de proposition, a conclu qu'on ne pourrait prendre de décision définitive sur le point essentiel de savoir s'il fallait assimiler l'endossement effectué par un représentant sans pouvoir à l'endossement contrefait qu'après s'être entendu sur les règles applicables à l'endossement contrefait. Cela étant, le Groupe de travail a demandé au groupe de travail spécial chargé de la révision des règles relatives à l'endossement contrefait (voir plus haut, par. 38) d'établir un projet révisé d'article 23 *bis*.

47. Le projet révisé établi par ce groupe de travail spécial composé des représentants de la France et du Royaume-Uni ainsi que des observateurs du Canada et de la Suisse, était ainsi conçu :

"1) Si un endossement est fait par un représentant sans pouvoir, le représenté ou tout signataire qui a signé l'effet après un tel endossement est en droit de réclamer réparation du préjudice qu'il pourrait avoir subi du fait de l'endossement :

"*a)* Au représentant,

"*b)* A la personne qui a reçu l'effet directement du représentant,

"*c)* Au signataire ou au tiré qui a payé l'effet directement au représentant.

"2) Toutefois, un endossataire pour encaissement n'encourt aucune responsabilité en vertu du paragraphe 1 si, lors de la survenance du dernier de ces deux événements :

"*a)* Le moment où il reçoit la valeur de l'effet ou

"*b)* Le moment où il la verse à son mandat

il n'avait pas connaissance du fait que l'endossement n'engageait pas le représenté, à condition que son ignorance ne soit pas fautive.

"3) De même, un signataire ou le tiré qui paie un effet n'encourt aucune responsabilité en vertu du paragraphe 1 si, au moment du paiement, il n'avait pas connaissance du fait que l'endossement n'engageait pas le représenté, à condition que son ignorance ne soit pas fautive.

"4) Sauf à l'encontre du représentant, le montant des dommages-intérêts payables en application du paragraphe 1 ne peut dépasser le montant de l'effet augmenté des intérêts au taux de . . ."

48. Le Groupe de travail, après avoir délibéré, a adopté ce projet de texte révisé, étant entendu que le libellé en serait amélioré et que le paragraphe 4 serait aligné sur la disposition correspondante relative aux endossements contrefaits (voir plus haut, par. 39). Un représentant a soutenu qu'il n'était pas justifié d'assimiler des endossements faits par un représentant sans pouvoir à des endossements contrefaits, et formulé des réserves concernant l'alinéa *b* du paragraphe 1.

III. *Responsabilité du cédant par simple remise (article 41)*

49. Le Groupe de travail a examiné l'article 41 dans le contexte des problèmes suivants : *a)* Le projet de Convention doit-il faire place à une responsabilité de la personne qui a transmis l'effet par simple remise, c'est-à-dire sans l'endosser ? *b)* Dans l'affirmative quelles doivent être la nature et l'étendue de cette responsabilité, et dans quelles circonstances le porteur qui a reçu l'effet par simple remise sera-t-il assuré de pouvoir faire jouer cette responsabilité ? *c)* Enfin, la responsabilité de l'endosseur devrait-elle également être engagée dans l'hypothèse de certains vices affectant l'effet ?

A. *Maintien d'une disposition relative à la responsabilité du cédant par simple remise*

50. On a relevé que le droit des pays de *common law* en matière d'effets de commerce admettait qu'en certains cas la cession d'un effet par simple remise comportait garantie de l'absence de certains vices. On a également relevé que dans les systèmes issus du droit romain la responsabilité du cédant agissant par simple remise était parfois régie par le droit contractuel général ou par le droit relatif à la vente de marchandises.

51. Comme, en l'absence de dispositions pertinentes dans la Convention, les droits nationaux, fondés sur des méthodes diverses, viendraient à régir la question, on est généralement convenu que la Convention devrait contenir des règles touchant cette responsabilité. La raison essentielle pour laquelle le porteur d'un effet transmis par simple remise devrait se voir reconnaître un droit d'action contre le cédant est qu'à défaut de ce droit le porteur pourrait se trouver privé de recours dans le cas où l'effet qu'il a reçu n'était pas celui qu'il comptait légitimement recevoir.

B. *Nature et étendue de la responsabilité*

52. Le Groupe de travail est convenu que le porteur qui a accepté un effet par simple remise et de bonne foi devrait pouvoir compter que les signatures y apposées sont authentiques ou ont été effectuées moyennant pouvoir et qu'elles n'ont fait l'objet d'aucune altération. A cette expectative devrait répondre une protection intégrale, et il n'importe pas à cet égard que la personne qui a transmis l'effet par simple remise ait eu ou n'ait pas eu connaissance des vices dont il s'agit. En revanche, il ne conviendrait pas d'assigner une responsabilité objective au cédant par simple remise dans les cas visés au paragraphe 1 *c* et *d* de l'article 41, c'est-à-dire quant à la condition qu'aucun signataire ne puisse valablement invoquer un droit sur l'effet ou une exception à son encontre et à celle que l'effet n'ait pas été refusé à l'acceptation ou au paiement. En conséquence, la responsabilité encourue dans les cas faisant l'objet du paragraphe 1 *c* et *d* devrait dépendre de la connaissance que le cédant avait de la situation. Un représentant et un observateur ont émis l'avis que la responsabilité du cédant devrait également dépendre de la connaissance qu'il avait de la situation pour ce qui est des cas visés au paragraphe 1 *a* et *d*, c'est-à-dire lorsque la signature a été contrefaite ou apposée sans pouvoir ou lorsqu'il y a eu altération.

53. Le Groupe de travail est convenu que la responsabilité prévue à l'article 41 dans le cas d'un cédant par simple remise ne devrait jouer qu'à l'égard de la personne à laquelle il avait remis directement l'effet. Un observateur a été d'avis que si le cédant avait connaissance d'un vice affectant l'effet et omettait d'en informer le cessionnaire, il se rendait coupable d'une fraude et que sa responsabilité devait alors se trouver engagée à l'égard de tout porteur ultérieur.

54. On a dit que la responsabilité du cédant par simple remise pouvait être évaluée en termes de dommages-intérêts ou de rescision du contrat de cession. Si la responsabilité était définie en termes de dommages-intérêts, le porteur aurait à faire la preuve du préjudice attribuable au vice affectant l'effet et, dans certains systèmes juridiques du moins, il se verrait obligé de transiger quant à leur montant. On pouvait donc penser que, lorsque le porteur disposait d'un recours contre les signataires de l'effet, il fallait exercer ce recours en premier lieu avant de mettre en œuvre le droit visé à l'article 41. Inversement, si le porteur exerçait son droit d'action en vertu de l'article 41 aux

fins de rescision du contrat, il pouvait intenter immédiatement l'action contre son cédant et, dans ce cas, se voir restituer la somme versée contre l'effet, plus les intérêts éventuels, moyennant remise de l'effet au cédant.

55. Après en avoir délibéré, le Groupe de travail a été d'avis qu'il ne fallait retenir aucune de ces deux méthodes dans l'article 41, et que celui-ci devrait être rédigé de manière à conférer au porteur un droit d'action immédiat à l'encontre de son cédant tout en lui laissant la faculté d'intenter une action contre les signataires obligés par l'effet. On a fait remarquer que le porteur, s'il choisissait d'intenter d'abord une procédure contre un signataire obligé par l'effet, conserverait le droit de procéder conformément à l'article 41 faute d'avoir obtenu la totalité du montant qui lui était dû. On a donné l'exemple suivant : le souscripteur A a émis un billet à ordre d'un montant de 1 000 francs suisses au bénéficiaire B; le bénéficiaire B altère frauduleusement le montant du billet en le portant à 2 000 francs suisses, l'endosse en blanc et le cède à C; C remet le billet à D, qui n'a aucune connaissance de l'altération et a le statut de porteur protégé. Selon l'avis qui a prévalu, D était en droit de recouvrer la somme de 2 000 francs suisses auprès de C dès qu'il avait connaissance de l'altération; et il n'importait pas à cet égard que C, lorsqu'il a remis le billet à D, ait eu ou n'ait pas eu connaissance de l'altération, tandis que, selon un autre point de vue, on pouvait douter que ce résultat fût acquis étant donné que l'article 41 traitait de la question des dommages-intérêts. Par ailleurs, à l'échéance du billet, D aura la possibilité d'obtenir un paiement d'un montant de 1 000 francs suisses auprès du souscripteur A puis de recouvrer, par le jeu de l'article 41, la somme de 1 000 francs suisses auprès de C.

56. Le Groupe de travail a examiné le projet révisé d'article 41 établi par le représentant de la France :

"1. La personne qui transmet un effet par simple remise est, sauf convention contraire, garante envers le porteur à qui elle le transmet, que :

"*a)* Cet effet ne comporte aucune signature contrefaite ou apposée sans pouvoir;

"*b)* Cet effet n'a pas été altéré;

"*c)* Aucun signataire ne peut valablement invoquer un droit sur cet effet ou une exception à son encontre;

"*d)* La lettre n'a pas été refusée à l'acceptation ou au paiement ou le billet n'a pas été refusé au paiement.

"2. La garantie prévue au paragraphe 1 *a* et *b* n'est due que si le vice qui affectait l'effet était ignoré du porteur à qui cet effet a été transmis, en dehors de toute prise en considération de l'ignorance ou de la connaissance qu'en aurait la personne qui a transmis l'effet par simple remise.

"Elle n'est due à raison des vices énumérés par le paragraphe 1 *c* et *d*, que si le vice qui affectait l'effet était d'une part connu de la personne qui l'a transmis par simple remise, d'autre part ignoré du porteur à qui cet effet a été transmis.

"3. Le porteur a la possibilité d'exercer, avant ou après l'échéance de l'effet, soit le recours en garantie ci-dessus prévu, soit d'exercer, à due concurrence, contre les signataires obligés en vertu de l'effet dans la limite de leur engagement, le recours prévu par les articles 55 et suivants, soit d'agir en responsabilité contre l'auteur de la contrefaçon ou de l'altération ou de la signature sans pouvoir.

"Sauf à l'encontre de l'auteur de la contrefaçon ou de l'altération ou de la signature sans pouvoir, le porteur, spécialement au cas d'actions multiples exercées, ne peut recevoir une somme totale supérieure à celle du montant de l'effet, augmenté des intérêts au taux de. . .".

57. Après avoir délibéré, le Groupe de travail a adopté le texte révisé du projet, sous réserve d'améliorations de style et de la modification ci-après du paragraphe 3 : le Groupe a convenu que le porteur ne peut recevoir du cédant dans les cas d'effet transmis par simple remise visés à l'article 41 une somme supérieure au montant qu'il a payé ou à la valeur fournie, augmentée des intérêts, somme qui, le cas échéant, peut être inférieure au montant de l'effet. Dans ce contexte, on a observé que, comme le prévoit le paragraphe 1 de l'article 41, le cédant par simple remise peut écarter ou limiter sa responsabilité en accord avec le porteur.

58. S'agissant du taux d'intérêt, on a proposé que le taux applicable soit le taux interbancaire moyen des eurodollars à Londres (LIBOR). Le Groupe de travail a décidé que la question du taux d'intérêt serait examinée lors de sa prochaine session.

59. L'opinion a été émise que la responsabilité du cédant par simple remise en vertu de l'article 41 devrait être conçue en termes de dommages-intérêts et non pas en termes de garanties fournies par lui. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de revoir le texte ci-dessus de l'article 41 afin d'améliorer d'une façon générale son libellé et en particulier d'éviter toute référence à la notion de garantie étant donné que ce terme n'est pas utilisé dans tous les systèmes juridiques.

C. *Extension de l'application de l'article 41 aux endosseurs*

60. Les avis ont été partagés sur la question de savoir s'il fallait étendre la responsabilité prévue à l'article 41 aux endosseurs. On a émis l'opinion que l'engagement de l'endosseur de l'effet consistait à effectuer le paiement au cas où l'effet serait refusé à l'acceptation ou au paiement, pourvu que l'effet ait été dûment présenté ou protesté. En conséquence, si l'effet était refusé à l'acceptation ou au paiement pour l'une des raisons visées au paragraphe 1 de l'article 41, le porteur en obtiendrait le paiement auprès de l'endosseur en se fondant sur l'engagement pris par ce dernier. Il n'était donc pas nécessaire d'étendre la responsabilité prévue à l'article 41 aux endosseurs puisque en l'absence même

d'un tel recours, le porteur recevrait ce qu'il comptait recevoir lorsqu'il avait accepté l'effet.

61. Selon un autre point de vue, faute d'étendre aux endosseurs l'application de l'article 41, la responsabilité du cédant par simple remise pourrait en certains cas s'avérer plus lourde que celle d'un endosseur. Même s'il était exact que la cession par simple remise ne comportait pas garantie de la solvabilité des signataires antérieurs, le droit d'action accordé au cessionnaire par l'article 41 était d'application immédiate, et il était possible d'y recourir avant même l'échéance si le cessionnaire avait dès lors connaissance de vice; en outre, ce droit d'action n'était pas tributaire de certaines procédures à mettre en œuvre pour faire jouer la responsabilité de l'endosseur. De plus, les considérations de principes dont on avait tenu compte au regard de la responsabilité du cédant par simple remise (à savoir que la diversité des méthodes en usage dans les divers systèmes juridiques serait source d'incertitude) étaient également valables au regard de la responsabilité encourue par l'endosseur extrinsèquement à l'effet en raison de vices visés au paragraphe 1 de l'article 41. A ce propos, selon un avis, la responsabilité de l'endosseur qui avait signé l'effet "sans recours" était similaire à celle du cédant par simple remise.

62. Après délibérations, le Groupe de travail n'est pas arrivé à un consensus sur cette question. Aussi a-t-on proposé que, si le projet de convention, conformément à l'avis qui avait prévalu, ne traiterait pas de la responsabilité de l'endosseur pour les vices visés au paragraphe 1 de l'article 41, il devrait contenir une disposition expresse stipulant que ce type de responsabilité serait régi par les dispositions applicables du droit national.

63. Le Secrétariat a été prié de présenter à la session suivante du Groupe de travail une étude sur les avantages et les inconvénients que présenterait une disposition de la Convention imposant une responsabilité à l'endosseur pour les faits visés au paragraphe 1 de l'article 41. Le Secrétariat a en outre été prié d'établir, éventuellement, des variantes de projets de disposition portant sur cette question.

IV. *Définition de la connaissance (article 5)*

64. Des opinions différentes ont été exprimées sur la définition de la connaissance exprimée à l'article 5. Selon une opinion, l'idée selon laquelle une personne était réputée avoir connaissance d'un fait, non seulement si elle en avait effectivement connaissance mais également si elle ne pouvait pas l'ignorer, était inacceptable. Le projet de convention devait éliminer toute ambiguïté et cet objectif ne pouvait être atteint qu'en disposant que seule la connaissance effective constituait la connaissance aux fins de la Convention. Selon une autre opinion, le libellé de l'article 5 devait être maintenu tel quel car il permettrait aux tribunaux de déduire des circonstances d'une affaire qu'une personne devait avoir eu connaissance d'un fait même si elle soutenait le contraire. Il pouvait en fait y avoir des situations dans lesquelles l'ignorance d'un fait était inexcusable. En outre, si la définition de la connaissance était limitée à la connaissance effective, il serait, dans certaines circonstances, extrêmement difficile de prouver la connaissance.

65. On a exprimé l'opinion que même si la connaissance était limitée à la connaissance effective, les tribunaux demeureraient libres de tirer certaines conclusions de facteurs objectifs et de décider qu'une personne avait connaissance d'un fait, même si elle soutenait le contraire. D'un autre côté, le membre de phrase "si elle ne pouvait pas l'ignorer" permettrait à un tribunal d'imputer la connaissance d'un fait à une personne qui n'en avait pas effectivement connaissance parce qu'elle avait volontairement fermé les yeux sur des facteurs pertinents.

66. Le Groupe de travail a examiné une proposition, établie par les représentants de l'Australie, des Etats-Unis et de la Tchécoslovaquie, tendant à remplacer, à l'article 5, les mots "ou si elle ne pouvait pas l'ignorer" par les mots "ou si elle n'en a pas effectivement connaissance parce qu'elle n'a, sans justification, pas tenu compte de faits ou de circonstances qu'elle n'ignorait pas". Selon un observateur, la définition de la connaissance devrait pouvoir inclure la connaissance présumée.

67. Le Groupe de travail, après un échange de vues, est convenu que, aux fins de la Convention, la connaissance devait en principe être la connaissance effective, étant entendu que les tribunaux auraient le pouvoir de déduire des circonstances de l'affaire qu'une personne, même si elle soutenait le contraire, avait effectivement connaissance d'un fait. Toutefois, la définition devait aller plus loin, sans englober la faute, en ce sens qu'elle devait permettre d'imputer la connaissance à une personne qui n'avait pas une connaissance effective parce qu'elle n'avait volontairement pas tenu compte de faits pertinents. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'établir pour sa prochaine session un texte révisé du projet d'article 5 qui concrétiserait l'accord auquel on était arrivé.

B. Transferts électroniques de fonds

Projet de guide juridique sur les transferts électroniques de fonds : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/266 et Add.1 et 2)[a]

[A/CN.9/266]

1. A sa quinzième session, en 1982, la Commission avait décidé que le secrétariat entamerait, en coopération avec le Groupe d'étude de la CNUDCI sur les paiements internationaux, l'établissement d'un guide juridique sur les transferts électroniques de fonds[1]. Elle avait décidé que ce guide devrait viser à fournir des orientations aux législateurs ou aux juristes chargés d'établir les règlements régissant différents systèmes. Plusieurs chapitres du projet du guide juridique avaient été soumis, pour observations générales, à la Commission à sa dix-septième session, en 1984[2]. Le secrétariat avait fait savoir à la Commission que deux projets de chapitres supplémentaires lui seraient soumis à sa dix-huitième session.

2. Les membres de la Commission étaient dans l'ensemble convenus que les projets de chapitres dont la Commission était saisie constituaient un excellent point de départ pour les travaux dans ce domaine et jetaient les bases d'un accord international commun sur les problèmes juridiques en jeu. Il avait été signalé qu'il serait prématuré d'essayer de formuler des règles juridiques uniformes régissant les transferts électroniques de fonds avant qu'un accord international commun n'intervienne sur ce sujet. Il avait toutefois été dit que la réalisation de cet accord commun, à partir du guide juridique, pourrait permettre ultérieurement d'établir des règles uniformes concrètes concernant certains aspects des transferts électroniques de fonds[3]. En conséquence, la Commission avait prié le secrétariat d'achever les autres projets de chapitres et décidé qu'à sa dix-huitième session, elle examinerait ce qu'il conviendrait de faire à ce sujet[4].

3. Les additifs 1 et 2 au présent rapport renferment les deux autres projets de chapitres du guide juridique : "Le caractère définitif des transferts de fonds" et "Problèmes juridiques posés par les transferts électroniques de fonds". La Commission souhaitera peut-être adresser l'ensemble des projets de chapitre aux gouvernements et aux organisations internationales intéressées, pour commentaires, et inviter le secrétariat, en coopération avec le Groupe d'étude de la CNUDCI sur les paiements internationaux, à réviser les projets de chapitre compte tenu des commentaires qui auront été reçus, en vue de les soumettre, pour adoption, à la Commission, lors de sa dix-neuvième session, en 1986.

[a] Pour l'examen par la Commission, voir le *Rapport*, chapitre III, B (première partie, A, plus haut).

[1] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quinzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément n° 17* (A/37/17), par. 73.

[2] Les projets de chapitres ont été publiés sous les cotes A/CN.9/250/Add.1 à 4.

[3] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17* (A/39/17), par. 92.

[4] *Ibid.*, par. 93.

[A/CN.9/266/Add.1]

Chapitre relatif au caractère définitif des transferts de fonds

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
Note d'introduction	1-3
A. Quand les transferts de fonds deviennent-ils définitifs ?	4-22
1. Virements	5-20
a) Débit du compte du transférant	5-7
b) Crédit du compte de la banque bénéficiaire	8
c) Notification du crédit de la banque bénéficiaire	9
d) Décision de la banque bénéficiaire d'accepter le virement	10-11
e) Crédit du compte du bénéficiaire	12-16
f) Ecriture du crédit sous réserve de contre-passation	17
g) Notification du bénéficiaire	18-19
h) Paiement en espèces	20
2. Prélèvements	21-22

Paragraphes

B. Rapport entre le caractère définitif des transferts de fonds entre clients et le caractère définitif des transferts de fonds entre banques 23-30

C. Incidences des progrès techniques sur le caractère définitif des transferts de fonds 31-48

1. Traitement individuel des ordres sur papier 32
2. Traitement par lots 33
3. Traitement des données en direct 34-37
4. Terminaux-clients 38-40
5. Garantie d'acceptation de la banque transférante 41-43
6. Cartes à microcircuit 44-47
7. Télécommunication entre ordinateurs d'ordres de transfert de fonds 48

D. Conséquences liées à la question du caractère définitif des transferts 49-96

1. Règles générales donnant la priorité au transfert de fonds 49-50
2. Conflits de priorité 51-68
   a) Effets du transfert de fonds sur les droits de tiers 51-61
      i) Décès du transférant 53
      ii) Ouverture d'une procédure de déclaration d'insolvabilité à l'encontre du transférant 54
      iii) Incapacité juridique du transférant 55
      iv) Saisie du compte du transférant 56-59
      v) Retrait d'un ordre de transfert de fonds par le transférant 60-61
   b) Notifications données à une banque 62-68
3. Contre-passation de transferts de fonds erronés 69-80
   a) Contre-passation du débit sur la demande du transférant 71-73
   b) Récupération d'un crédit sur la demande de la banque transférante en cas de prélèvement 74-76
   c) Récupération d'un crédit en cas de virement 77-78
   d) Droit qu'a la banque de récupérer le crédit par contre-passation 79-80
4. Disponibilité des fonds 81-91
5. Libération de l'obligation sous-jacente 92-96

E. Règles sur le caractère définitif du transfert et risques liés au système 97-99

Annexe *Page*

La réduction des risques liés au système : expérience de certains pays 172

Note d'introduction

1. La question du caractère définitif des transferts de fonds est souvent considérée comme un facteur d'uniformisation important dans le contexte du droit applicable aux transferts. Dans de nombreux systèmes juridiques, d'importantes conséquences juridiques sont censées apparaître lorsque le transfert de fonds devient définitif. C'est pourquoi les banquiers et les juristes se sont posé la question de savoir si le moment où un transfert électronique de fonds devenait définitif était ou non le même que dans le cas d'un transfert de fonds sur papier. Par ailleurs, les travaux consacrés à la question des transferts de fonds internationaux ont souvent mis en lumière l'importance de définir d'un commun accord le moment où un transfert électronique de fonds devient définitif.

2. A en juger d'après la façon dont elle est définie dans divers systèmes juridiques, la notion de caractère définitif est imprécise. Bien que, dans un grand nombre de ces systèmes, un transfert de fonds soit censé acquérir un caractère définitif à un moment précis dans le temps, divers aspects des transferts peuvent devenir définitifs à des moments différents. Le moment où un transfert de fonds devient définitif à l'égard d'une ou plusieurs des banques qui l'exécutent est souvent différent de celui où il devient définitif à l'égard du transférant et du bénéficiaire.

3. Pour l'élaboration du présent chapitre, on est parti du principe que chacun des effets juridiques qui étaient souvent associés au caractère définitif des transferts devait être traité séparément et que le moment à partir duquel ces effets commençaient à se produire était

déterminé sur la base de considérations pertinentes. Il est permis de penser également qu'il pourrait être utile de recourir à une démarche similaire pour l'élaboration de nouvelles règles régissant les transferts électroniques de fonds et plus particulièrement de règles régissant les relations entre banques dans le cadre des transferts de fonds à l'échelon tant national qu'international. Aussi, lorsque l'on indique dans le présent chapitre qu'un transfert est "définitif", cela veut uniquement dire qu'un certain nombre d'effets juridiques, lesquels ne sont pas nécessairement les mêmes selon les systèmes juridiques, peuvent avoir découlé de ce transfert.

A. Quand les transferts de fonds deviennent-ils définitifs ?

4. Le moment où un transfert de fonds devient définitif ou celui à partir duquel certains effets juridiques apparaissent sont normalement subordonnés à l'adoption d'une mesure concrète par une banque. La liste des mesures prises par les banques qui sont ou qui pourraient être considérées comme conférant un caractère définitif au transfert de fonds dans différents pays est longue. Dans les paragraphes qui suivent on a examiné certaines de ces mesures les plus importantes. En général, les autres ne sont que des variantes.

1. *Virements*

a) *Débit du compte du transférant*

5. Dans un pays (France), il est établi que les virements assurés par une seule banque ou par deux banques sont définitifs, pour autant que l'ordre de transfert de fonds ne peut plus être retiré par le transférant, une fois que le compte de ce dernier a été débité. On a émis l'opinion que le transfert de fonds devrait également être considéré comme définitif si une procédure de déclaration d'insolvabilité est entamée ultérieurement contre le transférant. Sur le plan théorique, si un virement est considéré comme juridiquement définitif une fois que le compte du transférant est débité, c'est parce que cette opération a pour effet de retirer à ce dernier la propriété des fonds. Si cette règle est étendue à d'autres conséquences découlant du caractère définitif du transfert, il peut en résulter que, dans le cas d'un virement assuré par une banque ayant des succursales multiples ou par deux banques, celui-ci devient définitif plusieurs jours avant que le compte du bénéficiaire soit effectivement crédité.

6. Toutefois, on ne connaît aucun pays où ce principe soit appliqué aux virements assurés par trois banques. En France, on justifie souvent ce traitement différent par le fait qu'en pareil cas, les fonds sont considérés comme étant entre les mains d'un agent du transférant jusqu'à ce que la banque bénéficiaire soit créditée par la banque intermédiaire et que, jusqu'à ce moment-là, le transférant peut désavouer cet agent.

7. Dans de nombreux autres systèmes bancaires, les transferts de fonds ne peuvent en aucun cas être considérés comme définitifs d'un point de vue juridique tant que la banque bénéficiaire n'a pas eu la possibilité de déterminer si le règlement offert était acceptable. Dans certains pays, un défaut de règlement de la part d'une banque dans le cadre d'un transfert de fonds interne est une possibilité qu'il faut envisager et, dans le cas de transferts de fonds internationaux, il se peut que, du fait de la nature même de ces derniers, des banques transférantes étrangères soient dans l'incapacité de s'acquitter de leurs obligations. Toutefois, la question du règlement n'a pas nécessairement de répercussions sur le caractère définitif de la transaction si la structure du système bancaire exclut toute éventualité de non-règlement des banques bénéficiaires, surtout si toutes les banques sont contrôlées par l'Etat.

b) *Crédit du compte de la banque bénéficiaire*

8. Si le virement entre les banques est définitif lorsque le compte de la banque bénéficiaire a été crédité par la banque transférante ou par une banque intermédiaire, ou bien encore lorsqu'il a été crédité auprès d'une chambre de compensation ou par son intermédiaire, et si le crédit ne peut plus être contre-passé du fait, soit du retrait des ordres de transfert, soit de l'incapacité de la banque expéditrice à effectuer le règlement, on peut considérer que le transfert de fonds acquiert simultanément vis-à-vis du transférant et du bénéficiaire un caractère définitif d'un point de vue juridique au moment où le compte de la banque bénéficiaire est crédité. En pareil cas, le fait que le compte du bénéficiaire soit crédité ultérieurement n'affecte en rien le caractère définitif du transfert de fonds. Par le passé, on aboutissait souvent à une situation similaire dans le cas des transferts sur papier lorsque la banque expéditrice réglait la banque bénéficiaire en joignant à son ordre de transfert de fonds un instrument qui l'engageait de façon irrévocable, comme par exemple un chèque ou un instrument de paiement bancaires.

c) *Notification du crédit de la banque bénéficiaire*

9. Les observations ci-dessus valent si le virement entre les banques est considéré comme définitif lorsque la banque bénéficiaire a été avisée que son compte a été crédité; par conséquent, le transfert de fonds serait considéré comme définitif vis-à-vis du transférant et du bénéficiaire une fois qu'un tel avis aurait été donné à la banque bénéficiaire.

d) *Décision de la banque bénéficiaire d'accepter le virement*

10. Dans de nombreux pays de *common law*, un virement peut devenir définitif au moment où la banque bénéficiaire décide de l'accepter. Cette décision, que la banque doit prendre après s'être assurée de la fiabilité du règlement offert en contrepartie du crédit qu'on lui demande d'ouvrir, peut revêtir la forme de tout acte témoignant de son intention.

11. Cette règle présentait autrefois l'avantage que le transfert devenait définitif aussitôt que la banque bénéficiaire avait reçu l'ordre de virement et avait eu la possibilité de procéder aux vérifications nécessaires. Par

conséquent, la décision de la banque bénéficiaire d'accepter un ordre de virement international pouvait intervenir dès que le délai minimal acceptable pour conclure au caractère définitif d'un transfert de fonds était écoulé. Elle présente par contre l'inconvénient qu'en cas de différend, il faut une décision judiciaire pour déterminer si un employé particulier de la banque a agi de manière subjective à un moment donné, ce qui n'est possible qu'en examinant les faits relatifs à chaque cas. Cette règle, qui a été élaborée à une autre époque pour les besoins de l'acceptation des lettres de change et des chèques, peut ne pas présenter autant d'intérêt à l'heure actuelle pour déterminer le caractère définitif des transferts de fonds dans le contexte du traitement par lots et des télécommunications en direct.

e) *Crédit du compte du bénéficiaire*

12. Les virements traités par lots n'étant pas normalement soumis à l'acceptation explicite de la banque bénéficiaire, le crédit du compte du bénéficiaire est la première opération concrète qui intervient à coup sûr. Dans de nombreux systèmes juridiques, on considère que c'est cette opération qui confère un caractère définitif au transfert de fonds.

13. Toutefois, bien que le crédit du compte du bénéficiaire soit une opération concrète, il est souvent impossible de déterminer le moment précis où il intervient. Lorsque les écritures sont tenues sous une forme lisible, il est possible de déterminer l'ordre dans lequel les débits et les crédits ont été passés en écriture, bien qu'il puisse ne pas être possible de déterminer ultérieurement l'heure exacte à laquelle ils l'ont été. Dans le cas des ordres de transfert de fonds qui sont transmis séparément par télécommunication d'ordinateur à ordinateur et qui sont passés en écriture après vérification, l'heure d'écriture peut être indiquée dans le relevé de la transaction. Toutefois, les ordres de transfert de fonds électroniques ou sur papier traités par lots ne comportent pas généralement d'indication d'heure. Bien qu'il soit possible techniquement de le faire pour chaque ordre, on est en droit de se demander s'il serait souhaitable d'imposer cette pratique uniquement pour déterminer le moment à partir duquel le transfert de fonds devient définitif. Il serait tout aussi efficace de considérer que le transfert est définitif à partir du moment où le lot est introduit dans la machine pour traitement ou en est retiré après traitement, opérations qui sont en général enregistrées.

14. Le fait de passer en écriture un crédit en dehors des heures normales de travail et de le dater du jour suivant soulève sur le plan juridique la question de savoir si la transaction prend effet immédiatement ou seulement à l'heure d'ouverture des banques le jour suivant. Il s'agit là d'un problème qui se pose dans tous les systèmes juridiques et qui deviendra de plus en plus épineux à mesure que se généraliseront les services bancaires disponibles 24 heures sur 24, que ce soit pour des opérations internationales ou pour des opérations de consommateurs déclenchées au moyen de toute la gamme des terminaux-clients.

15. Le fait d'indiquer une date d'intérêt postérieure d'un ou plusieurs jours à la date d'écriture soulève un problème différent. Dans de nombreux pays de tradition romaine, le transfert de fonds est définitif une fois que le crédit est passé en écriture et le bénéficiaire a toute liberté pour retirer les fonds. Toutefois, il ne perçoit pas d'intérêts avant la date d'intérêt et, si les fonds sont retirés avant cette date, il doit payer jusqu'à la date d'intérêt une commission équivalant au taux d'intérêt pratiqué pour les prêts. En conséquence, dans ces pays, les banques bénéficiaires qui reçoivent un virement avant la date de disponibilité, c'est-à-dire la date à laquelle, conformément aux instructions du transférant, les fonds doivent être mis à la disposition du bénéficiaire, peuvent passer le crédit immédiatement en écriture mais indiquer une date d'intérêt correspondant à la date de disponibilité.

16. Dans les pays de *common law*, la situation risque d'être différente. Il est courant, lorsqu'une date de disponibilité ultérieure est précisée dans l'ordre de transfert de fonds, de différer le crédit du compte du bénéficiaire jusqu'à la date indiquée, bien que la transaction puisse être enregistrée sur l'ordinateur de la banque bénéficiaire à une date antérieure en vue de créditer le compte à la date de disponibilité. En conséquence, si le caractère définitif de la transaction est subordonné au crédit du compte du bénéficiaire, le transfert de fonds ne sera pas définitif avant la date de disponibilité et les fonds ne pourront pas être retirés avant cette date.

f) *Ecriture du crédit sous réserve de contre-passation*

17. Dans certains pays, les banques peuvent débiter et créditer les comptes de leurs clients tout en conservant la possibilité de procéder à une contre-passation d'écritures pendant un certain temps. Bien que cette procédure soit utilisée dans plusieurs pays, l'application la plus connue qui en est faite pour les transferts internationaux de fonds a trait aux virements effectués par l'intermédiaire du système CHIPS et d'autres systèmes similaires de compensation électronique utilisés aux Etats-Unis, lesquels permettent d'effectuer des règlements nets le jour même (ou le jour suivant). Etant donné que les règles du système CHIPS prévoient la possibilité qu'une ou plusieurs banques dont le solde net est débiteur n'effectuent pas le règlement, nombre de banques participantes créditent provisoirement les comptes de leurs clients dès que les ordres de virement correspondants leur sont communiqués par le système. Toutefois, ces crédits peuvent être contre-passés en cas de non-règlement. Les crédits provisoires et les virements deviennent irrévocables lorsque le règlement est définitif. Dans le cas d'autres types de virement pour lesquels on a prévu un éventail plus large de cas donnant lieu à des contre-passations d'écritures, le crédit porté provisoirement au compte du bénéficiaire peut devenir irréversible une fois écoulé le délai de contre-passation prévu par le système. Bien qu'"irréversible" et "définitif" ne soient pas synonymes, en pareil cas le transfert de fonds est généralement considéré comme étant définitif une fois que le crédit est devenu irréversible.

g) *Notification du bénéficiaire*

18. Dans de nombreux systèmes juridiques, un virement est réputé définitif une fois qu'un avis de crédit est fourni au bénéficiaire. On considère qu'il s'agit du moment auquel l'information selon laquelle le compte du bénéficiaire a été crédité sort de la banque.

19. Cette règle est basée sur la pratique qui consiste à envoyer un avis de crédit à la fin de la journée ou le jour suivant chaque fois que le compte du client a été crédité. Toutefois, si les clients peuvent, au moyen de terminaux en liaison directe mis à leur disposition, se renseigner sur le solde de leur compte et les opérations récentes qui ont été effectuées, on pourrait conclure, en application de cette règle, que le crédit est définitif dès qu'il est porté au compte. En pareil cas, il ne serait plus nécessaire d'envoyer un avis de crédit au bénéficiaire pour que le transfert de fonds devienne définitif.

h) *Paiement en espèces*

20. Lorsque la banque bénéficiaire doit remettre des espèces au bénéficiaire, à son domicile ou son établissement, comme le font de nombreux réseaux de virement grand public et en particulier ceux gérés par les services postaux, le transfert de fonds peut être considéré comme définitif une fois que les espèces ont été remises. Il semblerait donc que le transfert de fonds ne puisse pas être considéré comme définitif si le bénéficiaire refuse les espèces. Tel peut également être le cas lorsque la banque bénéficiaire doit garder les fonds en vue de les remettre en espèces ou sous une forme équivalente au bénéficiaire après identification.

2. *Prélèvements*

21. Eu égard au fait que les prélèvements deviennent définitifs lorsque la banque transférante prend les mesures voulues, les moments auxquels un transfert de fonds peut devenir définitif sont essentiellement les mêmes, qu'il s'agisse d'un prélèvement ou d'un virement. Autrement dit, le transfert de fonds peut devenir définitif lorsque la banque transférante décide d'accepter l'ordre de prélèvement, lorsque le compte du transférant est débité, lorsqu'un avis de débit est donné ou lorsque, une fois que le compte a été débité, le délai prévu pour la contre-passation du débit est écoulé.

22. Toutefois, il faut apporter une réserve importante à l'affirmation selon laquelle les moments auxquels un prélèvement et un virement peuvent devenir définitifs sont les mêmes. Le fait que le compte du bénéficiaire a été crédité n'implique pas que le prélèvement est définitif. Au contraire, si le compte du bénéficiaire est crédité dès que la banque bénéficiaire commence à traiter l'ordre de prélèvement, par exemple lorsqu'un chèque est déposé, ce crédit sera normalement considéré comme étant provisoire et sujet à contre-passation en cas de refus de l'ordre. Cela est le cas même dans des pays qui, du fait de leur système juridique, hésiteraient à autoriser une banque bénéficiaire à contre-passer un crédit porté au compte d'un bénéficiaire.

B. Rapport entre le caractère définitif des transferts de fonds entre clients et le caractère définitif des transferts de fonds entre banques

23. Un transfert de fonds entre les comptes de clients de différentes banques s'effectue par le biais d'un transfert de fonds entre ces banques. Lorsqu'un prélèvement est réglé au moyen de débits et de crédits provisoires, le transfert de fonds interbancaire est définitif lorsque le transfert entre les deux clients est définitif. Si le règlement se fait au moyen d'un transfert de fonds séparé provenant de la banque transférante, le caractère définitif de ce règlement peut être dissocié du caractère définitif du transfert client. Toutefois, le système juridique peut prévoir que le transfert client n'est pas définitif et peut être contre-passé si le règlement ne devient pas définitif.

24. Le caractère définitif des virements entre banques, par opposition aux transferts entre clients, soulève d'importantes difficultés sur les plans théorique et pratique. Bien qu'en théorie les difficultés soient les mêmes pour les virements entre banques traités par lot (dont le montant est généralement faible) et les virements entre banques traités individuellement (dont le montant est souvent élevé), ces derniers sont pratiquement les seuls à soulever des problèmes dans la réalité.

25. Dans le cas des virements traités individuellement et en particulier des transferts internationaux portant sur des sommes élevées, jusqu'à six ou sept banques peuvent avoir à intervenir. Toutes ces interventions peuvent s'enchaîner ou bien correspondre à des opérations de remboursement dans certains cas. Chaque phase d'un virement revêt la plupart des caractéristiques d'un transfert de fonds séparé entre les deux banques participant à cette phase. Ces phases sont appelées "transactions de transferts de fonds" dans la norme DIS 7982. Un ordre de virement et un moyen de règlement séparés sont nécessaires pour chaque transaction de transfert de fonds. Toutefois, les règles interbanques régissant le caractère définitif de la transaction de transfert de fonds entre banques n'ont pas la prétention de régir l'ensemble du transfert de fonds dont cette transaction constitue un élément.

26. Bien que les règles interbanques régissant la transaction de transfert de fonds puissent être stipulées dans un accord bilatéral entre les deux banques intéressées, elles sont souvent énoncées dans des accords généraux entre banques ou dans les règlements des chambres de compensation ou d'autres réseaux. Ces règles s'appliquent, que la banque expéditrice agisse en son nom propre (par exemple en procédant à un paiement lié à une opération sur devises effectuée pour son propre compte) ou qu'elle exécute l'ordre d'un de ses clients autre qu'une banque ou de l'une de ses banques correspondantes. Elles s'appliquent également, que le crédit doive être utilisé par la banque réceptrice pour couvrir une obligation de la banque expéditrice ou d'une banque située plus en amont dans la filière, ou qu'il doive être porté par la banque réceptrice au compte d'un de ses clients autre qu'une banque ou au compte d'une de ses banques correspondantes, le cas

échéant en vue d'être crédité au compte d'un client de cette dernière. L'identité de la source initiale d'un virement et du bénéficiaire final ainsi que le motif commercial du transfert influent sur le contenu de certains éléments de données dans l'ordre de transfert de fonds; toutefois, ils n'affectent pas les procédures régissant la transaction de transfert de fonds et en particulier les règles régissant son caractère définitif.

27. Comme on l'a noté dans les paragraphes 8 et 9, le caractère définitif d'un virement entre le transférant et le bénéficiaire peut dépendre du caractère définitif de la transaction de transfert de fonds entre les banques. Toutefois, dans de nombreux systèmes juridiques, le transfert de fonds ne sera pas considéré comme définitif à l'égard du transférant et du bénéficiaire tant que les mesures appropriées n'auront pas été prises à l'égard du bénéficiaire, par exemple en envoyant à ce dernier un avis de crédit. En conséquence, il peut s'écouler un certain laps de temps pendant lequel la transaction de transfert de fonds est définitive à l'égard des deux banques alors qu'elle ne l'est pas encore à l'égard du transférant et du bénéficiaire. Dans d'autres systèmes juridiques, la transaction de transfert de fonds entre les deux banques peut ne pas être définitive tant que le transfert de fonds entre le transférant et le bénéficiaire n'est pas considéré comme tel en application de la règle appropriée.

28. Lorsque trois banques ou plus sont intéressées, la distinction entre le transfert de fonds du transférant au bénéficiaire et la transaction de transfert de fonds entre chaque groupe de deux banques devient à la fois plus claire et plus importante. Un transfert de fonds portant sur des sommes importantes qui est assuré par trois banques ou plus transite souvent par un ordinateur de compensation qui dispose de règles clairement définies pour déterminer le moment auquel le transfert devient définitif à l'égard de la banque expéditrice et de la banque réceptrice. Lorsque celles-ci interviennent toutes les deux en tant qu'intermédiaires dans le cadre d'un transfert client, cette phase intermédiaire du transfert de fonds peut être définitive, même si les fonds doivent transiter par une ou plusieurs autres banques avant de parvenir à la banque bénéficiaire.

29. Le fait qu'une transaction de transfert de fonds entre banques intermédiaires est définitive devrait normalement éteindre le droit de la banque expéditrice d'annuler son ordre de transfert de fonds. En conséquence, si la banque expéditrice reçoit après l'achèvement d'une transaction de transfert de fonds un avis indiquant que le transférant a retiré son ordre de transfert de fonds, il est trop tard pour que cela exerce un effet sur cette transaction. De même, l'annonce du décès du transférant, le déclenchement d'une procédure de déclaration d'insolvabilité contre ce dernier ou la saisie de son compte n'auraient aucun effet en pareil cas. Cela implique que la banque réceptrice qui prend part à la transaction de transfert de fonds peut également ne pas être tenue de transmettre à son créditeur tout avis de ce genre qu'elle peut avoir reçu. Si tel est le cas, l'effet juridique de ces divers avis à l'égard du transfert de fonds dans son ensemble peut également s'éteindre du fait du caractère définitif d'une transaction de transfert de fonds intermédiaire. Afin d'éviter cette situation, la banque transférante ou la banque expéditrice peuvent être tenues d'envoyer l'avis directement à la banque bénéficiaire.

30. Le fait de conférer rapidement un caractère définitif à une transaction de transfert de fonds a en outre pour effet de prémunir le processus de transfert de fonds contre le non-règlement de la transaction par une banque intermédiaire. Cette question est examinée plus loin aux paragraphes 97 à 99 et dans l'annexe.

C. Incidences des progrès techniques sur le caractère définitif des transferts de fonds

31. Même avant l'avènement des techniques modernes de transfert électronique de fonds, les changements intervenus dans les techniques utilisées pour traiter les ordres de transfert de fonds sur papier avaient modifié les règles régissant le caractère définitif des transferts de fonds.

1. *Traitement individuel des ordres sur papier*

32. Les règles traditionnelles régissant le caractère définitif des transferts de fonds ont été mises au point pour les besoins du traitement individuel des ordres de transfert de fonds sur papier. Ces règles tendaient à être basées sur quatre hypothèses concrètes qui étaient plus ou moins les mêmes dans la majorité des systèmes bancaires. Ces hypothèses étaient les suivantes :

a) Les comptes étaient tenus sous une forme tangible et lisible à la banque ou à l'agence où le compte était domicilié. Les mesures à prendre en considération aux fins des règles régissant le caractère définitif (ainsi que celles régissant le délai dans lequel la banque devait agir) étaient prises dans cette banque ou cette agence.

b) Chaque ordre de transfert de fonds était traité individuellement et non par lots, tant par la banque donneur d'ordre que par la banque destinataire.

c) Vu l'organisation du travail, les ordres devaient être vérifiés et passés en écriture dans leur ordre d'arrivée à l'agence et être traités de façon identique, l'étape finale consistant à les passer en écriture sur les comptes et à envoyer des avis le cas échéant. On pouvait savoir à tout moment quelles vérifications avaient été effectuées ou quelles décisions avaient été prises au sujet d'un ordre de transfert de fonds donné et il était toujours possible, en se reportant aux écritures du compte, de déterminer l'ordre dans lequel les instructions avaient été reçues et acceptées.

d) Le volume des transactions était suffisamment faible pour permettre de prendre toutes les mesures nécessaires en vue d'accepter ou de refuser les ordres de prélèvement ou de virement le jour de leur réception. Les règlements des chambres de compensation exigeaient souvent que tout effet à retourner, comme par exemple les ordres de prélèvement refusés, soient renvoyés le même jour, et les règles régissant le caractère définitif des transferts permettaient souvent la contre-passation d'écritures le jour même, mais pas au-delà. Une heure limite était parfois fixée pour les ordres qui avaient été

reçus trop tard pour être traités le jour même. En pareil cas, les ordres reçus après l'heure limite pouvaient être considérés comme ayant été reçus le jour suivant.

2. *Traitement par lots*

33. Le recours aux techniques de traitement par lots modifie un certain nombre des hypothèses concrètes sur lesquelles les règles traditionnelles concernant le caractère définitif des transferts étaient souvent basées :

a) Afin de bénéficier des gains de productivité que permet le traitement par lots d'un volume important de transactions, des installations centralisées de traitement de données ont été créées. Les comptes ne sont plus tenus dans chaque agence bancaire. Le centre de traitement des données et les agences se partagent souvent la responsabilité de prendre les mesures devant conduire à l'acceptation ou au refus des ordres.

b) Afin d'obtenir des lots homogènes présentant les caractéristiques nécessaires, les ordres peuvent être rassemblés et acheminés périodiquement à l'installation de traitement des données, dans certains cas seulement à la fin de la journée. Les ordres de transfert de fonds qui doivent être exécutés à date fixe peuvent être envoyés avant la date d'écriture à une chambre de compensation automatique ou à une banque bénéficiaire en vue d'être traités à l'avance. Il n'existe plus de relation fixe entre les moments où un ordre précis de transfert de fonds est reçu par la banque, où des décisions cruciales sont prises de façon explicite ou implicite pour l'accepter, où les écritures sont passées au compte et où le transfert de fonds devient effectif. Il en résulte que les règles concernant le caractère définitif du transfert qui étaient basées sur cette relation sont difficiles à appliquer.

c) Le traitement par lots est conçu pour traiter un volume important de transactions économiquement plutôt que rapidement. Les transferts de fonds qui doivent être exécutés à date fixe peuvent être traités à l'avance et parfois même plusieurs jours avant la date effective par la banque transférante, la chambre de compensation automatique ou la banque bénéficiaire. Les ordres de transfert de fonds reçus pour action immédiate pendant la journée peuvent être traités la nuit même. Ce n'est que le jour suivant que les employés de banque responsables des comptes clients obtiennent les relevés des transactions et les nouveaux soldes. Les règles régissant l'achèvement du transfert, qui prévoient que toutes les opérations doivent être effectuées le jour de la réception, peuvent donc être difficiles à appliquer dans le cas du traitement par lots.

3. *Traitement des données en direct*

34. Le recours au traitement des données en direct rétablit certains aspects des anciennes méthodes qui consistaient à traiter les ordres de façon séparée. Lorsqu'une banque traite des transferts de fonds en direct, son ordinateur vérifie l'authenticité de l'ordre ainsi que la situation des comptes concernés et passe simultanément en écriture les débits et les crédits, que ceux-ci soient provisoires ou non. Grâce au traitement des données en direct :

a) Le fait que les comptes sont débités et crédités en direct à partir d'un grand nombre d'agences ainsi que d'autres lieux affranchit les règles régissant le caractère définitif (et les délais) du transfert des contraintes antérieures liées à l'endroit où le compte était tenu.

b) Chaque transfert de fonds est traité à l'intérieur de la banque et les écritures sont passées individuellement sans que l'on ait à attendre que des lots présentant les caractéristiques appropriées soient constitués ni que les ordres soient acheminés jusqu'au centre de traitement de données. L'ordre et, si on le désire, l'heure exacte des transactions effectuées en direct, sont indiqués de façon permanente dans les écritures.

35. Lorsqu'un système de traitement des données en direct permet de débiter et de créditer directement les comptes pertinents, il semblerait, concrètement, que la situation en ce qui concerne les règles régissant le caractère définitif de transfert soit la même que si l'on avait affaire à des écritures traditionnelles passées sur papier, c'est-à-dire que, pour savoir si le transfert de fonds est définitif, à quelque fin que ce soit, il faut déterminer si, en application de la règle pertinente, le transfert de fonds est devenu définitif lors de la passation en écriture du débit ou du crédit, ou à un autre moment.

36. Dans d'autres cas, les systèmes de traitement des données en direct passent en écriture les débits et les crédits à des comptes provisoires. Ces comptes peuvent être ultérieurement amalgamés avec les comptes ordinaires, une fois que le règlement interbancaire a été effectué ou à tout autre moment jugé approprié par la banque. Dans l'intervalle, l'ordinateur peut être programmé de manière à indiquer la situation du compte provisoire plutôt que du compte ordinaire en cas de demande de renseignements concernant le solde du compte ou les opérations effectuées, si bien que l'existence des comptes provisoires peut ne pas être directement décelable, même par de nombreux employés de la banque. Toutefois, tant que les débits et les crédits n'ont pas été intégrés dans les comptes ordinaires, le transfert de fonds peut ne pas être considéré comme définitif en application des règles basées sur l'heure d'écriture.

37. Lorsque l'on a recours à la fois au traitement en direct et au traitement par lots, il est difficile de fixer des priorités entre les différents transferts de fonds sur la base de l'heure d'écriture des débits ou des crédits. Il convient de noter en outre que les ordres de transfert de fonds qui sont traités en direct par la banque expéditrice peuvent néanmoins être transmis en différé par lots à une autre banque ou à une chambre de compensation automatique. En pareil cas, il est probable que la banque réceptrice traitera ses ordres par lots.

4. *Terminaux-clients*

38. Les terminaux-clients en ligne stockent les données concernant la transaction sur un support de mémoire en

vue de leur traitement ultérieur par lots. Dans la plupart des cas, les règles normales régissant le caractère définitif des transferts applicables aux ordres de transfert de fonds traités par lots seraient appropriées. Toutefois, il y aurait probablement lieu de considérer que le transfert de fonds effectué par le biais d'un distributeur de billets exploité en connexion ou en autonome est définitif une fois que les billets sont retirés. En pareil cas, le débit du compte du client ne constituerait qu'une simple formalité comptable. Cela serait conforme aux règles régissant le moment auquel les chèques ou les ordres de virement payés en espèces deviennent définitifs.

39. Bien que les terminaux-points de vente en ligne permettent de créditer immédiatement le compte du commerçant (bénéficiaire) et de débiter le compte de l'acheteur (transférant), certains systèmes qui permettent de vérifier en direct l'authenticité de l'ordre de transfert de fonds et le solde du compte du transférant diffèrent le débit du compte du transférant d'un ou plusieurs jours afin d'accorder à ce dernier un délai identique à celui qui serait intervenu antérieurement s'il avait réglé par chèque. Un certain délai, qui peut être identique à celui qui s'écoule avant que le compte du transférant soit débité, peut intervenir avant que le compte du commerçant soit crédité. De ce fait, dans la plupart des systèmes juridiques, l'application des règles habituelles conduirait à la conclusion que le transfert de fonds n'est pas définitif avant la date d'écriture pertinente.

40. Si seul le débit est différé, en application de certaines règles concernant le caractère définitif des transferts, le transfert de fonds sera considéré comme définitif dans le cas d'un virement, mais non dans le cas d'un prélèvement. Si seul le crédit a été différé, c'est l'inverse qui se produit. Pour pouvoir déterminer si l'on a affaire à un prélèvement ou à un virement, il peut également être nécessaire de savoir si l'ordre de transfert de fonds provenant du terminal-point de vente a transité d'abord par la banque de l'acheteur (virement) ou par la banque du commerçant (prélèvement). Toutefois, si l'ordre de transfert de fonds a transité par un commutateur qui a transmis simultanément le crédit à la banque du commerçant et le débit à la banque de l'acheteur, le transfert de fonds ne peut plus être classé ni comme un prélèvement ni comme un virement et on ne peut plus se baser sur ce critère pour en déterminer le caractère définitif.

5. *Garantie d'acceptation de la banque transférante*

41. Les systèmes de cartes de crédit, les systèmes de chèques garantis tels qu'Eurochèque et les systèmes de terminaux-points de vente à prélèvement retardé prévoient que, si les procédures voulues ont été respectées, le bénéficiaire (commerçant) est crédité du montant de l'ordre de prélèvement même s'il apparaît que cet ordre a été émis frauduleusement. Ces procédures stipulent notamment que le transférant doit s'identifier de la manière voulue et elles exigent parfois que le bénéficiaire (commerçant) obtienne une autorisation de la banque transférante (ou du réseau intéressé) avant d'effectuer la transaction.

42. La garantie d'acceptation crée un hybride juridique dans la législation des transferts de fonds. Cette garantie a pour résultat direct qu'en vertu des arrangements contractuels, la banque transférante est irrévocablement tenue vis-à-vis du bénéficiaire et de la banque bénéficiaire d'accepter l'ordre de prélèvement lorsqu'il est présenté. Les arrangements contractuels doivent en outre nécessairement stipuler que le transférant renonce à tout droit de retirer l'ordre de prélèvement qu'il aurait normalement en vertu de la législation applicable au transfert de fonds. Lorsque le droit des consommateurs permet au transférant de retirer l'ordre de prélèvement pendant une période donnée, ce qui interdit à la banque transférante, pendant ce délai, de débiter irrévocablement le compte du transférant en application de l'ordre de prélèvement, la garantie donnée par la banque transférante au bénéficiaire et à la banque bénéficiaire sera nécessairement assortie de la même condition.

43. Cependant, lorsque la garantie de la banque transférante est complète et irrévocable, on pourra considérer que la situation juridique est similaire à celle faisant suite à l'acceptation d'une lettre de change (ou la certification d'un chèque dans les pays où la certification est autorisée). En outre, la situation serait similaire à celle rencontrée dans de nombreux systèmes juridiques, lorsqu'un transfert de fonds est définitif au moment où la banque transférante s'engage irrévocablement à procéder au règlement avec la banque bénéficiaire, par exemple en émettant en sa faveur son propre ordre irrévocable de transfert de fonds, notamment un chèque bancaire ou un instrument de paiement bancaire. Si l'on fait une telle comparaison, on peut envisager d'autres conséquences liées au caractère définitif du transfert en cas de garantie de paiement : par exemple, le montant du compte du transférant pouvant être saisi serait réduit du montant du transfert garanti, même si le compte n'a pas encore été débité.

6. *Cartes à microcircuit*

44. Les cartes à microcircuit n'étant pas encore très répandues pour les transferts de fonds, l'étude des effets de cette nouvelle technique sur les règles relatives au caractère définitif du transfert ne peut être que spéculative. Il semble cependant que, si ces cartes ne sont utilisées que pour permettre d'identifier le transférant plus sûrement qu'à l'heure actuelle, la législation régissant les transferts de fonds, y compris les règles concernant leur caractère définitif, ne sera pas directement affectée. Cela, que le transfert de fonds se fasse en direct ou en différé. De même, dans un système en différé, si la carte est programmée pour autoriser un montant donné d'achats (sans aucun doute avec une garantie d'acceptation de la part de la banque transférante), mais que le débit du compte du transférant et le crédit du compte du bénéficiaire ne sont effectués qu'après l'achat, les règles concernant le caractère

définitif du transfert seront sans doute celles normalement applicables lorsqu'il y a garantie d'acceptation.

45. Une troisième procédure de transfert de fonds au moyen de cartes à microcircuit pose des problèmes plus difficiles à propos des règles régissant le caractère définitif du transfert. Dans ce cas, la banque transférante inscrit une certaine valeur sur la carte. Le transférant peut remettre des espèces à la banque transférante, mais en général son compte est débité de cette valeur au moment où la carte acquiert ladite valeur. Au fur et à mesure que la carte est utilisée pour l'achat de biens ou services, la valeur de la carte est réduite par les terminaux-points de vente. Le bénéficiaire (commerçant) est crédité du montant de l'achat par la banque bénéficiaire soit en direct, soit, plus probablement, en différé. Ainsi, l'ensemble du transfert de fonds comporte deux étapes, l'inscription sur la carte d'une valeur donnée et l'utilisation de cette valeur pour acheter les biens et services. Ces deux étapes peuvent être considérées comme deux transactions séparées, ou comme une transaction ayant lieu à deux moments différents. Dans les deux cas, le crédit du compte du bénéficiaire sera définitif au même moment, c'est-à-dire au moment de l'achat des biens ou services ou après. Cependant, le débit du compte du transférant pourra être considéré comme définitif soit lorsqu'une certaine valeur est inscrite sur la carte et que le compte est débité, soit lorsque la carte est utilisée pour acheter des biens ou services.

46. Par ailleurs, le débit du compte du transférant pourra être considéré comme définitif, que celui-ci utilise ou non sa carte, si l'inscription d'une valeur sur la carte par la banque transférante et le débit correspondant du compte du transférant sont assimilés à un retrait en espèces par le transférant ou à une vente de chèques de voyages ou de jetons non monétaires utilisables dans les transports ou les téléphones publics. Bien que le transférant conserve le même montant de monnaie, ce montant revêt des formes différentes.

47. Par ailleurs, la carte pourra être considérée comme constituant un compte du transférant auprès de la banque transférante sous une forme spéciale. Si c'est cet aspect de la transaction qui est retenu, la carte pourra être assimilée soit à un compte séparé, soit à une forme particulière du compte original. Si la carte constitue un compte séparé, le débit du compte original sera final au moment de l'inscription d'une valeur sur la carte. Le débit du compte de la carte du fait de l'achat de biens ou services sera probablement définitif au moment de l'achat, lorsque le montant utilisable par le transférant sera réduit par le terminal-point de vente. Si la carte constitue une forme particulière du compte original, le débit dudit compte sera final au moment de l'achat. Dans les deux cas, la valeur non utilisée de la carte constituerait une créance du client sur la banque. Il semblerait que la banque puisse effectuer la compensation de ses créances avec cette valeur. En outre, cette valeur serait sans doute incluse en cas de saisie des créances du client sur la banque et celle-ci serait donc tenue de prendre des mesures pour que la carte ne puisse plus être utilisée.

7. *Télécommunication entre ordinateurs d'ordres de transfert de fonds*

48. Le fait que les ordres de transfert de fonds soient transmis entre banques par un moyen de télécommunication d'ordinateur à ordinateur n'influe pas en soi sur la pertinence des règles concernant le caractère définitif du transfert. Cependant, ce type de télécommunication, de plus en plus répandu et de moins en moins coûteux, est une des causes de la forte augmentation du volume des fonds transférés, notamment par les réseaux traitant des montants importants. Le recours par les consommateurs à des services de gestion des liquidités, par exemple, entraîne des transferts qui n'auraient pas eu lieu précédemment. Aussi, le système bancaire et l'économie tout entière courent-ils des risques accrus du fait du volume des transferts de fonds non encore définitifs. Certaines mesures proposées pour résoudre ce problème sont traitées aux paragraphes 97 à 99 ci-dessous ainsi qu'à l'annexe au présent chapitre.

D. *Conséquences liées à la question du caractère définitif des transferts*

1. *Règles générales donnant la priorité au transfert de fonds*

49. Plusieurs règles générales donnent au bénéficiaire, avant que le transfert ne soit définitif, des droits sur le crédit issu dudit transfert. La plus complète de ces règles générales est la règle française selon laquelle l'émission d'un chèque transfère la provision au porteur du chèque (c'est-à-dire le bénéficiaire). Cette règle a pour conséquence que le bénéficiaire prévaut normalement sur un tiers dont la créance sur le compte du transférant est née après l'émission du chèque. Cependant, même si le bénéficiaire prévaut sur les tiers, le transfert de fonds lui-même n'est pas définitif tant que le chèque n'a pas été accepté.

50. Selon une règle générale d'application plus limitée, la banque transférante ou une banque intermédiaire doit être autorisée à achever le transfert de fonds si elle s'est irrévocablement engagée à accepter l'ordre du transférant. Cela peut être le cas par exemple d'une banque acceptant une lettre de change (ou certifiant un chèque si la législation applicable le permet). Cela peut également être le cas lorsqu'une banque transférante règle un transfert de fonds en émettant sa propre promesse de paiement irrévocable, sous forme notamment d'un chèque bancaire ou d'un instrument de paiement bancaire. Cette règle est fondée sur le principe que la banque s'engageant à accepter l'ordre de transfert de fonds ou à le régler doit pouvoir se rembourser sur le compte du transférant même si des tiers acquièrent des droits sur ce compte. Cette méthode semblerait également applicable aux transferts de fonds effectués par l'intermédiaire de chambres de compensation si la banque expéditrice garantit le règlement à la banque réceptrice et aux systèmes de garantie d'acceptation comme suite à un ordre de prélèvement (voir les par. 41 à 43).

2. *Conflits de priorité*

a) *Effets du transfert de fonds sur les droits de tiers*

51. Les règles juridiques régissant les effets sur le compte du transférant de son décès, de l'ouverture d'une procédure de déclaration d'insolvabilité à son encontre ou de la saisie de son compte se situent dans une large mesure, ou même entièrement, hors du cadre des règles régissant les transferts de fonds. Ces règles juridiques créent en faveur de tiers des droits pouvant concurrencer les prétentions du bénéficiaire. Aussi est-il souvent difficile de concilier la législation régissant les droits des tiers et celle régissant le transfert de fonds lui-même.

52. Les conflits de priorité entre les droits des tiers et les droits issus d'un transfert de fonds peuvent apparaître de plusieurs manières. La source de conflit la plus directe se situe entre le tiers demandeur et le bénéficiaire qui fait valoir que le transfert de fonds était définitif avant que le tiers n'acquière un droit. Si le bénéficiaire a déjà utilisé le crédit porté à son compte, la banque bénéficiaire peut appuyer sa prétention. Souvent, le conflit immédiat se situe entre le tiers demandeur et la banque transférante, qui fait valoir que le tiers n'a acquis un droit sur le compte du transférant qu'après que le crédit a été transféré de ce compte. Cette question présente une importance particulière pour une banque transférante ayant peu de chances de récupérer le crédit auprès du bénéficiaire.

i) *Décès du transférant*

53. Dans certains systèmes juridiques, le décès du transférant, dès qu'il se produit, peut annuler tout pouvoir d'agir en son nom ou conformément à ses instructions. Bien que cette règle soit souvent considérée comme mettant automatiquement fin au lien de procuration entre le transférant et la banque ou les banques exécutant le transfert de fonds, elle semblerait également applicable dans les systèmes juridiques où la banque ou les banques exécutant le transfert de fonds sur l'ordre du transférant ne sont pas considérées comme ses agents. Cependant, dans de nombreux systèmes juridiques, il n'est mis fin au pouvoir de la banque que lorsque le décès lui est notifié. En outre, puisque, dans la grande majorité des cas, le transférant est solvable au moment de son décès et que le transfert de fonds vise en général à éteindre une obligation qui persisterait même après le décès, certains systèmes juridiques autorisent la banque transférante à continuer d'accepter les ordres du transférant pendant un délai donné, même après notification de son décès, à moins qu'un héritier ou, dans d'autres pays, toute personne faisant valoir un intérêt sur le compte ne lui ordonne de stopper le transfert.

ii) *Ouverture d'une procédure de déclaration d'insolvabilité à l'encontre du transférant*

54. L'ouverture d'une procédure de déclaration d'insolvabilité à l'encontre du transférant crée une situation juridique plus complexe que ne le fait le décès, en raison de la grande diversité des règles régissant cette question dans différents pays. Cela pose des problèmes juridiques particulièrement épineux pour un bénéficiaire résidant dans un pays différent de celui où la procédure de déclaration d'insolvabilité est ouverte à l'encontre du transférant. Cependant, cette situation présente un aspect commun avec la situation juridique découlant du décès du transférant : l'ouverture de la procédure met normalement fin au pouvoir qu'a la banque transférante d'accepter tout ordre de transfert non encore définitif. Comme l'objectif est avant tout de préserver les avoirs restants de l'insolvable, afin de les distribuer aux créanciers selon les priorités établies par la loi, dans certains pays le pouvoir qu'a la banque transférante d'accepter les ordres de transfert de fonds est annulé lorsque la procédure de déclaration d'insolvabilité s'ouvre, même si la banque n'est pas informée de cette procédure.

iii) *Incapacité juridique du transférant*

55. Un transférant peut n'être pas encore juridiquement capable d'émettre un ordre de transfert de fonds ou peut perdre cette capacité juridique parce qu'il a commis certains crimes, qu'il a été déclaré mentalement incompétent, ou qu'il a été déclaré en faillite, ou pour des raisons similaires. Lorsque le transférant est juridiquement incapable parce qu'il est mineur ou qu'il a été déclaré mentalement incompétent ou pour toute autre raison similaire, il peut être nécessaire, afin de protéger l'incapable de ses propres actes, d'autoriser la contre-passation des transferts de fonds qui, sinon, seraient définitifs. Lorsque le transférant est juridiquement incapable parce qu'il a commis un crime, il semblerait incongru d'empêcher le bénéficiaire de profiter d'un transfert de fonds en cours.

iv) *Saisie du compte du transférant*

56. La saisie du compte du transférant prend normalement effet dès notification à la banque transférante. Sauf dans le cas de l'émission d'un chèque en France, lorsque la provision est transférée au porteur du chèque, la saisie a normalement priorité sur un prélèvement qui n'est pas encore définitif lorsque la procédure juridique est ouverte. Cependant, lorsque le compte du transférant est d'abord débité provisoirement, la saisie du compte durant la période où le transfert peut être contre-passé peut intervenir trop tard, même si ce transfert n'est pas encore considéré comme définitif.

57. En cas de virement, dans certains systèmes juridiques, la procédure juridique sera trop tardive si le compte du transférant a déjà été débité. Cependant, dans d'autres systèmes juridiques, puisque le virement ne serait pas définitif du fait du simple débit du compte du transférant, le crédit pourrait être considéré comme soumis à ladite procédure. Dans un tel cas, la banque transférante devrait faire tous les efforts raisonnables pour arrêter le virement en informant la banque bénéficiaire de la procédure en cours.

58. Des problèmes complexes peuvent se poser en ce qui concerne l'obligation de la banque transférante en cas de virement effectué avec l'aide d'une banque intermédiaire. Puisque la banque transférante connaît le

nom de la banque bénéficiaire et tous les détails du transfert, elle peut informer directement cette banque. Cependant, comme il n'y a pas de relation directe entre la banque transférante et la banque bénéficiaire lorsque entrent en jeu des banques intermédiaires, il peut être difficile de déterminer quelle obligation la banque bénéficiaire aurait de donner effet à la notification effectuée par la banque transférante. Ces problèmes sont particulièrement épineux en cas de transferts de fonds internationaux, lorsque la banque transférante et la banque bénéficiaire sont soumises à des règles différentes en ce qui concerne le caractère définitif des transferts et lorsque des étapes intermédiaires du transfert de fonds ont pu devenir définitives en vertu des règles applicables aux transferts entre les banques intermédiaires.

59. Aussi pourrait-on s'attendre à ce que la banque transférante ait à faire des efforts raisonnables pour stopper le transfert de fonds ou, si elle ne fait pas ces efforts, de démontrer que ceux-ci auraient été vains.

v) *Retrait d'un ordre de transfert de fonds par le transférant*

60. Conformément à des principes juridiques généraux, une personne peut retirer (ou révoquer) les instructions ou les pouvoirs qu'elle a donnés à quelqu'un tant que les instructions n'ont pas été suivies ou que les pouvoirs n'ont pas été utilisés. Selon ces principes, dans certains pays, le transférant peut retirer à la banque transférante le pouvoir d'accepter un ordre de transfert de fonds tant que le transfert n'est pas définitif. Cependant, les instructions ou les pouvoirs peuvent être irrévocables si cela a été expressément déclaré. Lorsque cette relation de procuration est établie au profit d'un tiers ou du mandataire lui-même, le droit qu'a le mandant d'annuler le pouvoir d'agir en son nom peut être limité de manière à protéger le mandataire ou le tiers. Aussi, puisqu'une autorisation de prélèvement automatique est donnée au profit du bénéficiaire, le transférant peut-il devoir obtenir l'accord du bénéficiaire pour retirer cette autorisation ou faut-il informer suffisamment à l'avance le bénéficiaire afin que celui-ci puisse obtenir le montant qui lui est dû. Lorsque la banque elle-même est le bénéficiaire, le pouvoir de débiter peut être irrévocable sans l'accord de la banque.

61. Le retrait d'un ordre de transfert par le transférant pose dans une large mesure à la banque transférante les mêmes problèmes que le retrait du pouvoir d'accepter l'ordre de transfert, du fait de l'apparition de droits de tiers. Dans les deux cas, la banque transférante doit informer son propre personnel du retrait du pouvoir et, dans le cas d'un virement, elle peut devoir s'efforcer d'aviser la banque bénéficiaire de ne pas créditer le compte du bénéficiaire.

b) *Notifications données à une banque*

62. Les règles par lesquelles le pouvoir qu'a une banque d'agir est annulé sur notification peuvent également préciser la forme que doit prendre la notification, les renseignements que celle-ci doit donner et la personne habilitée à recevoir la notification pour la banque; elles peuvent également préciser si la notification a un effet immédiat sur le pouvoir qu'a la banque d'agir ou si celle-ci dispose d'un délai pour communiquer la notification à son personnel.

63. Dans certains systèmes juridiques, un avis oral de décès, d'ouverture d'une procédure de déclaration d'insolvabilité ou de retrait d'un ordre de transfert peut suffire pour que la banque soit tenue de stopper tout transfert de fonds en cours. La notification orale peut être valide pendant un délai limité et être soumise à confirmation ultérieure par notification écrite. Dans la plupart des systèmes juridiques, une notification écrite de retrait d'un ordre de transfert de fonds peut être informelle et transmise par un moyen de télécommunication. La saisie d'un compte se fera toujours par écrit, selon les formes requises par la loi.

64. Une notification donnée à la banque transférante en vue de faire stopper tous les transferts de fonds d'un transférant donné peut n'avoir à indiquer avec précision que le compte ou les comptes visés. Dans le cas d'un virement, lorsque la banque transférante peut avoir à informer les autres banques du décès, de l'ouverture de la procédure de déclaration d'insolvabilité ou de la saisie, elle disposera elle-même de tous les renseignements pertinents.

65. Une notification d'un transférant tendant à ne retirer qu'un ou plusieurs ordres de transfert donnés doit être plus précise, car elle doit décrire l'ordre ou les ordres visés avec suffisamment de précision et identifier le compte. Cette exigence peut poser des problèmes épineux lorsqu'un compte fait l'objet d'un grand nombre d'ordres ou lorsque les comptes sont gérés sur ordinateur. Une notification comportant une erreur typographique ou une autre erreur peut néanmoins être suffisante pour alerter un employé de banque travaillant sur des comptes tenus sous forme visible. Cependant, du fait de la similarité des données dans de nombreux ordres de transfert de fonds, si la notification du retrait telle qu'introduite dans l'ordinateur n'est pas exactement conforme avec l'ordre de transfert de fonds dans tous ses détails matériels, l'ordinateur peut être dans l'incapacité de situer l'ordre en question, sinon en commençant par rejeter tous les ordres de transfert de fonds similaires à celui qui est retiré et en les soumettant individuellement à un examen du personnel de la banque. Cette procédure peut être extrêmement coûteuse.

66. Chacune des notifications peut n'exercer d'effets juridiques qu'à compter du moment où elle est donnée à la banque. Lorsque la banque a plusieurs agences, la notification peut devoir être donnée à l'agence où le compte est tenu. A moins que la personne compétente ne soit en fait celle qui est chargée de donner effet à la notification, la banque devra pouvoir disposer d'un délai raisonnable pour communiquer la notification à son personnel, avant que celle-ci puisse avoir un effet pratique, qu'elle exerce ou non ses effets juridiques avant ce délai. En outre, si, pour donner suite à la notification, il faut la communiquer à d'autres banques, un délai supplémentaire pourra être requis. La nécessité d'un délai pour communiquer la notification au sein de

la banque ou à une autre banque peut être reconnue par la loi dans les règles régissant le moment où la notification exerce ses effets juridiques.

67. Le délai laissé à la banque pour communiquer la notification avant qu'elle n'exerce ses effets juridiques peut n'être déterminé qu'en termes généraux; il peut s'agir par exemple du délai dont une banque aurait raisonnablement besoin pour communiquer la notification, ou du délai dont une banque aurait raisonnablement besoin au vu de son propre système de communications internes. Lorsque la plupart des banques pourront accéder directement par ordinateur aux comptes de leurs clients, le délai requis pour que toutes les banques communiquent les notifications pourra être réduit.

68. Le traitement par lots en différé des ordres de transfert de fonds a notamment pour effet de réduire la possibilité pour une banque (ou pour un ordinateur de compensation) de retirer du traitement un ordre de transfert de fonds après réception d'une notification de retrait. Puisque la plupart des systèmes de traitement par lots en différé ne permettent pas de rechercher économiquement un ordre donné, les ordinateurs de compensation autorisent rarement le retrait d'un ordre une fois que les supports de mémoire leur ont été livrés ou communiqués, bien que certains permettent le retrait pendant un délai donné avant que le traitement ne commence. De même, les règles régissant la soumission des ordres de prélèvement donnés comme suite à une autorisation de prélèvement automatique ne permettent en général pas le retrait de l'autorisation pendant un délai donné avant la date fixée pour la soumission de l'ordre. Cependant, lorsque les ordres de transfert par lots figurent sur des disques optiques, les problèmes de recherche d'un ordre de transfert disparaissent. Aussi est-il maintenant techniquement possible de permettre le retrait de l'ordre pendant un délai plus grand. On pourra peut-être tenir compte de ces nouvelles possibilités techniques dans les règles régissant le délai dans lequel un ordre de transfert de fonds peut être retiré par le transférant ou la banque transférante.

3. *Contre-passation de transferts de fonds erronés*

69. Après qu'une banque a débité le compte du transférant ou crédité le compte du bénéficiaire, elle peut apprendre qu'elle a fait une erreur en exécutant le transfert de fonds, ou qu'une autre banque ou un autre participant au transfert de fonds ont fait une erreur. Le problème est de savoir si la banque peut rectifier l'erreur ou si elle en est empêchée du fait du caractère définitif du transfert de fonds.

70. Les règles juridiques retardant le moment auquel le transfert de fonds devient définitif donnent aux banques un délai supplémentaire pour découvrir le problème et refuser l'ordre avant que le transfert ne soit définitif. Comme il a été noté ci-dessus, on peut retarder le moment où le transfert devient définitif en permettant aux banques de passer provisoirement les écritures de débit et de crédit, jusqu'à ce qu'elles se soient assurées de l'authenticité de l'ordre de transfert de fonds, de la précision du traitement des données et du fait qu'elles recevront la contre-valeur du débiteur. Une fois que le transfert de fonds est définitif, la contre-passation des opérations de débit ou de crédit effectuées par la banque est soumise à des restrictions plus ou moins sévères.

a) *Contre-passation du débit sur la demande du transférant*

71. Une banque transférante ayant été avisée qu'il y a eu fraude dans l'émission d'ordres de transfert de fonds est normalement responsable du préjudice causé par son acceptation des ordres. Cependant, elle n'est pas tenue de contre-passer les débits du compte du transférant en ce qui concerne les transferts de fonds qui sont déjà devenus définitifs. Dans de tels cas, la banque est protégée, dans une plus ou moins grande mesure, par des principes de droit d'application générale imputant la responsabilité de la perte en totalité ou en partie au transférant. Par exemple, si un employé malhonnête du transférant a fait émettre une série d'ordres de transfert de fonds frauduleux, le transférant peut avoir le droit d'ordonner à la banque de ne pas accepter les ordres qui ne l'ont pas encore été, mais ne pourra sans doute pas demander à la banque de contre-passer les débits de son compte correspondant aux ordres déjà acceptés.

72. Un problème particulier se pose lorsque le transférant informe la banque transférante, de la manière appropriée et dans un délai approprié, qu'il retire l'ordre de transfert de fonds, mais que la banque transférante l'accepte ultérieurement par erreur. Le problème est similaire lorsque la banque transférante a déjà envoyé un ordre de virement à la banque suivante de la chaîne du transfert avant le retrait de l'ordre par le transférant et que cette banque ne prend pas les mesures voulues pour empêcher la banque bénéficiaire de l'accepter. Même si le transférant agit conformément aux règles juridiques applicables, on peut estimer que le fait qu'il ait émis un ordre de transfert de fonds, puis l'ait retiré, crée une situation dans laquelle la banque transférante risque plus que d'ordinaire de faire une erreur. En outre, si le transférant devait au bénéficiaire le montant transféré, dans de nombreux systèmes juridiques, le fait de procéder au transfert de fonds reviendrait à éteindre cette obligation, même si les règles juridiques permettaient au transférant de retirer son ordre avant qu'il ne soit accepté.

73. Selon une approche, les banques doivent se conformer aux ordres appropriés de leurs clients. Ainsi, lorsqu'un ordre de transfert de fonds a été retiré en temps voulu et de la manière appropriée, la banque transférante devrait contre-passer tout débit du compte du transférant. En outre, puisque aucun montant n'a été débité du compte du transférant, tout crédit déjà porté au compte du bénéficiaire devrait également être contre-passé. Sinon, le transférant se verrait libéré de son obligation envers le bénéficiaire sans l'avoir payé. La contre-passation du débit du compte du transférant et du crédit du compte du bénéficiaire replace toutes les parties dans la situation où elles se seraient trouvées si

la banque transférante avait donné suite au retrait par le transférant de l'ordre de transfert. Cependant, si le transfert de fonds visait à éteindre une obligation valide du transférant envers le bénéficiaire, cette obligation persisterait et devrait faire l'objet d'un transfert de fonds ultérieur. Aussi, selon une deuxième approche, bien que la banque transférante doive en principe contre-passer le débit du compte du transférant, elle pourrait confirmer ce débit si elle démontrait que le bénéficiaire était autorisé vis-à-vis du transférant à conserver les fonds.

b) *Récupération d'un crédit sur la demande de la banque transférante en cas de prélèvement*

74. Sauf pour les ordres de prélèvement relativement rares qui sont envoyés à la banque transférante pour encaissement seulement, une banque transférante accorde normalement un crédit provisoire à une banque présentatrice pour tout ordre de prélèvement présenté. Ce crédit provisoire ne signifie pas que le transfert de fonds est définitif. Aussi peut-il être contre-passé si l'ordre de prélèvement est refusé de la manière appropriée, dans le délai autorisé.

75. En outre, dans la majorité des cas où la banque transférante aurait pu refuser un ordre de prélèvement sur papier, elle est en droit de récupérer le crédit auprès de la banque présentatrice (et donc auprès du bénéficiaire), même si le transfert de fonds est devenu définitif. Il y a une exception importante à cette règle : dans la plupart des pays, la banque transférante ne peut pas récupérer un crédit devenu définitif au motif que le solde du compte du transférant était insuffisant lorsque ledit compte a été débité. En outre, dans la plupart des pays de *common law*, ainsi que dans certains pays de tradition romaine, la banque transférante ne peut pas contre-passer le crédit porté au compte de certaines parties de bonne foi pour honorer un chèque ou une lettre de change portant la signature contrefaite du client en tant que tireur. Dans ces pays, le mécanisme de non-échange des chèques avec présentation électronique pose le problème suivant : la banque transférante sera-t-elle liée par cette règle générale ou la législation devra-t-elle être modifiée afin de libérer la banque transférante de cette responsabilité ?

76. Ce dernier problème se pose d'une manière quelque peu différente dans le cas de prélèvements effectués comme suite à une autorisation de prélèvement automatique. Si cette autorisation est déposée auprès de la banque bénéficiaire ou du bénéficiaire, situations communes toutes les deux dans certains pays, la banque transférante ne peut savoir si l'ordre de prélèvement a été autorisé de la manière appropriée, à moins que le transférant ne se plaigne du débit de son compte lorsqu'il reçoit un relevé portant sur la période en question. Aussi n'est-il pas rare dans ces cas que la banque bénéficiaire garantisse à la banque transférante que l'ordre de prélèvement a été autorisé de la manière appropriée et qu'elle remboursera la banque transférante en cas de contestation. A son tour, le bénéficiaire doit garantir qu'il remboursera la banque bénéficiaire.

c) *Récupération d'un crédit en cas de virement*

77. Dans de nombreux systèmes juridiques, une fois que le transfert de fonds est définitif, la banque bénéficiaire ne peut contre-passer le crédit du compte du bénéficiaire au motif qu'elle n'a pas obtenu règlement. Si, au moment où la banque bénéficiaire met le crédit à la disposition du bénéficiaire, il est douteux que le règlement soit effectué, le crédit peut n'être porté que provisoirement ou d'autres mesures peuvent être prises pour que le transfert de fonds ne soit pas définitif.

78. Dans plusieurs pays où le virement ne constitue pas la méthode normale de transfert de fonds interbanques, des doutes ont été exprimés sur la question de savoir s'il existe des théories juridiques permettant à la banque bénéficiaire de récupérer auprès du bénéficiaire un crédit porté par erreur à son compte. Des crédits sont par exemple portés en compte par erreur lorsque la banque bénéficiaire crédite le compte d'un montant supérieur au montant correct, opère le même transfert deux fois ou ne crédite pas le bon compte. Néanmoins, dans la plupart des systèmes juridiques, il est clair qu'en général, les crédits portés en compte par erreur peuvent être récupérés par la banque bénéficiaire. Dans certains systèmes juridiques, une banque a le droit de rectifier un crédit porté par erreur en débitant le compte du bénéficiaire, même si le crédit est devenu définitif, mais elle ne peut rectifier les erreurs faites par un transférant ou une banque expéditrice qu'avec l'autorisation expresse du bénéficiaire.

d) *Droit qu'a la banque de récupérer le crédit par contre-passation*

79. Dans certains pays, en cas de crédit porté par erreur, une banque a le droit de se rembourser en contre-passant le crédit sans l'autorisation expresse du bénéficiaire. Elle peut avoir ce droit pendant un nombre limité de jours après que le transfert de fonds est définitif, ou jusqu'à ce que le bénéficiaire ait été informé du crédit. Exceptionnellement, le droit unilatéral qu'a la banque de rectifier les erreurs peut être illimité quant au temps. Cependant, dans de nombreux systèmes juridiques, la banque bénéficiaire peut n'être autorisée à rectifier l'erreur par contre-passation qu'avec l'autorisation expresse du bénéficiaire. Si ce dernier ne donne pas son autorisation, la banque bénéficiaire peut n'obtenir remboursement que par une action en justice.

80. Le droit qu'a un banque transférante ou une banque intermédiaire de rectifier une erreur par contre-passation d'un crédit est essentiellement le même que celui de la banque bénéficiaire. Cependant, une telle banque peut ne pas être habilitée à contre-passer le crédit accordé à la banque réceptrice sans son autorisation, à moins soit que la banque réceptrice n'ait pas encore crédité le bénéficiaire, soit qu'elle puisse obtenir remboursement de celui-ci. Dans certains cas, les règles régissant le caractère définitif de la transaction de transfert de fonds entre deux banques intermédiaires peuvent empêcher le remboursement par contre-passation du crédit, même si le transfert de fonds entre le transférant et le bénéficiaire n'est pas encore définitif.

4. *Disponibilité des fonds*

81. Bien qu'il puisse n'y avoir aucun lien juridique direct entre le caractère définitif d'un transfert de fonds et la disponibilité des fonds pour le bénéficiaire, le caractère définitif du transfert pour le bénéficiaire est en général l'un des facteurs déterminant le moment où les fonds sont disponibles. Il importe également d'établir une distinction entre le moment où les fonds sont disponibles pour la banque bénéficiaire et celui où ils le sont pour le bénéficiaire. Le moment où le bénéficiaire peut disposer des fonds devrait également être distingué de celui où ceux-ci commencent à être porteurs d'intérêts. Dans certains systèmes bancaires, ces deux moments coïncident mais, dans de nombreux autres, les fonds peuvent être utilisables un ou plusieurs jours avant qu'ils ne commencent à être porteurs d'intérêts. Dans d'autres systèmes bancaires, les fonds peuvent commencer à être porteurs d'intérêts avant d'être utilisables par le client.

82. On peut supposer que toute règle relative à la disponibilité des fonds donnera à la banque bénéficiaire suffisamment de temps pour traiter l'ordre de transfert. Ainsi, même un dépôt en espèces sur un compte peut ne pas donner le droit de retirer le crédit correspondant avant le jour suivant si le récépissé de dépôt n'est pas reporté avant la fermeture des bureaux. Le recours aux terminaux en ligne pour un grand nombre d'activités liées au transfert de fonds, y compris la réception des dépôts, supprimera sans doute ce motif de retard dans certaines banques. Cependant, un dépôt en espèces à un guichet automatique de banque, même s'il est enregistré en direct par le déposant, ne sera normalement pas disponible immédiatement, le personnel de la banque devant compter et vérifier le dépôt.

83. Le moment où les fonds sont mis à la disposition du bénéficiaire est en général déterminé par la pratique de la banque bénéficiaire et il est rarement régi par le contrat conclu entre le bénéficiaire et sa banque ou par des dispositions juridiques. Cependant, dans certains cas, notamment en ce qui concerne les comptes faisant l'objet de transferts importants ou entrant dans le cadre d'un programme de gestion des liquidités, des contrats particuliers peuvent être négociés précisant entre autres choses le moment où les fonds sont mis à la disposition du client. Dans quelques Etats, la loi stipule les délais maximums avant que des fonds ne soient mis à la disposition du client dans certains types de transfert de fonds.

84. Bien que la question de la disponibilité des fonds soit d'une importance primordiale pour le bénéficiaire, elle présente également parfois un intérêt pour le transférant qui, pour diverses raisons, peut vouloir s'assurer que les fonds sont à la libre disposition du bénéficiaire à un moment donné. Le transférant peut difficilement influer sur le moment où les fonds sont mis à la disposition du bénéficiaire dans le cas d'un prélèvement, car c'est le bénéficiaire qui met en marche le processus de transfert auprès de sa banque. Il exerce un contrôle plus grand en cas de virement, puisqu'il choisit la date à laquelle le transfert de fonds commence et qu'il peut préciser une "date de disponibilité".

85. La signification juridique de la date de disponibilité dans un virement n'est pas claire. Comme on l'a noté dans l'examen de la question du délai dans lequel une banque doit agir comme suite à l'ordre du transfert de fonds, si la définition figurant dans le document ISO/DIS/7982, qui stipule que la date de disponibilité est la "date à laquelle les fonds doivent être à la disposition du bénéficiaire pour retrait en espèces", est incluse dans le contrat régissant le transfert de fonds, il semblerait alors que la banque transférante ait une obligation juridique envers le transférant et peut-être envers le bénéficiaire. Il apparaît plus clairement que cette définition créerait une obligation entre la banque transférante et la banque suivante dans la chaîne du transfert et entre chaque paire de banques suivantes, jusqu'à la banque bénéficiaire. Cependant, dans de nombreux systèmes juridiques, il est difficile de savoir avec certitude si la banque bénéficiaire peut être juridiquement liée par la date de disponibilité soit envers le transférant, avec lequel on peut considérer qu'elle n'a aucune relation juridique, soit envers le bénéficiaire. On peut estimer que l'obligation de la banque bénéficiaire envers le bénéficiaire, quant au moment où les fonds doivent être mis à sa disposition, découle de la relation qui existe entre eux et non de l'ordre émanant du transférant. Quoi qu'il en soit, il semblerait que la banque bénéficiaire ne soit pas liée par la spécification d'une date de disponibilité si elle n'a pas reçu l'ordre de transfert de fonds et le règlement de manière satisfaisante et en temps voulu, à moins qu'elle n'ait accepté une obligation plus stricte sous une forme appropriée.

86. Une fois que la banque bénéficiaire, dans le cas d'un virement, a reçu à la fois l'ordre de virement et le règlement, les fonds devraient normalement être mis promptement à la disposition du bénéficiaire, puisque la banque bénéficiaire ne court aucun risque financier. Cependant, si l'ordre de virement et le règlement arrivent avant la date de disponibilité, il est courant, dans les pays de *common law*, que la banque bénéficiaire retarde l'écriture de crédit et ne mette les fonds à la disposition du client qu'à la date de disponibilité.

87. Les règles relatives à la disponibilité des fonds en cas de prélèvement doivent établir une différence entre les ordres de prélèvement, comme le sont un grand nombre de lettres de change, pour lesquels la banque bénéficiaire n'inscrira un crédit qu'après qu'elle aura reçu une notification d'acceptation et que les fonds lui auront été remis, et les ordres de prélèvement pour lesquels un règlement provisoire est effectué entre les banques et une notification n'est faite qu'en cas de refus. Dans le premier type d'ordre de prélèvement, le bénéficiaire sait que les fonds ne seront pas disponibles avant que sa banque reçoive l'avis d'acceptation et que les fonds lui soient remis. Dans le second type d'ordre de prélèvement, qui constitue la grande majorité des prélèvements sur papier et des prélèvements électroniques, il est plus difficile d'élaborer des règles appropriées concernant la disponibilité. Les ordres sont traités en vrac durant tout le transfert. Les règles applicables, qui devraient tenir compte de questions telles que le délai avant que les banques reçoivent règlement, que l'ordre

de prélèvement soit normalement accepté et que l'avis de refus soit normalement reçu par la banque bénéficiaire, ne pourront être fondées que sur la moyenne des ordres en question et sur l'expérience des utilisateurs.

88. Dans la plupart des systèmes bancaires, le règlement de l'ordre de prélèvement du second type est effectué par des écritures provisoires de débit et de crédit, par l'intermédiaire de comptes interbancaires. Le règlement peut être immédiat ou être retardé pendant un délai donné, mais la date à laquelle la banque peut en disposer est toujours prévisible pour tous les lots d'ordres de prélèvement d'un type similaire.

89. Pour les prélèvements sur papier, l'élément le moins prévisible est le délai écoulé avant que la banque bénéficiaire ne soit avisée d'un refus. Dans certains pays, la banque transférante peut disposer d'un délai indéfini après réception de l'ordre de prélèvement pour le refuser. Lorsque l'ordre lui-même doit être renvoyé par les mêmes mécanismes de compensation par lesquels il a été présenté, dans certains pays, le délai dans lequel il doit être renvoyé à la banque bénéficiaire peut représenter plusieurs fois le délai requis pour la présentation. Si la mise des fonds à la disposition du client est retardée au motif que l'ordre risque d'être refusé, ce retard sera sans doute excessif pour la grande majorité des ordres soumis à acceptation; aussi serait-il peut-être bon de prendre des mesures visant à réduire les délais. Une garantie d'acceptation donnée par la banque transférante élimine ce risque de refus. Le non-échange des chèques avec présentation électronique permettrait de réduire le délai de présentation dans de nombreux pays. La période suivant la présentation, durant laquelle une banque transférante peut refuser un ordre pour insuffisance de fonds, pourrait être strictement limitée. Un avis de refus pourrait être envoyé directement à la banque bénéficiaire (dépositaire) par la poste ou par des moyens de télécommunication, même si l'ordre de prélèvement lui-même doit être renvoyé par le mécanisme de compensation.

90. Les prélèvements électroniques posent des problèmes quelque peu différents en ce qui concerne l'estimation de délai avant que l'avis de refus soit reçu par la banque bénéficiaire. En général, comme il est indiqué au paragraphe 88, la présentation électronique des ordres de prélèvement permettrait de réduire le délai de présentation. En outre, le système doit être conçu de manière à faciliter le renvoi rapide des ordres refusés. Cependant, lorsque le prélèvement électronique fait suite à une opération de non-échange, ou est effectué comme suite à une autorisation de prélèvement automatique, si cette autorisation est déposée auprès du bénéficiaire ou de la banque bénéficiaire, la banque transférante n'a aucun moyen de vérifier l'authenticité de l'ordre. Aussi, tant que le transférant n'a pas reçu le relevé de compte pertinent et que le délai d'opposition à un débit non autorisé n'est pas écoulé, il est possible que le transférant affirme que l'ordre n'était pas autorisé ou qu'aucune autorisation d'accepter l'ordre n'avait été donnée. Dans certains pays où seule l'expiration du délai de prescription empêche le transférant d'objecter que le débit de son compte n'était pas autorisé, il peut y avoir incertitude pendant plusieurs années. Aussi serait-il bon, dans la mesure du possible, que l'autorisation de prélèvement soit déposée auprès de la banque transférante.

91. Lorsque le bénéficiaire est bien connu de la banque bénéficiaire et qu'il n'y a aucune raison de douter qu'il pourra rembourser la banque bénéficiaire en cas de refus d'un ordre de prélèvement, la banque ne court pas de risque substantiel en mettant rapidement les fonds à sa disposition. Ainsi les fonds sont en général plus rapidement disponibles en cas de prélèvement effectué en application d'une autorisation de prélèvement automatique, car le bénéficiaire est en général une organisation importante et financièrement saine, que dans le cas d'autres formes de prélèvement

5. *Libération de l'obligation sous-jacente*

92. En dernière analyse, le transférant n'est libéré de son obligation au moyen d'un transfert de fonds que si un crédit irrévocable est ouvert sur le compte du bénéficiaire-créancier. Cependant, le moment où le transférant est libéré de son obligation est fonction des conditions du contrat ou de toute autre source de l'obligation, de la loi régissant cette obligation et de la procédure suivie pour le transfert de fonds.

93. Dans certains contrats, assez rares mais en général importants, le transférant est tenu de placer les fonds à la libre disposition du bénéficiaire à une date déterminée. Dans certains pays, il est d'usage de considérer les engagements principaux d'une banque, par exemple un chèque bancaire ou un instrument de paiement bancaire, comme satisfaisant à une telle obligation, mais il est de plus en plus courant de recourir à un virement spécifiant la date ou même l'heure de disponibilité.

94. Si le moment où les fonds doivent être disponibles n'est pas spécifié dans le contrat, le transférant est normalement libéré de son obligation par un virement, lorsque ledit virement devient définitif pour le bénéficiaire. C'est pourquoi l'on peut s'attendre à ce que l'évolution récente des procédures de virement, du fait de recours de plus en plus fréquents à des techniques électroniques, influe sur les règles relatives à l'extinction de l'obligation et sur celles concernant le caractère définitif du transfert. De fait, il semble que, dans certains cas récents, les règles concernant le caractère définitif du transfert de fonds aient été influencées par des problèmes s'étant posés antérieurement à propos de l'extinction de l'obligation.

95. Puisque l'obligation est en général éteinte lorsque le virement devient définitif vis-à-vis du transférant et du bénéficiaire, c'est le transférant qui supporte les risques de retard ou d'erreur dans le transfert de fonds. Dans certains pays, les tribunaux ont libéré des transférants des conséquences les plus graves de tels retards en statuant que des contrats d'assurance ou des contrats similaires ne peuvent être résiliés pour paie-

ment tardif lorsque le transférant a pris en temps utile les mesures voulues pour le transfert de fonds. Lorsque la seule conséquence pour le transférant, en cas de paiement tardif dû à des retards dans le transfert de fonds, consiste en une perte d'intérêts, cette perte peut souvent être récupérée auprès de la banque responsable. Cependant, lorsque la conséquence est la résiliation du contrat, souvent les banques ne sont pas tenues responsables du préjudice subi.

96. Lorsque l'obligation sous-jacente doit être éteinte au moyen d'un prélèvement, le bénéficiaire ne considérera sans doute pas que l'obligation n'a pas été respectée si c'est lui qui est à même d'engager la procédure de prélèvement. Aussi la question de savoir quand l'obligation sous-jacente est éteinte se pose-t-elle rarement dans le cas de prélèvements où c'est le bénéficiaire qui émet l'ordre de prélèvement, par exemple dans le cas de lettres de change tirées par le bénéficiaire sur le transférant ou sur la banque du transférant ou de prélèvements effectués comme suite à une autorisation de prélèvement automatique. De même, dans le cas d'un chèque, le bénéficiaire peut ne pas considérer que l'obligation n'a pas été respectée une fois qu'il entre en possession du chèque. Dans certains pays, la question se pose de savoir si le transférant peut devoir des intérêts au bénéficiaire lorsque le chèque a été remis avec suffisamment de retard pour que le bénéficiaire ne puisse être crédité qu'après la date où le paiement était dû. Cependant, dans tous les cas de prélèvement, c'est le bénéficiaire qui supporte vis-à-vis du transférant le risque de retard ou d'erreur dans le processus de transfert de fonds. Bien que l'ordre de prélèvement doive être accepté pour que l'obligation sous-jacente soit irrévocablement éteinte, le moment où l'ordre est accepté n'est pas un fait pertinent en ce qui concerne ladite obligation.

E. Règles sur le caractère définitif du transfert et risques liés au système

97. Les risques liés au système sont les risques de voir le système bancaire dans son entier subir un grave préjudice du fait de l'incapacité d'une ou plusieurs banques de régler les transferts qu'elles ont effectués. Un défaut de règlement est presque toujours la conséquence de problèmes extérieurs au transfert de fonds. Cependant, vu le développement récent des chambres de compensation électronique en ligne à règlement net traitant des montants importants, par l'intermédiaire desquelles les banques participantes envoient souvent en un jour des ordres de transfert de fonds représentant un montant supérieur à la totalité de leur capital et de leurs excédents, le risque est plus grand qu'une banque ait à la fin de la journée un solde débiteur qu'elle est incapable de régler. En outre, plus ce solde débiteur est important, plus grand sera l'impact sur les autres banques de la chambre de compensation, sur le système bancaire et sur l'économie dans son ensemble.

98. La mesure dans laquelle un système bancaire peut absorber la défaillance d'une banque est fonction non seulement de l'importance du solde débiteur non réglé, mais également de la manière dont la perte est répartie entre les autres participants au système de transfert de fonds, y compris les clients non bancaires des banques intéressées. Parmi les règles visant à répartir les pertes entre les participants au système de transfert de fonds figurent les règles régissant le caractère définitif des transferts. A leur tour, les règles régissant le caractère définitif des transferts importants ont des incidences non négligeables sur les marchés financiers et sur les importantes transactions commerciales correspondant à ces transferts.

99. Cette question a avant tout été traitée aux Etats-Unis où fonctionnent plusieurs systèmes traitant des montants importants en ligne. Ces systèmes appliquant des règles différentes en ce qui concerne le caractère définitif des transferts, différentes possibilités et techniques sont utilisées pour limiter les risques liés au système. Cette question a également été traitée au Royaume-Uni où la nature du système bancaire a conduit à apporter d'autres solutions au problème. Comme il est nécessaire de traiter cette question séparément pour chaque pays, on en trouvera l'examen à l'annexe du présent chapitre.

ANNEXE

La réduction des risques liés au système : expérience de certains pays

A. *Nature du problème*

1. *Considérations générales*

1. Les transferts électroniques de sommes élevées, qui, de nos jours, se font généralement sous forme de virements, peuvent présenter certains risques et cela pour plusieurs raisons. La première est que la valeur de chaque transfert, la valeur totale des transferts effectués au cours d'une journée et, surtout, le montant du solde débiteur ou créditeur net d'une banque vis-à-vis d'une autre banque ou de l'ensemble du système bancaire durant la journée ou en fin de journée sont beaucoup plus importants. Une deuxième raison, non moins importante, est que, étant donné que les transférants préfèrent que les transferts de sommes élevées s'effectuent rapidement, de tels transferts sont en général effectués le jour même. Aussi, les délais prévus pour le règlement ont-ils été raccourcis et les banques disposent de moins de temps qu'auparavant pour réunir les fonds dont elles ont besoin pour couvrir leur solde débiteur. Les banques étrangères ou les agences locales de banques étrangères peuvent éprouver plus de difficultés que les banques locales pour financer leur position, notamment si lesdites banques étrangères ne peuvent obtenir un crédit de la banque centrale.

2. *Règlement effectué par le truchement de banques correspondantes*

2. Les virements de sommes importantes effectués par le truchement de banques correspondantes peuvent permettre de procéder rapidement au règlement sans que cela risque de compromettre le système dans la plupart des cas. Si la banque réceptrice reçoit simultanément de la banque expéditrice le montant du transfert et l'ordre de virement, ce qui est courant lorsque les banques ont des comptes les unes auprès des

autres, elle peut effectuer immédiatement un virement à caractère irrévocable en faveur du bénéficiaire sans courir de risque. Lorsque la banque réceptrice ne reçoit pas immédiatement la contre-valeur du transfert, elle peut être autorisée à différer l'exécution de l'ordre de transfert de fonds jusqu'à ce qu'elle ait reçu le montant du transfert, une caution ou une garantie de remboursement provenant d'une source fiable. Etant donné que le transfert de fonds ne peut pas donner lieu à une prolongation de crédit sans garantie, la banque réceptrice et, par là même, l'ensemble du système, ne sont exposés à aucun risque. Toutefois, cette conclusion est assortie d'une réserve importante : lorsque la banque réceptrice est chargée de la gestion du compte et que les ordres donnés pour débiter ou créditer le compte de la banque expéditrice, c'est-à-dire la banque du détenteur du compte, sont transmis ou reçus par différents services de la banque réceptrice, outre le service des transferts de fonds, elle ne peut prendre de décisions rationnelles en matière de crédit que dans la mesure où toutes les transactions ont été notifiées promptement par l'ensemble des services. S'il s'agit de sommes importantes, les transactions effectuées à l'intérieur de différents services doivent être passées en écriture en temps réel.

3. Selon le type de relations existant entre les banques correspondantes, la banque réceptrice est tenue parfois de créditer de manière irrévocable le bénéficiaire avant de recevoir le montant du transfert. C'est le cas, par exemple, lorsque le mécanisme de transfert de fonds exige que certaines banques envoient davantage d'ordres de transfert de fonds qu'elles n'en reçoivent en début de journée et en reçoivent davantage qu'elles n'en envoient en fin de journée. Ces banques, qui peuvent enregistrer régulièrement d'importants soldes créditeurs en fin de journée, peuvent tout aussi régulièrement enregistrer d'importants soldes débiteurs au cours de la journée. Dans ce cas, l'acheminement de virements de sommes élevées par le canal de banques correspondantes peut comporter un risque sérieux pour le système.

3. *Règlement net*

4. Un réseau de règlement net peut, à de multiples égards, être assimilé à un ensemble de relations entre banques correspondantes établies entre chaque paire de banques du réseau par l'intermédiaire d'un commutateur unique. Toutefois, du fait de plusieurs éléments institutionnels, le risque pour le système peut être supérieur à ce qu'il est pour de simples relations entre banques correspondantes. Etant donné qu'un réseau de règlement net ne comporte pas de mécanisme permettant à la banque expéditrice de transmettre la valeur du transfert à la banque réceptrice avant le règlement, à un certain moment de la journée, une des banques a nécessairement un solde débiteur auprès de l'autre banque. En outre, étant donné qu'un solde débiteur est constitué du fait de la réception d'ordres de virement ou de l'expédition d'ordres de prélèvement, aucune banque du réseau ne peut savoir avant la fin de la journée si elle clôturera ses activités du jour avec un solde débiteur ou créditeur vis-à-vis de toute autre banque, même si elle connaît le montant total des fonds envoyés à cette autre banque au cours de la journée. En conséquence, une banque qui a pour politique de ne pas accorder un crédit irrévocable en exécution d'un ordre de virement tant qu'elle ne sait pas si la contre-valeur a été reçue, ne donnera suite aux ordres reçus que dans la mesure où elle a déjà envoyé des ordres de virement à l'autre banque. Une autre solution, qui permettrait aux banques réceptrices d'accorder immédiatement un crédit irrévocable pour une plus large fraction des ordres de virement reçus, serait que chaque banque fixe une limite supérieure pour le solde débiteur net qu'elle tolérerait à tout moment pendant la journée des autres banques participantes. Une banque qui recevrait des instructions entraînant le dépassement par la banque expéditrice de la limite préétablie devrait les renvoyer à la banque expéditrice qui les retransmettrait après avoir modifié son solde en conséquence. Si le réseau comporte un commutateur central, ce dernier pourrait être programmé de manière à ce que ce soit lui, plutôt que la banque réceptrice, qui renvoie les ordres à la banque expéditrice.

4. *Règlement "net-net"*

5. Si un réseau de transfert de fonds assure le règlement des transferts de fonds du jour sur une base nette-nette, c'est-à-dire en fixant pour chaque banque participante un solde débiteur ou créditeur unique pour le montant total de tous les ordres de transfert de fonds qu'elle a envoyés à toutes les autres banques participantes, ou reçus de ces dernières, mais répartit les pertes en cas de défaut de règlement d'une banque sur la base du solde débiteur ou créditeur net de cette banque vis-à-vis de chacune des autres banques participantes, le risque pour le système est le même que dans le cas d'un réseau de règlement net. Toutefois, si l'on considère que les pertes encourues concernent l'ensemble du réseau et qu'elles devront être supportées par les différentes banques participantes, selon différentes formules applicables à la répartition des pertes, il est souvent difficile, avant la conclusion du règlement, d'estimer les pertes qui seront imputées aux autres banques. Toutefois, selon certaines formules, une banque enregistrant un solde créditeur dans ses transactions bilatérales avec la banque défaillante pourrait néanmoins devoir assumer une partie des pertes. Cela signifie par conséquent que les banques qui auraient pu aisément effectuer le règlement si celui-ci avait été achevé dans des conditions normales n'ont pas été en mesure de le faire parce qu'elles ont dû prendre en charge les pertes résultant du défaut de règlement de la première banque. Cet effet cumulatif résultant du défaut de règlement d'une banque accroît les risques liés au système.

5. *Moyens disponibles pour réduire les risques liés au système*

6. Toute politique ayant pour objet de réduire les risques devrait viser trois objectifs essentiels, savoir : limiter les risques de défaut de règlement d'une banque; limiter l'incidence d'une telle éventualité sur les autres banques, le système bancaire dans son ensemble et l'économie en général; et assurer la bonne marche du système de transfert de fonds. Ces objectifs peuvent être contradictoires. Les principales techniques permettant de réduire les risques qui pèsent sur le système dans le cas de réseaux de règlement net ou de règlement net-net peuvent être regroupées en cinq catégories :

a) La participation à des réseaux de règlement net ou net-net peut être limitée de plusieurs manières. On peut, par exemple, réduire le nombre de banques afin de diminuer d'autant le risque de défaut de règlement de la part de l'une ou l'autre. Seules les banques participantes offrant une garantie financière incontestable pourraient être acceptées. Les banques étrangères, qui risquent de ne pas pouvoir effectuer le règlement en monnaie locale, pourraient ne pas être autorisées à participer à ces réseaux, ou à n'y participer que dans une mesure limitée, ou à la seule condition qu'elles puissent fournir des garanties complémentaires quant à leur capacité d'honorer leurs engagements.

b) L'importance du risque monétaire encouru par une seule banque ou par l'ensemble du réseau peut être limitée. Des limites bilatérales pour les débits nets au cours de la journée peuvent être fixées entre les banques fonctionnant en tandem. De même, les crédits nets au cours de la journée peuvent être plafonnés afin de limiter le montant dû par l'une

des banques à l'ensemble du réseau. S'il existe, à l'intérieur d'un pays, plus d'un réseau pour les transferts électroniques ou sur papier, le plafond du crédit pourra être étendu au montant net dû par une banque à l'intérieur de tous les réseaux.

c) Le délai prévu entre l'envoi du premier ordre de transfert de fonds par l'intermédiaire du réseau et le règlement peut être réduit au minimum afin d'éviter que des faits survenant dans l'intervalle ne compromettent ledit règlement.

d) Les banques peuvent refuser de mettre des fonds à la disposition du bénéficiaire tant que le règlement n'a pas été effectué. Cette mesure constitue une protection pour la banque réceptrice en cas de défaut de règlement, au prix d'un retard dans la mise des fonds à la disposition du bénéficiaire. Comme le bénéficiaire peut avoir besoin de ces fonds pour effectuer ses propres transferts le même jour, ce qui peut être notamment le cas lorsque le bénéficiaire est une banque, le réseau peut être immobilisé dans son entier du fait de la pénurie de fonds, jusqu'à ce que les fonds soient libérés comme suite au règlement. De même, les banques réceptrices peuvent mettre des fonds à la disposition du bénéficiaire tout en se réservant le droit de contre-passer le crédit en cas de non-règlement. Cette mesure offre une protection à la banque réceptrice en faisant peser le risque de perte non plus sur cette dernière, mais sur le bénéficiaire, dans la mesure où celui-ci a la surface suffisante.

e) Le solde débiteur de chaque banque participante peut être garanti par un établissement financier compétent, telle que la banque centrale ou une caisse d'assurance privée ou publique. Le système est le plus efficacement protégé lorsque l'institution financière garante peut fournir immédiatement les fonds nécessaires. Sinon, le déficit de trésorerie du système risque d'empêcher d'autres banques de faire face à leurs engagements.

B. *Expérience de certains pays*

7. La présente section rend compte de l'expérience de trois pays qui ont adopté des méthodes différentes pour limiter les risques dans le cadre de leurs réseaux de transfert électroniques de sommes élevées.

1. *France*

8. Le 16 octobre 1984, un réseau d'ordinateur à ordinateur pour le transfert de sommes élevées, dénommé Système automatique de gestion intégrée par télétransmission de transactions avec imputation de règlements "Etranger" (SAGITTAIRE) a été mis en service. SAGITTAIRE ayant été initialement conçu comme un prolongement national du réseau S.W.I.F.T., seules les banques membres ou utilisatrices de S.W.I.F.T. peuvent y participer. Toutefois, le système SAGITTAIRE a été élargi afin d'assurer la liaison nationale pour pratiquement tous les types de transferts de fonds internationaux libellés en francs français. Actuellement, ce système ne peut pas être utilisé pour les transferts de fonds à caractère purement national, bien qu'il ait été décidé qu'il pourrait être utilisé pour des paiements découlant de transactions sur le marché monétaire.

9. SAGITTAIRE fonctionne comme s'il jouait au sein de la Banque de France le rôle d'une banque correspondante, mais la Banque de France fait uniquement office d'agent intermédiaire pour le groupe des banques participantes. Ces dernières envoient à la Banque de France des messages de SAGITTAIRE accompagnés de l'une des trois dates d'écriture ci-après : celle du jour d'envoi, celle du prochain jour ouvrable ou celle des deux jours ouvrables suivants. Le "pseudo-compte" de la banque expéditrice est immédiatement débité et celui de la banque réceptrice crédité à la date d'écriture appropriée et l'ordre de transfert de fonds expédié à la banque réceptrice.

10. L'heure limite de la date d'écriture est midi pour les jours de travail normaux (et 10 heures pour les jours de travail partiel); par exemple, une écriture datée du mercredi 4 mars est valable à partir du mardi 3 mars, à midi, jusqu'au mercredi 4 mars, à midi.

11. A la fin d'un jour ouvrable, par exemple à 17 h 30, les jours de travail normaux, les opérations de débit et de crédit effectuées par le canal de SAGITTAIRE qui apparaissent au "pseudo-compte" pour cette date d'écriture, sont portées au compte de chacun des participants aux opérations de la Banque de France, ainsi que les débits et crédits liés à d'autres opérations bancaires passés au compte de la banque. Toutefois, étant donné que la Banque de France ne permet pas à une banque d'avoir auprès d'elle un solde débiteur, les écritures ne sont pas effectuées si, ce faisant, le compte d'une banque accuse un solde débiteur. Si le solde débiteur n'est pas couvert à 11 h 30 le matin suivant, la Banque de France est autorisée à contre-passer les écritures de débit résultant de transactions SAGITTAIRE, ainsi que les crédits correspondants, en suivant un ordre inverse à celui de la réception des ordres, jusqu'à ce que le solde débiteur ait été éliminé.

12. Ainsi, en cas de doute quant à la solvabilité d'une banque expéditrice, les ordres de transfert de fonds présentant le plus grand risque, du point de vue de la banque réceptrice, seraient ceux qui sont transmis par SAGITTAIRE immédiatement avant midi, et les ordres présentant le moins de risques seraient ceux qui sont effectués avec une date d'écriture différée ou qui sont traités immédiatement après midi. Toutefois, étant donné que toutes les banques participantes sont sous contrôle de l'Etat, il est fort peu probable qu'elles ne puissent procéder au règlement. Les statuts de SAGITTAIRE ne précisent pas à quel moment la banque réceptrice doit créditer le bénéficiaire. Néanmoins, selon la doctrine communément admise en France, le crédit devient irrévocable lorsque la banque réceptrice crédite le compte du bénéficiaire (et non son "pseudo-compte"), même si la banque n'a jamais reçu la contre-valeur du transfert de fonds.

2. *Royaume-Uni*

13. Le *Clearing House Automated Payment System* (CHAPS) est un réseau de virement sur un jour de sommes importantes entre les 12 banques de règlement, y compris la Banque d'Angleterre. Ce système complète, à l'échelon national, et finira par remplacer le *Town Clearing*, qui est un réseau conçu spécialement pour le transfert de sommes importantes sur papier dans le périmètre de la City de Londres. Conformément à une décision adoptée récemment, la participation aux opérations de règlement effectuées dans le cadre du système CHAPS et du *Town Clearing*, ainsi que dans le cadre des autres arrangements de compensation, devrait être ouverte aux banques qui satisfont aux cinq critères ci-après :

a) Volonté et capacité de se conformer aux impératifs techniques des mécanismes de compensation et respect des règles régissant les différents organismes de compensation concernés;

b) Capacité de mettre en place un mécanisme de règlement avec la Banque d'Angleterre;

c) Participation équitable aux dépenses d'exploitation;

d) Paiement d'un droit d'entrée raisonnable; et

e) Capacité d'offrir un volume minimal d'opérations de compensation.

Un certain nombre de banques, y compris les agences londoniennes de banques étrangères, ont demandé à devenir membres du système CHAPS et du *Town Clearing*. Les banques qui n'effectuent pas de règlements ne peuvent acheminer leurs ordres de transfert de fonds par le canal de CHAPS qu'en maintenant une relation de banque correspondante avec une banque de règlement.

14. Les banques recevant des ordres de virement par l'intermédiaire du CHAPS sont priées de mettre le même jour les fonds à la disposition du bénéficiaire. Cette règle a pour objet d'accroître l'efficacité de CHAPS pour les milieux commerciaux et financiers. A son tour, la banque de règlement expéditrice a l'obligation de rembourser à la banque de règlement réceptrice le montant des fonds transférés, même si la banque expéditrice n'est pas remboursée par la partie ayant ordonné le transfert. Un transfert de fonds par l'intermédiaire du système CHAPS est inconditionnel et irrévocable.

15. Le bon fonctionnement du système CHAPS dépend, par conséquent, de la solvabilité présumée de la banque expéditrice : c'est pourquoi on a limité le nombre des banques admises à participer au système CHAPS et l'on compte sur la Banque d'Angleterre pour faire aboutir les transactions finales de règlement interbanques CHAPS. Actuellement, le règlement est effectué à la fin de la journée sur une base nette-nette par le transfert du solde des banques de règlement sur leur compte auprès de la Banque d'Angleterre. Dans le nouvel arrangement, "les critères de prudence à respecter pour toute participation au règlement dans le cadre d'un mécanisme de compensation (y compris le système CHAPS) devraient se résumer à une condition préalable, à savoir que les membres doivent avoir un compte auprès de la Banque d'Angleterre qui pourrait, avec l'accord exprès de celle-ci, être utilisé aux fins de règlement dans le cadre de ce mécanisme de compensation"[1].

3. *Etats-Unis*

16. Quatre réseaux pour le virement en ligne de sommes importantes fonctionnent actuellement aux Etats-Unis. Ces réseaux peuvent être classés en deux catégories. La première catégorie est constituée par Fedwire, réseau géré par le Federal Reserve System. Fedwire permet à toutes les banques des Etats-Unis (soit 14 000) et aux autres établissements de dépôt qui ont un compte auprès de l'agence régionale de la Federal Reserve Bank de transférer des fonds à d'autres banques ou établissements de dépôt. En fait, Fedwire remplit les fonctions de service bancaire correspondant pour tout le système bancaire.

17. Le second groupe de réseaux de virement en ligne se compose de trois réseaux privés. CHIPS est contrôlé par la New York Clearing House Association, qui en assure la gestion. Plus de 100 banques participantes sont autorisées à soumettre des ordres de virement à des fins de règlement aux autres banques participantes, dont un certain nombre d'agences new yorkaises de banques étrangères. Le Clearing House Electronic Settlement System (CHESS) est contrôlé par la Chicago Clearing House Association, qui en assure la gestion. Six grandes banques participent à ce système. CashWire fait partie du réseau national de télécommunications BankWire, contrôlé par un consortium de 180 banques américaines, dont 17 utilisent le mécanisme de règlement de CashWire. En outre, les transferts de sommes importantes sont effectués grâce au mécanisme des banques correspondantes, qui est très répandu aux Etats-Unis pour les transactions tant nationales qu'internationales.

[1]Payment Clearing Systems: Review of Organization, Membership and Control (Londres, Members of the Bankers Clearing House, 1984), Appendice 1, p. 20.

a) *Fedwire*

18. Les statuts de Fedwire stipulent qu'un virement entre la banque expéditrice et la banque réceptrice acquiert un caractère définitif et que les fonds sont mis à la disposition de la banque réceptrice lorsque cette dernière est avisée du virement par l'agence régionale de la Federal Reserve Bank. L'avis de crédit est envoyé par télécommunication aux banques qui sont reliées directement à Fedwire et la notification peut également être faite par téléphone, télex ou par courrier dans le cas des banques qui ne sont pas directement reliées au réseau. Les statuts de Fedwire disposent que la banque réceptrice doit créditer promptement le bénéficiaire après réception de l'avis, mais ne fixent pas de délais à cet effet et ne tentent pas non plus de déterminer le moment à partir duquel le transfert acquiert un caractère définitif pour le bénéficiaire.

19. Lorsqu'une banque envoie des ordres de virement au moyen de Fedwire et effectue d'autres opérations ayant une incidence sur son compte, elle risque d'avoir, au cours ou à la fin de la journée, un solde débiteur auprès de l'agence régionale de la Federal Reserve Bank. En particulier, de nombreuses banques empruntent d'un jour sur l'autre à d'autres banques, sur le marché interbancaire des capitaux, des fonds qu'elles leur restituent le matin suivant. Les banques qui empruntent, et qui sont généralement les grandes banques, enregistrent souvent, sur leur compte auprès de la Federal Reserve Bank, d'importants soldes débiteurs au cours de la journée, qu'elles transforment en soldes créditeurs à la fin de la journée. A l'instar des banques correspondantes, la Federal Reserve Bank peut refuser d'accepter des ordres de virement émanant d'une banque ayant un solde débiteur tant que celle-ci n'a pas reçu suffisamment de fonds pour retrouver une position créditrice, à moins qu'elle n'offre des garanties suffisantes. Toutefois, si la banque accuse malgré tout un solde débiteur, la Federal Reserve Bank devra assumer à elle seule la responsabilité du non-remboursement. Les statuts de Fedwire ont donc pour objet non seulement d'offrir une garantie à la banque réceptrice, mais également de protéger l'ensemble du secteur bancaire et non bancaire des conséquences immédiates découlant de l'incapacité d'une banque émettrice à procéder au règlement.

20. L'application des statuts Fedwire conduirait à la même conclusion dans le cas de toute banque correspondante assujettie à une réglementation identique en ce qui concerne le caractère définitif des transferts : en effet, la banque correspondante serait tenue pour responsable si elle acceptait de manière irrévocable un ordre de virement d'une banque expéditrice dont le compte, auprès de la banque correspondante, accuserait ainsi un solde débiteur. Toutefois, si une banque expéditrice n'est pas en mesure de rembourser une banque correspondante appartenant au secteur privé, cette dernière risque également de ne pas pouvoir faire face à ses obligations, ce qui entraînerait toute une série de conséquences pour l'ensemble du système bancaire. Ce risque n'existe pas dans le système Fedwire puisque, en l'occurrence, la banque correspondante est la banque centrale.

b) *Réseaux privés*

i) *Procédures de règlement dans les réseaux privés*

21. Dans ces trois réseaux, le règlement s'effectue par notification à la Federal Reserve Bank régionale des soldes

débiteurs et créditeurs nets-nets pour toutes les transactions des participants. Les banques qui ont un solde débiteur transfèrent des fonds sur un compte de compensation spécial de ce réseau, généralement par le truchement d'un transfert Fedwire à partir de leur compte auprès de la Federal Reserve Bank. Une fois que toutes les banques qui se trouvent en position débitrice ont procédé au transfert du montant dû, la Federal Reserve Bank transfère les sommes appropriées par le canal de Fedwire sur les comptes des banques en position créditrice. Le compte de compensation spécial ne reporte pas de soldes débiteurs ou créditeurs une fois que le règlement est effectué. Une des conditions posées par les Federal Reserve Banks à la mise en place d'un mécanisme de règlement avec les trois réseaux était qu'elles n'assumeraient pas de risques liés au règlement pouvant découler de l'existence du compte de compensation.

22. Les participants au système CHIPS relèvent de deux groupes, à savoir les banques de règlement et les autres banques. Ces autres banques doivent régler tout solde débiteur net auprès d'une banque de règlement et obtiennent tout crédit net par l'intermédiaire de cette banque. Par le biais d'un mécanisme de compensation auprès de la Federal Reserve Bank, les banques de règlement effectuent les opérations liées aux soldes débiteurs ou créditeurs nets résultant de leurs propres transferts de fonds et des transferts de toutes les autres banques pour lesquelles elles effectuent le règlement.

23. Les statuts du système CHESS sont identiques à ceux du système CHIPS en ce sens qu'ils permettent à un participant d'effectuer le règlement par le truchement d'une banque de règlement plutôt qu'au moyen de son compte à la Federal Reserve Bank.

ii) *Défaut de règlement*

24. Si une banque se trouve, en fin de journée, dans l'incapacité de régler son solde débiteur par suite de transferts effectués par l'intermédiaire des systèmes CHIPS ou CHESS, toutes les transactions réalisées en direction et à partir de cette banque sont décomptées de l'opération de règlement et de nouveaux soldes sont calculés pour les autres banques participantes. Si les autres banques ne sont pas en mesure de régler leur nouveau solde débiteur, on applique la procédure de dernier recours prévue dans les statuts en "défaisant" l'ensemble du règlement. Dans ce cas, le règlement prévu pour les transactions de la journée doit être défini par les banques participantes de manière bilatérale, en dehors du champ d'application des statuts actuels. CHESS assimile ce type de procédure à un moyen administratif permettant de maintenir à flot les établissements qui ont des créances impayées.

25. Bien que, dans le système CashWire le règlement s'effectue normalement sur la base du solde créditeur ou débiteur net-net de chaque banque pour l'ensemble des transactions de la journée effectuées par l'intermédiaire de ce système, si une banque se trouve dans l'incapacité de procéder au règlement, le reste de l'opération est effectué par paire de banques sur la base d'un règlement net. Ainsi, chaque banque court le risque de ne pas être remboursée de la différence entre le montant net des ordres de virement qu'elle a reçus ce jour-là d'une autre banque, par l'intermédiaire du système CashWire et le montant des ordres de virement qu'elle a envoyés à cette banque.

iii) *Règles relatives au caractère définitif des transferts dans les réseaux privés*

26. Les transferts opérés par CHIPS acquièrent un caractère définitif lorsqu'ils sont mis à la disposition de la banque réceptrice, en ce sens que la banque expéditrice ne peut plus retirer l'ordre de virement. Toutefois, puisque la banque réceptrice risque de ne pas recevoir le règlement des transferts effectués par l'intermédiaire de CHIPS, comme c'est parfois le cas, elle n'est pas tenue d'accepter les ordres de transfert de fonds ou d'accorder un crédit à caractère irrévocable au bénéficiaire ou à toute autre partie à créditer, tant que le règlement n'a pas acquis un caractère définitif.

27. Les transferts effectués par l'intermédiaire de CHESS et de CashWire acquièrent un caractère définitif pour la banque expéditrice comme pour la banque réceptrice lorsque cette dernière en accuse réception. La banque expéditrice ne peut pas retirer l'ordre de virement.

c) *Méthodes envisagées pour réduire les risques liés au système*

28. La communauté bancaire américaine a cherché à limiter les risques auxquels le système est exposé du fait de l'accroissement du nombre de faillites enregistré récemment dans le secteur des banques. S'agissant du défaut de règlement, le Conseil d'administration du Federal Reserve System a demandé, le 29 mars 1984, que des observations soient formulées au sujet des différentes propositions visant à réduire les risques que peuvent présenter pour le système les réseaux utilisés pour le transfert de sommes élevées. Plus de 200 observations ont été formulées. Les principales méthodes proposées par la Federal Reserve ou par ceux qui ont soumis des observations pour réduire les risques liés au système sont exposées dans les paragraphes ci-après.

i) *Limites bilatérales pour le crédit net*

29. Selon cette méthode, chaque banque fixerait le montant maximal du crédit quotidien net qu'elle est disposée à accorder à toute autre banque dans le cadre d'un transfert de fonds opéré à l'intérieur du réseau. Cette limite serait flexible, chaque banque pouvant ajuster la limite du crédit net qu'elle accorderait aux autres banques en fonction de considérations liées à la conjoncture économique, de l'image qu'elle a de la situation financière de l'autre banque ou d'impératifs commerciaux immédiats. Etant donné qu'une banque qui est en position débitrice, dans des limites raisonnables, par rapport à chacune des banques du système peut de ce fait avoir un solde débiteur total dépassant ses capacités, il y a peu de chances que cette méthode permette de réduire le risque de défaillance d'une banque. Toutefois, en réduisant les incidences de cette éventualité sur les autres banques participantes, les limites bilatérales fixées pour le crédit net peuvent atténuer les risques liés au système.

30. Les trois réseaux privés utilisés pour le transfert de sommes élevées exigent que les banques participantes fixent des limites bilatérales de crédit net applicables à chacune des autres banques participantes pour les transferts de fonds réalisés au moyen de ces réseaux. Ces limites sont contrôlées en temps réel par les ordinateurs du réseau. Si une banque donnée souhaite fixer pour une autre banque une limite bilatérale de crédit applicable dans tous les réseaux, elle doit se charger elle-même des opérations de contrôle.

31. Les limites bilatérales fixées pour le crédit net ne s'appliquent pas en tant que telles au système Fedwire ou aux relations entre banques correspondantes privées. Cependant, le même résultat peut être obtenu en fixant des limites au solde débiteur que toute banque est autorisée à avoir en cours de journée auprès de la Federal Reserve Bank ou de toute banque correspondante privée.

ii) *Plafond fixé pour le débit net de la banque expéditrice*

32. Le plafonnement du débit net de la banque expéditrice permet de limiter l'écart entre les ordres de virement que cette

banque peut envoyer à toutes les autres banques et le montant qu'elle reçoit de ces dernières. Des plafonds de débit net représentant 50 % du capital sont actuellement applicables à l'intérieur du système CashWire. CHIPS envisage sérieusement l'application de plafonds fixés sur la base d'un pourcentage de l'ensemble des limites bilatérales de crédit établies pour une banque donnée par chacune des autres banques participantes.

33. Le fait de limiter la mesure dans laquelle une banque peut envoyer des ordres de virement d'un montant supérieur aux montants reçus et d'appliquer strictement cette restriction tout au long de la journée permet de réduire les cas de défaut de règlement et d'en atténuer les conséquences. Toutefois, il a été observé que si les plafonds fixés pour le débit net de la banque expéditrice étaient appliqués séparément dans chacun des trois réseaux privés, le montant total net qu'une banque serait autorisée à envoyer pourrait être trop élevé. Une autre solution serait donc de fixer un plafond unique pour le débit net de la banque expéditrice, applicable à l'ensemble des réseaux.

34. Bien que le fait de fixer des plafonds pour le débit net de la banque expéditrice, afin de réduire les risques, présente manifestement un avantage, on peut se demander si une telle mesure n'aurait pas un effet dommageable sur le fonctionnement du système de transfert de fonds. Une banque qui n'a pas encore reçu suffisamment de fonds des autres banques risque de se trouver dans l'incapacité de donner suite aux demandes de transferts de fonds de ses clients. Il peut arriver, en particulier, que les banques qui ont emprunté des fonds d'un jour sur l'autre constatent qu'elles ont atteint leur plafond de débit net simplement en remboursant le matin suivant les fonds empruntés. Afin de réduire ce risque, les banques peuvent différer l'envoi des ordres de transfert de fonds aux autres banques jusqu'à une heure avancée de la journée, ce qui a généralement pour effet de ralentir le fonctionnement de tout le système de transfert de fonds et risque de créer des goulots d'étranglement en fin de journée.

iii) *Garantie du caractère définitif de l'acceptation par la banque réceptrice*

35. Le caractère définitif de l'acceptation est assuré pour le bénéficiaire une fois que le transfert interbancaire effectué par le truchement des banques correspondantes (soit transfert de fonds entre deux banques, soit transfert de fonds entre trois banques comme dans le système Fedwire) est achevé, puisque la banque bénéficiaire a automatiquement reçu la contre-valeur. Le caractère définitif de l'acceptation est assuré pour le bénéficiaire dans un réseau de règlement net si la banque réceptrice est obligée de créditer le bénéficiaire, qu'elle ait ou non obtenu le règlement, comme le stipulent les statuts de CashWire et de CHESS.

36. La garantie du caractère définitif de l'acceptation par la banque réceptrice met le secteur économique non bancaire à l'abri des conséquences d'un défaut de règlement, protège par là même les marchés financiers et l'économie en général. On pourrait s'attendre à ce que les banques réceptrices réduisent automatiquement les risques encourus vis-à-vis des banques expéditrices jugées peu fiables en abaissant la limite bilatérale fixée pour le crédit net. D'autre part, on a avancé que la garantie du caractère définitif pourrait inciter les banques réceptrices à relever la commission qu'elles demandent pour se prémunir contre des risques trop importants et dissuader les banques d'accepter certains transferts de fonds.

iv) *Garantie offerte par la banque centrale en cas de position débitrice*

37. Pour réduire les risques liés au système, la Federal Reserve et les autres autorités bancaires peuvent recourir à une méthode, qu'on s'est gardé d'employer jusqu'ici, consistant à garantir les obligations des participants au système au-delà de la garantie déjà accordée pour les petits dépôts. La fermeture récente d'un certain nombre de banques de petites et moyennes dimensions, ainsi que la remise à flot d'une grande banque par les autorités bancaires, ont amené ces dernières à envisager d'autres méthodes pour réduire les risques liés au système.

v) *Assurance visant à garantir les soldes débiteurs*

38. Les soldes débiteurs apparaissant dans les réseaux de règlement pourraient également être garantis par une caisse d'assurance publique ou privée, semblable aux caisses qui garantissent les petits dépôts effectués auprès de banques ou autres établissements de dépôt. Selon certaines estimations, le montant de la prime serait approximativement de 1,90 dollar par million de dollars tranférés.

[A/CN.9/266/Add.2]

Chapitre sur les problèmes juridiques posés par les transferts électroniques de fonds

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 180

Question 1 L'évolution des transferts électroniques de fonds demande-t-elle des changements importants de la législation ? 180

Question 2 A quels types de transactions financières la législation sur les transferts de fonds devrait-elle s'appliquer ? 181

Question 3 La législation sur les transferts de fonds devrait-elle reconnaître le rôle accru que le système de transfert de fonds joue dans les transferts de fonds interbancaires ? 182

		Pages
Question 4	Le transfert de fonds entre le transférant et le bénéficiaire et les transactions de transfert visant à exécuter les transferts de fonds devraient-ils être assujettis aux mêmes règles ? Dans le cas où certaines des règles applicables seraient différentes, ces différences devraient-elles se refléter dans la législation ou dans les accords conclus entre banques ?	183
Question 5	Devrait-on établir des règles universellement acceptées pour régir les transferts électroniques internationaux de fonds ?	184
Question 6	Devrait-on établir des règles universellement acceptées sur les conflits de lois pour les transferts électroniques internationaux de fonds ?	185
Question 7	Dans le cas de transferts de fonds, les règles d'administration de la preuve accordent-elles aux données enregistrées sous une forme déchiffrable par l'ordinateur la même valeur juridique qu'aux données conservées sur papier ?	186
Question 8	Le non-échange de chèques, lettres de change et autres ordres de prélèvement donnés à la banque de dépôt exige-t-il une modification de la législation ?	186
Question 9	La généralisation des techniques utilisées pour les transferts électroniques de fonds exige-t-elle une modification des lois relatives au secret bancaire ?	187
Question 10	Les banques devraient-elles établir avec leurs clients des contrats écrits stipulant les droits et devoirs respectifs du client et de la banque, dans le cas de transferts électroniques de fonds ?	188
Question 11	Les autorisations de prélèvement automatique devraient-elles faire l'objet d'une quelconque restriction ?	188
Question 12	La forme d'authentification exigée pour un transfert électronique de fonds devrait-elle être soumise à une prescription légale ?	189
Question 13	Les banques expéditrices devraient-elles être tenues de se conformer aux formules normalisées pour l'envoi d'ordres de transfert de fonds ?	189
Question 14	Y aurait-il lieu de prévoir une formule unique pour les transferts électroniques de fonds effectués à l'aide des cartes de débit et des cartes de crédit utilisées dans un pays ?	190
Question 15	Où faudrait-il considérer que le compte du client est domicilié au regard des règles juridiques qui régissent les transferts de fonds ?	190
Question 16	Dans le cas d'un virement, le devoir de la banque transférante devrait-il se limiter à envoyer un ordre de virement en bonne et due forme à la banque réceptrice indiquée ou bien devrait-il être de veiller à ce que l'ordre émis par le transférant soit exécuté ?	191
Question 17	La banque bénéficiaire est-elle responsable vis-à-vis du transférant, de la banque expéditrice ou du bénéficiaire, de la bonne exécution de ses obligations relatives au virement ?	192
Question 18	Les services publics de télécommunication, les services privés de communication, les réseaux de transfert électronique de fonds et les chambres de compensation électroniques devraient-ils être tenus pour responsables des préjudices dus à des erreurs ou à des fraudes en rapport avec un ordre de transfert de fonds ?	192
Question 19	La banque devrait-elle être exonérée de toute responsabilité en cas d'erreur ou de retard dans le transfert de fonds dû à une panne technique du matériel ou du logiciel ?	193
Question 20	La banque devrait-elle être responsable vis-à-vis de son client pour avoir débité ou crédité le compte sur la base du numéro de compte indiqué sur l'ordre de transfert de fonds qu'elle a reçu alors que l'intitulé du compte ne correspondait pas à celui figurant sur l'ordre de transfert de fonds ?	193
Question 21	A qui, de la banque ou du client, devrait incomber de prouver que le compte du transférant a été débité avec son autorisation ou par sa faute ?	193

		Pages
Question 22	A qui, du client ou de la banque concernée, devrait incomber d'établir la source de l'erreur ou de la fraude à l'origine de la perte lors de l'exécution d'un transfert de fonds ?	194
Question 23	Les fonds devraient-ils être crédités au bénéficiaire dans un délai déterminé à partir du moment où la banque transférante reçoit l'ordre de virement ? Si oui, comment fixer ce délai ?	195
Question 24	Avec quelle fréquence la banque devrait-elle être tenue d'envoyer à ses clients des relevés de compte ?	196
Question 25	De combien de temps devrait pouvoir disposer le client d'une banque pour notifier à sa banque une écriture erronée à son compte ?	196
Question 26	Faudrait-il mettre en place une procédure très précise de correction des erreurs ?	197
Question 27	Le transférant ou le bénéficiaire devrait-il recouvrer des intérêts en cas de retard lors d'un transfert de fonds ?	197
Question 28	Le transférant ou le bénéficiaire devrait-il recouvrer les pertes de change en cas de retard dans le transfert de fonds ?	198
Question 29	Dans quelles circonstances la banque devrait-elle être responsable des dommages indirects ?	199
Question 30	Des règles spéciales devraient-elles régir la responsabilité interbancaire en cas de remboursement tardif ou d'erreur dans les transferts de fonds ?	200
Question 31	Quelles conséquences devrait avoir l'acquisition d'un caractère définitif par un transfert de fonds ou une transaction de transferts de fonds ?	200
Question 32	Les transferts de fonds devraient-ils devenir définitifs, à certaines ou à toutes fins utiles, lors de l'accomplissement d'un événement particulier ou à un moment particulier de la journée ?	201
Question 33	Quel effet l'acquisition d'un caractère définitif par une transaction interbancaire de transfert de fonds devrait-elle avoir sur un virement effectué entre les comptes de deux clients ?	202
Question 34	La garantie de l'acceptation de l'ordre de transfert de fonds par la banque transférante devrait-elle influer sur le moment où le transfert devient définitif ?	203
Question 35	Devrait-il y avoir une règle expresse sur la question de savoir si une banque bénéficiaire à laquelle des fonds ont été envoyés pour remise au bénéficiaire sur présentation détient ces fonds pour le compte du transférant ou pour celui du bénéficiaire ?	203
Question 36	Le moment où le transfert de fonds éteint l'obligation sous-jacente devrait-il dépendre des moyens utilisés par la banque pour effectuer ledit transfert ? Devrait-il coïncider avec celui où ce transfert devient définitif ?	204
Question 37	Les règles régissant les transferts de fonds devraient-elles prendre en considération la possibilité d'un défaut de règlement par une banque ?	204
Question 38	Un transfert de fonds peut-il devenir définitif en dehors des heures ouvrables normales ?	205
Question 39	Quand le débit ou le crédit devrait-il être réputé porté en compte ?	205
Question 40	Dans quel ordre les différentes transactions portées à un compte devraient-elles être réputées passées en écriture ?	206
Question 41	Une banque devrait-elle avoir le droit de recouvrer un crédit erroné en contre-passant l'écriture passée au compte du client ?	207

INTRODUCTION

1. Les précédents chapitres du présent guide juridique ont exposé les rapports entre l'évolution des transferts électroniques de fonds et le système des transferts de fonds sur papier dans le cadre des dispositions juridiques régissant les transferts de fonds. Dans le présent chapitre, un certain nombre de problèmes juridiques posés par cette évolution sont formulés en tant que questions auxquelles il faudra répondre pour pouvoir élaborer les règles nouvelles que nécessitera l'emploi des transferts électroniques de fonds. La plupart de ces problèmes amènent à se demander quelle est la règle juridique appropriée à appliquer dans tel ou tel cas et découlent de ce qui a été dit dans les chapitres précédents. Plusieurs de ces problèmes mettent en jeu des questions générales de principe. Chacune des questions posées est suivie d'un bref commentaire indiquant les divers facteurs qui peuvent influer sur la réponse qu'il sera décidé de donner à chacune de ces questions.

2. Les commentaires renvoient aux passages des précédents chapitres qui intéressent particulièrement la question posée ainsi qu'à certaines publications autres que le présent guide. Les titres des chapitres auxquels les commentaires renvoient ont été abrégés comme suit :

"Terminologie" (A/CN.9/250/Add.1)	"Terminologie"
"Généralités sur le système de transferts électroniques de fonds" (A/CN.9/250/Add.2)	"TEF général"
"Accords de transfert de fonds et ordres de transfert de fonds" (A/CN.9/250/Add.3)	"Accords"
"Fraude, erreurs, traitement inapproprié des ordres de transfert et responsabilité" (A/CN.9/250/Add.4)	"Responsabilité"
"Caractère définitif des transferts de fonds" (A/CN.9/266/Add.1)	"Caractère définitif"

Question 1

L'évolution des transferts électroniques de fonds demande-t-elle des changements importants de la législation ?

Commentaire

1. Etant donné que les procédures qui sont à la base des transferts de fonds demeurent les mêmes, que le moyen de communication soit le papier ou l'électronique, on pourrait penser que les dispositions régissant les transferts de fonds sur papier demeurent pour l'essentiel applicables aux transferts électroniques de fonds. Mais, du fait que les transferts électroniques ne s'effectuent pas de la même manière que les transferts sur papier, il est normal de constater que la législation devrait être modifiée pour s'adapter aux techniques nouvelles. Les paragraphes qui suivent exposent certains des principaux éléments qui indiquent dans quelle mesure la législation conçue pour les transferts sur papier aurait besoin d'être modifiée pour s'appliquer comme il convient aux transferts électroniques.

2. Etant donné que la plupart des transferts électroniques de fonds s'effectuent par virement, dans les pays où les transferts de fonds s'effectuaient essentiellement par chèque, il n'y a peut-être qu'un petit nombre de dispositions juridiques qui soient directement applicables en la matière. Bien que le présent guide juridique signale souvent l'identité ou la comparabilité des règles régissant les prélèvements et les virements, les règles conçues pour l'émission et l'encaissement des chèques, y compris leurs éléments négociables, ne peuvent pas s'appliquer, sans modification sensible, aux virements.

3. La suppression de tous les éléments négociables dans les prélèvements électroniques, à l'exception de ceux qui supposent le non-échange de chèques, lettres de change ou autres ordres de prélèvement négociables, offre l'occasion d'unifier ou d'harmoniser la législation régissant les prélèvements et la législation régissant les virements. Il se peut qu'il y ait déjà une certaine mesure d'harmonisation dans les dispositions régissant les réseaux de transferts électroniques de fonds traitant ces deux types de transferts. De plus vastes perspectives d'harmoniser la législation s'offriront peut-être lorsque la réglementation applicable aux transferts de fonds sera étudiée en vue d'être rendue applicable aux transferts électroniques de fonds.

4. Même dans les pays qui disposent d'une législation satisfaisante pour les virements sur papier, les nouvelles techniques demandent une adaptation de la législation dans différents domaines, notamment en ce qui concerne les délais prévus pour les différentes opérations, l'existence ou l'absence de responsabilité en cas de panne d'ordinateur dans l'une des banques, les réseaux de compensation ou de communication, le moment où un transfert devient définitif et les conséquences de son caractère définitif. Des modifications dans ces domaines ne porteraient pas atteinte à la structure des dispositions juridiques existantes, mais elles risqueraient d'en modifier sensiblement la portée.

5. Bien que l'absence d'éléments négociables dans les transferts électroniques permette de simplifier la législation en harmonisant les dispositions qui concernent les prélèvements et celles qui concernent les virements, la mise au point de plusieurs procédés nouveaux différents pour la réalisation des transferts et l'évolution continue des techniques peuvent amener à de nouvelles subdivisions de la législation. Il peut être utile de faire une distinction entre les transferts transmis par lots et les transferts individuels effectués par télécommunication, entre les transactions réalisées à l'aide de cartes de débit et celles qui s'effectuent à l'aide de cartes de crédit, ainsi qu'entre les transactions déclenchées sur un terminal client et celles qui s'effectuent par le système électronique d'une banque. Dans une certaine mesure, ces distinctions peuvent se refléter de manière adéquate dans les contrats établis entre la banque et son client ainsi que dans les règles interbancaires régissant les

différents types de réseaux de transfert. Mais, dans certains cas, ces distinctions devront apparaître dans la réglementation régissant les transferts de fonds; s'il n'y a qu'un petit nombre de règles spéciales qui résultent de ces distinctions, elles peuvent s'inscrire dans le cadre des dispositions générales régissant les transferts de fonds; en revanche, si leur nombre est très important, il peut se révéler préférable d'adopter des dispositions spéciales, comme c'est le cas actuellement pour les prélèvements et les virements. En tout état de cause, on continuera d'avoir besoin de règles applicables aux transferts sur papier, notamment dans le cas des chèques et des lettres de change.

6. Un certain nombre de questions liées aux transferts électroniques sont les mêmes quelle que soit la forme du traitement automatique des données, et les dispositions juridiques applicables dans ce domaine peuvent également être les mêmes pour les transactions de cette nature. L'une des questions fondamentales qui se posent à cet égard est de savoir quelle valeur probatoire attacher aux enregistrements informatisés des ordres de transfert adressés et reçus sous une forme susceptible d'être lue par l'ordinateur et des relevés de compte stockés de cette manière. La question de la recevabilité de l'authentification utilisée pour les transferts électroniques de fonds présente une importance particulière. Dans certains cas, les règles applicables en la matière sont énoncées dans les dispositions régissant les transferts de fonds et non dans les dispositions d'application générale.

7. L'essor parallèle des transferts électroniques de fonds, d'une part, et des transferts internationaux importants ou faibles, d'autre part, ouvre la voie à une normalisation internationale des procédures de transfert de fonds et incite de plus en plus les pays à rechercher une unification et une harmonisation internationales des dispositions applicables en la matière. Le présent guide juridique constitue un jalon important dans cette voie. L'étape suivante consisterait à élaborer des règles régissant de manière adéquate les différents aspects des transferts de fonds internationaux. Une autre étape encore consisterait à unifier ou harmoniser certains éléments de la législation interne, notamment lorsqu'il s'agit des éléments des transferts de fonds qui sont le prolongement interne de transferts opérés sur le plan international.

Question 2

A quels types de transactions financières la législation sur les transferts de fonds devrait-elle s'appliquer ?

Références

"Caractère définitif", paragraphes 44 à 47
Question 4, paragraphe 5

Commentaire

1. Dans un certain nombre de pays, les établissements de dépôt qui, auparavant, n'étaient pas habilités à effectuer des transferts de fonds au nom de leurs clients peuvent maintenant le faire. Mais, dans d'autres pays, la législation sur les transferts de fonds n'a été appliquée que dans le cas des transferts effectués au moyen de prélèvements et de virements sur le compte courant d'une banque, la législation applicable en la matière donnant du mot "banque" une définition étroite. Les transferts de fonds effectués par prélèvement sur un compte courant ouvert auprès d'autres types d'établissements de dépôt, y compris les transferts de fonds opérés au moyen de prélèvements sur un compte courant ouvert auprès d'autres types d'établissements de dépôt, y compris les transferts de fonds opérés au moyen de prélèvements sur un compte postal, étaient généralement régis par un ensemble de règles distinctes, bien que celles-ci fussent souvent identiques ou analogues quant au fond aux règles applicables aux transferts de fonds effectués par le truchement des banques. Il n'y aurait pas de difficultés d'ordre technique à assujettir les transferts de fonds effectués par l'intermédiaire de tous les établissements de dépôt au même ensemble de règles juridiques, si cela était jugé souhaitable.

2. Outre leur compte auprès d'un établissement de dépôt, les clients peuvent avoir un solde créditeur auprès de nombreux autres organismes financiers, agents de change, courtiers de commerce ou compagnies d'assurances, par exemple. Dans certains pays, les clients peuvent maintenant transférer la totalité ou une partie de leur solde créditeur sur un compte détenu par des tiers auprès du même établissement, d'un autre établissement du même type ou d'une banque. Cette nouvelle pratique qui s'étend pose de sérieux problèmes d'ordre monétaire et réglementaire quant à l'appareil bancaire et au système de transfert de fonds en général. Elle amène aussi à se demander si ces transferts de soldes comptables, à supposer qu'ils soient autorisés, devraient être assujettis à la législation sur les transferts de fonds ou si, au contraire, à un autre régime juridique. Si l'on devait les assujettir à un autre régime juridique, nombre des problèmes juridiques identiques ou apparentés à ceux auxquels tente de répondre la législation sur les transferts de fonds devraient être étudiés.

3. Une transaction effectuée au moyen d'une carte de crédit peut ne pas être assimilée à un transfert de fonds au regard de la législation pertinente sur les transferts de fonds, par exemple lorsqu'il s'agit de statuer sur les conséquences d'une transaction frauduleuse ou le caractère définitif du prélèvement, puisque celui-ci est généralement considéré comme un prolongement du virement; à ce titre, il peut être assujetti à certains règles applicables en matière de crédit à la consommation et doit être réglé ultérieurement par un virement effectué à partir d'un autre compte du client. La législation sur les transferts de fonds peut être considérée comme s'appliquant uniquement au réglement du prélèvement du client et, éventuellement, au dédommagement du négociant ou de tout tiers qui a accepté la carte de crédit.

4. Néanmoins, lorsque le compte est ouvert auprès d'une banque ou autre établissement de dépôt, il peut être jugé approprié d'inclure les transactions dont il

s'agit dans la catégorie des transferts de fonds, en particulier du fait que les prélèvements par carte de crédit effectués sur un compte bancaire s'inscriraient de toute évidence dans le cadre des transferts de fonds. Si les transactions par carte de crédit effectuées sur un compte bancaire sont considérées comme des transferts de fonds, il s'agit de savoir si les transactions par carte de crédit qui entraînent un prélèvement sur un compte ouvert auprès d'un organisme qui n'est ni une banque ni un autre établissement de dépôt ne devraient pas être soumises à la législation sur les transferts de fonds. La décision en la matière sera peut-être différente selon que le bordereau de la carte de crédit ou le relevé électronique (ordre de prélèvement) est traité par le truchement des canaux bancaires ou en dehors. Mais les motifs sur lesquels se fonderait cette décision risquent de se trouver bouleversés du fait de modifications apportées ultérieurement aux procédures de compensation.

5. Un problème assez analogue peut se poser dans le cas de l'utilisation d'une carte à microcircuit à laquelle la banque a attribué une valeur avant de la remettre au client. La question de la carte "à valeur" remise au client et le prélèvement effectué sur son compte peuvent être considérés comme un transfert de fonds achevé, équivalant à la vente de chèques de voyage. L'utilisation de la carte déclencherait ainsi une procédure de remboursement par la banque, en faveur du négociant qui pourrait être considérée comme une forme de transfert par prélèvement électronique analogue à la remise d'un chèque de voyage. Mais si la carte "à valeur" était considérée comme une forme spéciale de compte auprès de la banque, elle constituerait simplement pour le client un moyen d'accéder à ce compte. Néanmoins, les conséquences que l'utilisation de la carte "à valeur" aurait pour la banque et pour le client peuvent être adéquatement couvertes par la législation sur les transferts de fonds, de la même manière que les conséquences que l'utilisation de chèques, de cartes de débit et autres moyens d'accès au compte ont pour la banque et pour le client sont couvertes par la législation sur les transferts de fonds.

Question 3

La législation sur les transferts de fonds devrait-elle reconnaître le rôle accru que le système de transfert de fonds joue dans les transferts de fonds interbancaires ?

Références

"Terminologie", paragraphes 1 à 7
"TEF général", paragraphes 1 à 5
"Responsabilité", paragraphes 56 à 60
Questions 13, 16, 18, 22 et 23

Commentaire

1. Jusqu'à une date récente, le système de transfert de fonds en place dans la plupart des pays ne limitait pas de manière rigoureuse la faculté des banques de choisir les méthodes à employer pour les transferts de fonds. Le faible volume des transferts de fonds effectués permettait de considérer que chaque ordre de transfert laissait à chaque banque le soin de décider comment y donner suite.

2. L'évolution technologique récente a abouti à la création de réseaux spécialisés de communications et de transferts de fonds et, par suite, à la normalisation de nombreux éléments des procédures de transfert de fonds. Les transferts s'effectuent pour une large part par le truchement de ces réseaux et la conception du système d'ensemble de transferts permet de déterminer si ces transferts peuvent être effectués de manière prompte, exacte et sûre.

3. Le degré de fragmentation du système bancaire est un des facteurs qui déterminent la mesure dans laquelle le rôle accru du système peut être dûment pris en considération dans la législation régissant les transferts de fonds. Lorsqu'il n'y a qu'un petit nombre de banques comptant de nombreuses agences, chaque banque représente une part importante de l'ensemble du système de transferts de fonds. La banque se trouve donc par la force des choses responsable tant de la conception des installations informatisées dans une agence donnée que du système de transmission reliant les différentes agences. Etant donné que dans bon nombre de cas il s'agirait à la fois de la banque transférante et de la banque bénéficiaire, la plupart des problèmes juridiques résultant de la transmission de l'ordre de transfert d'une banque à une autre disparaîtraient du même coup. Ainsi, il n'y a peut-être pas de différence notable entre les règles qui partent du principe que la banque constitue une entité propre et celles qui considèrent la banque comme un des maillons du cadre plus vaste du système des transferts de fonds.

4. Lorsque le système bancaire est fragmenté et qu'il y a un grand nombre de banques procédant à des transferts de fonds, la distinction entre la banque en tant qu'entité propre et la banque en tant que maillon du système des transferts est forcément plus marquée. Cet état de choses peut avoir des conséquences de deux ordres : d'une part, on peut considérer qu'il est essentiel que la loi reconnaisse ouvertement le rôle que la banque opère dans le cadre du système de transfert de fonds et, d'autre part, les banques peuvent faire preuve d'une plus grande réticence à l'idée de perdre une certaine partie de leur indépendance du fait de cette reconnaissance.

5. La fragmentation du système bancaire revêt une importance particulière pour les transferts de fonds internationaux. En effet, non seulement un grand nombre de banques de tous les pays participent à la réalisation des transferts, mais, qui plus est, les différentes pratiques bancaires et les différentes dispositions appliquées dans ce domaine tendent à isoler les banques les unes des autres. Toutefois, on peut penser que c'est précisément dans le domaine des transferts de fonds internationaux que les banques modifient le plus aisément leurs pratiques pour s'adapter aux impératifs technologiques de certains réseaux de transferts et de l'ensemble du système des transferts de fonds.

6. Le rôle fondamental que le système joue dans les transferts de fonds peut être reconnu sur le plan juridique de multiples façons. Les accords conclus entre banques, y compris les règles régissant la compensation, peuvent être acceptés en tant qu'instrument clef pour l'élaboration de règles applicables à l'ensemble du système. Selon ces règles ou selon le droit même, c'est une seule partie qui peut être tenue pour responsable envers le client des erreurs ou des fraudes qui se produisent en tout point du système tout entier. Les banques peuvent être tenues d'appliquer des procédures normalisées pour pouvoir participer à certains réseaux de transferts de fonds. Si elles subissent des pertes du fait d'une conception défectueuse du système ou de son mauvais fonctionnement, elles sont en droit de demander un dédommagement à l'ensemble du système ou aux autres banques participantes.

Question 4

Le transfert de fonds entre le transférant et le bénéficiaire et les transactions de transfert visant à exécuter les transferts de fonds devraient-ils être assujettis aux mêmes règles ? Dans le cas où certaines des règles applicables seraient différentes, ces différences devraient-elles se refléter dans la législation ou dans les accords conclus entre banques ?

Références

"Caractère définitif", paragraphes 23 à 30
Question 2, paragraphes 3, 4 et 5

Commentaire

1. Les transactions de transfert entre banques qui visent à exécuter un transfert de fonds interbancaire entre un transférant et un bénéficiaire peuvent être examinées dans deux optiques différentes. Le point de vue traditionnel, dans la plupart des pays, veut que les transactions de transfert soient considérées comme des opérations auxiliaires par rapport aux transferts de fonds. Les accords interbancaires qui régissent les transferts de fonds servent principalement à définir les relations techniques entre banques et n'altèrent pas, ou ne devraient pas altérer, les droits que la loi reconnaît au transférant et au bénéficiaire. Le second point de vue, qui semble prévaloir dans le cas des transferts de crédits effectués individuellement par télécommunication, veut que la transaction de transfert entre les banques émettrices et les banques réceptrices constitue l'élément essentiel. Les virements d'une banque à une autre répondent à un certain nombre d'objectifs, dont l'un seulement est la suite à donner à l'ordre du client. Le fait qu'une transaction de transfert s'effectue conformément à l'ordre du client présente un intérêt opérationnel pour la banque transférante, qui débitera le compte client correspondant, mais il ne présente aucun intérêt opérationnel pour les banques intermédiaires sauf dans la mesure où un type de message particulier a été employé et où certaines zones de données dans l'ordre de transfert contiennent des informations à transmettre à la banque suivante.

2. Etant donné que chaque transaction de transfert de fonds est traitée par les banques comme une transaction bancaire séparée et complète, on pourrait s'attendre à ce que certains problèmes juridiques se posent, tels que celui du moment où la transaction devient définitive ou celui du moment où la responsabilité pour erreurs se trouverait mise en jeu, comme c'est le cas pour le transfert de fonds lui-même. Faute d'autres règles, on pourrait penser que les règles généralement applicables aux transferts de fonds s'appliquent également dans ce domaine. Mais il y a lieu de ne pas oublier que les règles qui conviennent à une transaction de transfert de fonds entre deux banques peuvent différer quelque peu des règles qui conviennent à un transfert de fonds entre deux clients autres que des banques, même si la transaction de transfert de fonds a pour objet d'exécuter un transfert pour un client.

3. Si on désirait que les règles applicables aux transactions de transfert de fonds soient légèrement différentes de celles qui régissent les transferts de fonds entre les clients des banques, il y aurait lieu de se demander s'il ne serait pas préférable que ces règles soient incorporées aux dispositions générales régissant les transferts de fonds, fassent l'objet d'une section spéciale de la législation régissant les relations interbanques ou fassent l'objet d'accords entre banques. L'argument selon lequel ces règles devraient être adoptées sous forme de législation part du principe suivant : étant donné que les règles applicables aux transactions de transfert pourraient avoir une incidence sur le transfert opéré par le client, elles devraient être élaborées de manière à ne pas porter atteinte aux droits que la loi reconnaît au client. Par suite, il serait préférable qu'elles fassent l'objet de l'examen au grand jour qui est normalement prévu dans le cas des projets de loi. L'argument selon lequel ces règles devraient être adoptées dans le cadre d'un accord entre banques part du principe que des règles différentes pourraient se révéler convenir aux différents réseaux de transfert de fonds. En outre, en raison du caractère technique de nombre de ces règles et de la nécessité de les modifier à mesure qu'évoluent les techniques et les pratiques bancaires correspondantes, il serait sans doute préférable de leur donner une forme plus souple. On pourrait penser que les répercussions qu'elles auraient pour la clientèle des banques ne seraient pas plus importantes que celles qu'ont les règles ou pratiques bancaires qui régissent actuellement les aspects techniques des transactions de transfert de fonds.

4. On pourrait particulièrement se demander s'il ne serait pas souhaitable de disposer de règles convenues régissant certains aspects des transactions internationales importantes de transfert de fonds. Etant donné que les règles internes applicables aux transferts interbancaires, qui pourraient sinon s'appliquer également dans une large mesure aux transferts internationaux, diffèrent à d'importants égards les unes des autres, l'unification ou l'harmonisation de ces règles dans toute la mesure possible devraient pouvoir se traduire par des résultats positifs significatifs.

5. Il semble que la situation serait légèrement différente dans le cas de transactions internationales effec-

tuées au moyen de cartes de crédit ou de cartes de débit. Avant que les cartes émises dans un pays ne soient acceptées dans un autre pays, des accords sont toujours conclus entre banques pour régler les problèmes de nature tant technique que juridique. Ces accords sont propres à chaque réseau. Ainsi, différents accords interbancaires régissant l'utilisation internationale des cartes de crédit et des cartes de débit sont déjà en vigueur dans la plupart des pays. Etant donné que les ordres de transfert par carte de crédit ou carte de débit sont actuellement acheminés par des canaux spéciaux pour des raisons d'ordre technique, il y a peu de conflits possibles avec d'autres formes de transferts internationaux de fonds. Mais, si le volume des transferts de fonds internationaux opérés sous cette forme continue de s'accroître, il y aurait peut-être lieu d'examiner les rapports entre ce système et les dispositions régissant d'autres formes de transfert international de fonds.

Question 5

Devrait-on établir des règles universellement acceptées pour régir les transferts électroniques internationaux de fonds ?

Références

Projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (A/CN.9/211)

Questions 4 et 6

Commentaire

1. Dès que le transférant donne à sa banque l'ordre de transférer des fonds en faveur du bénéficiaire auprès d'une banque d'un pays étranger, un transfert international de fonds est déclenché. Une opération de ce genre supposera donc une étroite association d'intérêts nationaux et internationaux. Le transfert de fonds effectué entre le transférant et le bénéficiaire revêt, en soi, un caractère international. La toute première et la toute dernière des opérations, l'ordre de transfert de fonds donné par le transférant, le prélèvement opéré sur son compte par la banque transférante et le crédit porté au compte du bénéficiaire, constituent en soi des démarches identiques, à l'échelon national, à celles entreprises dans le cadre d'un transfert intérieur de fonds. Une ou plusieurs transactions de transfert de fonds doivent être effectuées entre des banques de différents pays et il est possible également qu'une ou plusieurs de ces transactions interviennent dans le pays du transférant ainsi que dans celui du bénéficiaire.

2. Cette situation présente quelque analogie avec le cas de l'expédition de marchandises de l'intérieur d'un pays à l'intérieur d'un autre pays, puisque la même activité économique du chargeur peut être assurée aussi bien par des transporteurs nationaux des deux pays que par un ou plusieurs transporteurs internationaux. Il existe une certaine tension entre la nécessité ou le désir de prévoir des régimes juridiques distincts pour chaque mode national et international d'une expédition et la nécessité ou le désir de prévoir un seul régime juridique applicable à l'ensemble de l'expédition. Dans le cas d'un envoi de marchandises, le désir de n'appliquer qu'un seul régime juridique à l'ensemble de l'expédition a conduit à l'adoption de la Convention des Nations Unies sur le transport multimodal international de marchandises. Toutefois, l'objet de cette convention est moins de se substituer aux régimes juridiques applicables aux divers modes que de coordonner certains de leurs effets juridiques.

3. Etant donné qu'il n'existe pas actuellement de règles régissant les transferts internationaux de fonds, à l'exception des règles de la SWIFT relatives aux aspects de la transmission d'un ordre de transfert de fonds dans ce réseau et des règles applicables à l'intérieur du réseau des cartes de crédit et de débit utilisées à l'échelle internationale, le fait qu'un transfert de fonds ou que l'une ou plusieurs des transactions permettant sa réalisation soient à caractère international implique que les règles de conflits de droits renverraient au droit positif de l'un des pays concernés. Ce droit peut éventuellement comprendre des règles spéciales régissant les transferts internationaux de fonds ou, sans leur appliquer expressément des règles spéciales, reconnaître les différences inhérentes à ces transferts. Une de ces différences essentielles, par exemple, est le fait qu'une partie du transfert de fonds est effectuée dans un pays étranger conformément aux règles et pratiques bancaires de ce dernier.

4. Le principe dont s'inspire le projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, établi par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, est de régir les ordres de transfert de fonds émis par le transférant et toutes les transactions de transfert de fonds nécessaires pour donner suite à ces ordres. Toutefois, on peut observer que ce projet de convention précise que certains problèmes juridiques relatifs aux lettres de change ne relèvent pas de son champ d'application. Il convient en particulier de noter que les droits et obligations de la banque intermédiaire qui endosse la lettre de change seraient également régis par la convention, même si la lettre de change lui était transmise par une autre banque dans le pays où elle est établie. Cette optique est conforme au point de vue traditionnel exposé sous la Question n° 4, point de vue selon lequel les transactions interbancaires permettant de donner suite à l'ordre de transfert de fonds donné par un client autre qu'une banque revêtent un caractère auxiliaire par rapport au transfert de fonds. Dans le cas des transferts électroniques de fonds, la transaction de transfert de fonds intervenant entre la banque transférante nationale et la banque intermédiaire nationale serait, selon cette même approche, assujettie à la législation internationale. Un tel état de choses aurait des répercussions sensibles sur les réseaux nationaux de transferts électroniques de fonds qui traitent le maillon national des transferts internationaux de fonds.

5. Ce projet de convention est limité dans ses effets par son article premier (Champ d'application) qui dispose que le projet de convention ne s'applique que si les parties l'ont choisi en tant que législation pertinente

en utilisant une lettre de change contenant les termes "lettre de change internationale (Convention de ...)". Cette convention ne s'appliquerait donc pas à toutes les lettres de change utilisées dans les transactions internationales intervenant entre des parties établies dans les Etats contractants. Les règles régissant les transferts électroniques internationaux de fonds pourraient être soumises à une restriction du même genre, auquel cas l'ordre de transfert de fonds envoyé par la banque transférante et chacune des banques intermédiaires devrait contenir cette précision.

6. Une approche moins radicale que celle adoptée dans le projet de convention consisterait à assujettir les relations existant, d'une part, entre le transférant et le bénéficiaire et, d'autre part, toutes les banques intervenant dans le déroulement du transfert de fonds, à des règles universellement acceptées, cependant que les transactions interbancaires de transfert de fonds resteraient assujetties à la législation nationale pertinente, ainsi qu'à tout accord interbancaire applicable en la matière. Si une telle approche était adoptée, une décision devrait être prise quant au texte à invoquer dans les cas où les règles internationales confèrent au transférant ou au bénéficiaire des droits à l'encontre de l'une des banques, alors que la législation applicable en l'accord interbancaire contient des dispositions contraires en ce qui concerne la transaction nécessaire à la réalisation d'un transfert de fonds. Par exemple, les règles internationales pourraient permettre de révoquer un ordre de transfert de fonds jusqu'à ce que le compte du bénéficiaire ait été définitivement crédité, bien que les règles régissant un réseau donné de transferts de fonds par lequel les transferts de fonds sont acheminés pourraient limiter la mesure dans laquelle un ordre de transfert de fonds pourrait être révoqué par une banque émettrice (voir question 33).

Question 6

Devrait-on établir des règles universellement acceptées sur les conflits de lois pour les transferts électroniques internationaux de fonds ?

Référence

Question 5

Commentaire

1. Etant donné qu'il n'existe pas de régime juridique généralement agréé dans le cas des transferts électroniques internationaux de fonds, on pourrait envisager l'élaboration de règles universellement acceptées sur les conflits de lois.

2. L'adoption de règles de droit universellement acceptées présenterait essentiellement un intérêt pour un aspect de la législation relative au transfert de fonds, à savoir la relation existant entre le transférant et le bénéficiaire entre eux et leur relation avec les banques assurant le transfert de fonds. La situation peut se révéler particulièrement difficile lorsque le transfert de fonds est effectué dans la monnaie d'un pays tiers et que les banques de ce pays participent à cette opération soit en tant que banques intermédiaires, soit en tant que banques chargées du remboursement. L'adoption de règles universellement acceptées sur les conflits de lois permettrait de répondre en partie à l'une des principales questions de fond qui n'a pas encore fait l'objet d'un accord, à savoir si une banque intermédiaire a des devoirs directement envers le transférant (ou éventuellement son mandataire désigné par la banque émettrice) ou si elle n'a d'obligations que vis-à-vis de la banque émettrice avec laquelle elle a des rapports contractuels. Bien que cette question risque de se poser surtout en ce qui concerne la responsabilité des erreurs ou des retards, elle peut également se poser dans différents cas, notamment lorsqu'il s'agit de savoir si le transférant ou la banque transférante est autorisé(e) à prescrire directement une banque intermédiaire avec qui il ou elle n'a pas de rapports contractuels de s'abstenir de donner suite à un ordre de transfert de fonds que cette banque a reçu d'une autre banque intermédiaire.

3. Les conflits de lois intervenant dans le cas des transactions de transfert de fonds sont peut-être les plus faciles à régler, puisque chaque transaction de transfert de fonds constitue un accord bilatéral simple. Il est probable que seuls les ordres de transfert électronique de fonds transmis d'un pays à un autre seraient remis en question, puisque les transactions nationales de transfert de fonds effectuées avant et après la transaction internationale seraient vraisemblablement assujetties aux législations intérieures.

4. L'élaboration de règles sur les conflits de lois est une tâche qui, semble-t-il, ne pourrait pas être réalisée de manière efficace par la communauté bancaire. On peut penser que c'est aux tribunaux qu'il appartient de veiller à l'application d'accords interbancaires contenant les règles de fond applicables aux relations entre banques, ainsi qu'à la clause sur le choix du droit régissant les relations bilatérales entre les deux banques participant à une transaction de transfert de fonds. Toutefois, il est moins probable que ces tribunaux assureront la mise en œuvre d'une telle clause figurant dans un accord interbancaire établi en vue de son adoption par la communauté bancaire dans son ensemble et ayant pour objet de régler les éventuels conflits qui pourraient surgir dans le cadre des différentes transactions de transfert de fonds. Il est également peu probable que les tribunaux assurent la mise en œuvre des règles relatives aux conflits de lois élaborées par l'ensemble des banques pour régir les relations entre transférant et bénéficiaire, d'une part, et les banques chargées d'effectuer le transfert, d'autre part.

5. Donc, s'il était jugé souhaitable que les Etats adoptent pour les transferts électroniques internationaux de fonds un ensemble de règles universellement acceptées sur les conflits de lois, le mieux serait qu'elles soient élaborées par un organe international compétent.

Question 7

Dans le cas de transferts de fonds, les règles d'administration de la preuve accordent-elles aux

données enregistrées sous une forme déchiffrable par l'ordinateur la même valeur juridique qu'aux données conservées sur papier ?

Références

Valeur juridique des enregistrements informatiques, rapport du Secrétaire général (A/CN.9/265)

Questions 21 et 22

Commentaire

1. Afin que les transferts électroniques de fonds, tant nationaux qu'internationaux, soient assortis d'une garantie juridique, les règles d'administration de la preuve, bien que ne relevant pas de la législation relative aux transferts électroniques de fonds, devraient accorder aux données enregistrées sous une forme déchiffrable par l'ordinateur ou établies à partir d'elles la même valeur juridique qu'aux données conservées ou présentées sur papier. C'est la raison pour laquelle une large part des nombreuses études entreprises à l'échelon national sur les aspects juridiques des transferts électroniques de fonds a été consacrée à la question de la preuve.

2. Ainsi qu'il ressort d'une étude réalisée par le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, il semble que dans la plupart des pays les enregistrements informatiques puissent être utilisés comme preuve en cas de litige. Dans les pays de *common law*, ces enregistrements ne sont généralement acceptés comme preuve que si la partie qui les invoque peut établir certains faits en ce qui concerne l'enregistrement à proprement parler et le système informatique. Ce qui importe au premier chef, c'est que le système ait été judicieusement conçu et géré de manière satisfaisante afin de réduire au minimum les possibilités d'erreur dans les données conservées sur l'enregistrement. Dans certains pays de *common law*, les enregistrements des institutions financières sont admis plus libéralement. Dans les pays dotés d'autres systèmes juridiques, il n'est pas nécessaire d'établir que le système a été judicieusement conçu et bien géré pour qu'un enregistrement informatique soit admis comme preuve. Toutefois, quel que soit le régime juridique, il est toujours possible de contester l'exactitude d'un enregistrement informatique en faisant valoir, entre autres, que l'ensemble du système informatique n'a pas été judicieusement conçu ou géré de manière satisfaisante.

3. Dans plusieurs pays ayant mis au point une liste exhaustive des types de preuve admissibles, les enregistrements informatiques sont admis comme preuve pour les litiges à caractère commercial mais non dans les différends à caractère non commercial. Etant donné que cette dernière catégorie recouvre en principe la plupart des transactions effectuées au moyen des distributeurs automatiques de billets, de guichets automatiques de banque et de terminaux points de vente, les transferts électroniques de fonds peuvent poser de sérieux problèmes dans ces pays. En particulier, lorsqu'un client non commercial nie avoir utilisé un terminal client, il peut se révéler difficile, voire impossible, pour la banque de prouver qu'il l'a effectivement fait, sur la seule base de l'enregistrement informatique de la transaction (voir question 21). Dans un petit nombre de pays où la loi prescrit expressément le type d'informations dont un tribunal doit être saisi pour décider si des enregistrements informatiques peuvent être admis comme preuve, on constate que ces prescriptions légales ont été rédigées en termes de traitement des données par lots et qu'il est parfois difficile d'utiliser ces enregistrements lorsque l'ordre de transfert de fonds a été émis à partir d'un premier ordinateur puis transmis à un second ordinateur par l'envoi d'un support de mémoire informatisé ou par télécommunications.

4. Aucun précédent n'indique encore si les enregistrements informatiques réalisés dans un pays pourraient être utilisés comme preuve devant les tribunaux d'un autre pays au même titre que les enregistrements réalisés dans le dernier pays. Tous les problèmes qui pourraient surgir dans ce domaine risqueraient de compromettre sérieusement les transferts électroniques internationaux de fonds.

5. Le non-échange des ordres de prélèvement ou de virement sur papier et l'envoi des données essentielles par des moyens électroniques peut poser quelques interrogations quant à la valeur probatoire de l'enregistrement informatique dans la banque pratiquant le non-échange ou dans une banque réceptrice, par rapport à l'ordre transmis sur papier. Bon nombre de pays exigeront peut-être une copie bien nette et durable de l'ordre original transmis sur papier, tout en acceptant qu'elle soit conservée sous forme de microfilm.

Question 8

Le non-échange de chèques, lettres de change et autres ordres de prélèvement donnés à la banque de dépôt exige-t-il une modification de la législation ?

Références

"Accords", paragraphes 13 à 18

Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre (Genève, 7 juin 1930)

Convention portant loi uniforme sur les chèques (Genève, 19 mars 1931)

Commentaire

1. Il semble que dans les pays où les banques pratiquent le non-échange de chèques ou d'autres ordres de prélèvement, aucune modification n'ait été apportée à la législation applicable en la matière. Les banques semblent avoir établi que les économies réalisées grâce au système de non-échange sont plus importantes que le montant estimé des pertes qu'elles subiraient occasionnellement si elles ne pouvaient pas satisfaire aux prescriptions légales adoptées avant que le procédé de non-échange soit praticable. Dans plusieurs autres pays, il semble que la préoccupation que suscitent les pertes éventuelles découlant du non-échange de chèques sans modifications des prescriptions légales ait contribué pour une large part au ralentisse-

ment de cette évolution. C'est pourquoi, dans tous les pays où l'on envisage sérieusement d'instituer le non-échange de chèques, il y aurait lieu de prévoir également une modification de la législation applicable aux chèques et lettres de change afin d'éliminer, pour les banques, tout risque de perte que ne justifierait pas l'ordre public.

2. Le risque le plus important que présente le système de non-échange de chèques est l'impossibilité pour la banque tirée de vérifier l'authenticité de la signature du tireur avant que le chèque soit honoré. Cette situation ne serait d'ailleurs pas sensiblement différente de ce qui se passe actuellement dans de nombreux pays où, la plupart du temps, les banques ne comparent pas les signatures apposées sur les chèques. De plus, le tireur d'un grand nombre de chèques peut donner à la banque tirée une liste, sur papier ou sur ruban magnétique, de leurs numéros et de leurs montants, lui permettant ainsi de vérifier pour l'essentiel l'authenticité des chèques non échangés. Il peut donc apparaître raisonnable que la banque tirée continue de courir le risque qu'un chèque non échangé puisse ne pas être authentique. L'autre solution consisterait à modifier la loi de manière, par exemple, que la banque tirée puisse débiter le compte du tireur même si la signature de ce dernier n'est pas authentique dans le cas où le chèque a été établi sur une formule de chèque numéroté fourni au tireur par sa banque et où ce dernier n'a pas notifié à sa banque la disparition du chèque numéroté en question. Cette solution consisterait, en fait, à calquer la règle généralement appliquée pour les cartes de débit et les cartes de crédit.

3. Dans la plupart des pays où la loi semble disposer qu'un chèque ne peut être honoré que s'il est matériellement présenté à la banque tirée, les dispositions peuvent souvent être interprétées en ce sens que ce sont les données figurant sur le chèque qui doivent être présentées et non le chèque à proprement parler en tant que véhicule des données. Dans les pays où une telle interprétation n'est pas possible ou n'est pas acceptable, la loi pourrait être modifiée en conséquence. Cette question peut également se poser lorsqu'il s'agit de savoir si le chèque a été présenté dans les délais prévus et quels sont en cas de refus les délais autorisés pour notification ou protêt.

4. Dans un petit nombre de pays, la banque tirée est tenue de s'assurer que le chèque n'a pas été présenté avant la date qu'il porte et, inversement, que le chèque n'est pas trop vieux et, donc, toujours valable. Ces faits peuvent être facilement vérifiés par la banque qui pratique le non-échange et il semble que le plus judicieux serait que les banques acceptent que, pour toute perte encourue dans ses relations avec le tireur, la banque tirée soit dédommagée par la banque pratiquant le non-échange. Parallèlement, cette dernière peut, au même titre que la banque tirée, s'assurer que le chèque n'a pas été matériellement altéré et le marquer sur le chèque afin qu'il ne puisse pas être présenté une seconde fois.

5. Dans le cas où le chèque refusé doit être protesté, il semble que la loi pourrait être judicieusement modifiée de manière que le protêt ou son équivalent puisse être fait selon des modalités appropriées. On pourrait également prévoir une modification de la loi visant à éliminer la règle selon laquelle les chèques annulés doivent être renvoyés au tireur avant que commencent à courir les délais dans lesquels le tireur peut aviser sa banque des prélèvements injustifiés effectués sur son compte.

6. Les Etats parties aux Conventions de Genève sur les lettres de change et sur les chèques violeraient leurs obligations à ce titre s'ils devaient modifier leur législation pour faciliter le non-échange.

Question 9

La généralisation des techniques utilisées pour les transferts électroniques de fonds exige-t-elle une modification des lois relatives au secret bancaire ?

Références

Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Strasbourg, 28 janvier 1981).

Directives sur la protection de la vie privée et la transmission transfrontalière des données à caractère personnel (Organisation de coopération et de développement économiques, Paris, 23 septembre 1980).

Commentaire

1. Le secret bancaire constitue l'un des aspects les plus importants du débat public permanent sur les atteintes à la vie privée qui sont aujourd'hui facilitées grâce à la mise en mémoire des données, au raccordement des ordinateurs par télécommunications et au fait de pouvoir accéder à ces derniers à distance. Autre préoccupation importante, les données relatives aux transactions bancaires peuvent révéler un système sous-jacent d'activité économique. C'est pourquoi certains Etats souhaitent limiter les flux transfrontaliers des données qui permettent de communiquer ces informations à d'autres Etats à des fins de traitement ou d'utilisation.

2. Dans de nombreux pays les banques sont tenues au secret professionnel en ce qui concerne les affaires de leurs clients, sauf lorsque la divulgation de l'information est autorisée par le client ou requise par l'Etat, conformément aux dispositions pertinentes de la loi. La violation de cette obligation professionnelle peut constituer un délit, ou engager la responsabilité des banques devant leurs clients pour tout préjudice causé. Autrefois, la divulgation non autorisée d'informations était généralement un acte délibéré de la banque ou de l'un de ses employés. Aujourd'hui, étant donné que cet acte peut être dû au fait qu'une personne non autorisée ait eu accès à l'ordinateur de la banque ou que des ordres de transferts de fonds transmis par télécommunications aient été interceptés, il convient peut-être de se demander si l'obligation ne devrait pas être faite aux banques d'établir un système de sécurité pour la transmission des ordres de transferts de fonds et leur stockage afin d'en limiter les possibilités d'accès.

3. La facilité avec laquelle les transferts internationaux de fonds peuvent être effectués grâce aux télécommunications permet de dissimuler plus aisément les transferts de fonds effectués pour diverses raisons telles que le règlement de transactions illégales, l'évasion fiscale, ou pour se soustraire au contrôle des changes en déplaçant rapidement les fonds d'un compte à un autre en des lieux différents. Dans un certain nombre de pays, les autorités publiques ont tenté de contrecarrer ces activités en examinant plus en détail les relevés bancaires des transferts de fonds, y compris, dans certains cas, les relevés de banques ou d'agences établis dans des pays étrangers. Dans certains cas, les banques ou les gouvernements étrangers ont refusé de fournir des informations sur les comptes de banques étrangères ou de leurs agences en invoquant le secret bancaire ou en faisant valoir que la communication de ces renseignements constituerait un acte d'espionnage économique.

4. Les arguments présentés en faveur d'un renforcement du secret bancaire face aux menaces croissantes que représente l'utilisation de l'informatique, tout comme ceux présentés en faveur d'un plus large accès aux relevés bancaires dans le cadre d'enquêtes criminelles et le renforcement de la coopération internationale dans ce domaine, revêtent actuellement une importance toute particulière. La conclusion du débat sur ces questions et d'autres questions connexes pourrait néanmoins être attendue dans un contexte plus large que celui des seuls transferts électroniques de fonds, voire même du secteur bancaire en général.

Question 10

Les banques devraient-elles établir avec leurs clients des contrats écrits stipulant les droits et devoirs respectifs du client et de la banque, dans le cas de transferts électroniques de fonds ?

Référence

"Accords", paragraphes 1 à 11

Commentaire

1. Les traditions varient d'un pays à l'autre quant à la nécessité d'établir des contrats écrits dans ce domaine. Dans les pays où les contrats écrits ne sont pas d'usage courant, on recourt en général aux traditions et pratiques bancaires fournies pour la teneur de l'accord stipulé entre les parties.

2. Toutefois, on peut penser que suite à l'introduction de nouvelles techniques de transfert de fonds et, notamment, des transferts électroniques, les traditions et pratiques bancaires ne permettront peut-être plus de fournir les éléments nécessaires pour régler bon nombre de questions qui peuvent se poser. Il semble que les banques exigent toujours l'établissement d'accords écrits avant de délivrer des cartes de crédit ou des cartes de débit. Il n'est apparemment pas toujours nécessaire que les contrats écrits soient établis avant que les clients soient autorisés à participer à des programmes de gestion de portefeuilles et transferts de fonds d'un montant élevé, mais ils peuvent néanmoins se révéler particulièrement utiles dans ce domaine puisque certains aspects de l'arrangement stipulé entre la banque et le client peuvent varier d'un client à l'autre.

3. Hormis certaines clauses des contrats établis pour le transfert de fonds représentant des sommes importantes, les accords conclus entre la banque et le client sont rédigés par les banques et présentés à leurs clients en tant que condition préalable à l'ouverture d'un compte. Les méthodes utilisées pour limiter les abus auxquels peuvent donner lieu ces contrats d'adhésion varient selon les pays.

Question 11

Les autorisations de prélèvement automatique devraient-elles faire l'objet d'une quelconque restriction ?

Référence

"Accords", paragraphes 21 à 23

Commentaire

1. Bien qu'une autorisation de prélèvement automatique équivale fondamentalement à l'autorisation donnée à une banque d'honorer certaines lettres de change tirées sur le compte du transférant et domiciliées auprès de celle-ci, il existe entre ces deux types d'autorisation des différences fonctionnelles qui peuvent susciter quelque préoccupation. La principale différence est que l'encaissement de lettres de change ne se pratique que pour s'assurer qu'une partie commerciale s'acquitte de son règlement alors que l'usage le plus répandu des autorisations de prélèvement automatique est destiné au recouvrement de sommes dues à intervalles réguliers par des consommateurs. Autre différence notable, l'autorisation d'honorer une lettre de change ne peut être adressée qu'à la banque transférante alors que, dans certains pays, une autorisation de prélèvement automatique peut également être adressée à la banque bénéficiaire, voire au bénéficiaire lui-même.

2. On peut considérer que l'autorisation de prélèvement automatique devrait être donnée à la banque transférante, qui pourrait ainsi s'assurer de l'existence de l'autorisation avant de donner suite à l'ordre de prélèvement reçu soit de la banque bénéficiaire, soit du bénéficiaire (dans un transfert où n'intervient qu'une banque). Pourtant, même alors, rien n'assure que l'ordre de prélèvement établi par le bénéficiaire s'accorde à l'obligation créée par sa créance. On peut donc penser que dans tous les cas, le transférant devrait avoir le droit absolu de demander, dans un délai déterminé, que le prélèvement soit contre-passé s'il affirme qu'il était injustifié. La contre-passation rétablirait certes l'obligation du transférant de s'acquitter de sa dette. On pourrait envisager d'infliger une pénalité au transférant qui demande contre-passation d'un prélèvement alors qu'existe une autorisation valable et qu'il n'a aucune raison positive de croire que le montant du prélèvement est erroné.

3. Les accords entre banques sur l'autorisation de prélèvement automatique devraient garantir que la banque bénéficiaire remboursera à la banque transférante tout prélèvement qu'elle a contre-passé à la demande du transférant. Le bénéficiaire accorderait la même garantie à la banque bénéficiaire.

4. Lorsque le prélèvement se fait à intervalles réguliers et rapprochés pour une somme fixe, le transférant peut aisément prévoir ses mouvements de trésorerie. Lorsque les transferts sont irréguliers, peu fréquents ou pour des sommes variables, le transférant, en particulier lorsqu'il s'agit d'un transférant non commercial, peut être dans l'incapacité de prévoir de manière exacte ses mouvements de trésorerie. L'inconvénient dépend pour une large part de la mesure dans laquelle les transférants et, notamment, les transférants non commerciaux, sont autorisés à avoir sur leurs comptes des soldes débiteurs à des taux d'intérêt raisonnables. Pour les cas préoccupants, on peut envisager de demander au bénéficiaire, à la banque bénéficiaire ou à la banque transférante de notifier au transférant, suffisamment à l'avance, la date et le montant du prochain prélèvement, afin que ce dernier puisse approvisionner. Une autre solution consisterait à autoriser le transférant à retirer son autorisation avant que le prélèvement ne soit effectué.

Question 12

La forme d'authentification exigée pour un transfert électronique de fonds devrait-elle être soumise à une prescription légale ?

Références

"Accords", paragraphes 26 à 39
Question 21

Commentaire

1. Il semble qu'aucun pays n'exige qu'un ordre de transfert de fonds soit transmis sous forme écrite. C'est pour cette raison que les banques ont pu utiliser différentes techniques pour les transferts électroniques de fonds, tels que le télex, les télécommunications effectuées d'ordinateurs à ordinateurs, l'envoi d'un support de mémoire; dans certains pays même, les ordres sont donnés oralement par téléphone, sans devoir fournir une autorisation expresse par écrit. En l'absence d'une législation autorisant les transferts de fonds par des moyens électroniques, il semble n'exister apparemment aucune prescription générale selon laquelle les ordres de transfert de fonds devraient être authentifiés.

2. Il peut être jugé souhaitable d'exiger en droit que tous les ordres de transfert de fonds, y compris les ordres transmis par des moyens électroniques, soient authentifiés. Toutefois, on peut également considérer cette mesure comme superflue puisqu'une banque ne sera pas en mesure de justifier le prélèvement effectué sur un compte si elle n'a pas reçu au préalable un ordre de transfert de fonds transmis sous une forme valable en cas de litige ultérieur. Cette circonstance devrait suffire en soi à inciter les banques à faire preuve de prudence dans l'utilisation de techniques de transfert de fonds lorsque les moyens d'authentification sont faibles, voire inexistants. De plus, en maints pays, le contrôle bancaire blâmerait tout transfert de fonds opéré sur ordre non dûment authentifié.

3. Si on estime qu'il est souhaitable d'exiger en droit que les ordres de transfert électronique de fonds soient authentifiés, on peut également juger utile d'indiquer les formes d'authentification acceptables au regard de la loi. Cette précision permettrait, non seulement de limiter les formes d'authentification aux catégories que le législateur aura estimé suffisamment sûres, mais également d'assurer qu'une authentification relevant des catégories prescrites puisse être considérée comme justifiant un prélèvement sur le compte du transférant, en cas de doute sur ce point.

4. Toutefois, on peut considérer qu'il est matériellement impossible d'incorporer dans la législation des dispositions précises quant à la manière dont un ordre de transfert électronique de fonds devrait être authentifié. Contrairement à ce qui se passe dans le cas d'un document établi sur papier, où on peut établir, si on le souhaite une liste relativement complète de moyens d'authentification, dont la signature, il existe d'innombrables manières d'authentifier un message transmis par télécommunications. Compte tenu de l'évolution rapide de la technologie, on peut penser que certaines des méthodes d'authentification utilisées actuellement perdent de leur efficacité cependant que de nouvelles méthodes d'authentification, plus fiables, seront mises au point.

5. On peut donc conclure que toute disposition légale relative à l'authentification d'un ordre de transfert électronique de fonds devrait, tout au plus, autoriser l'utilisation de moyens de vérification appropriés au type d'ordre en présence. Les questions relatives à la responsabilité en cas de pertes résultant d'une authentification frauduleuse ou erronée pourraient être traitées séparément, au même titre que d'autres questions, comme celle de savoir à quelle partie il incombe de prouver que l'authentification est valable ou non.

Question 13

Les banques expéditrices devraient-elles être tenues de se conformer aux formules normalisées pour l'envoi d'ordres de transfert de fonds ?

Références

"Accords", paragraphes 47 à 54
ISO/DIS 7746/1.2, Formules normalisées des messages télex pour les règlements interbancaires — Partie 1 : Transferts

Commentaire

1. Une banque expéditrice peut manquer de deux manières à ses obligations de respecter une formule

normalisée. Elle peut ne pas utiliser le type de message approprié lorsqu'il en existe plusieurs ou elle peut ne pas inclure toutes les informations nécessaires pour le traitement automatique des données et, notamment, utiliser de façon erronée des abréviations ou d'autres désignations types, insérer les informations dans une zone erronée ou dans une zone destinée à un complément d'informations au lieu de les inscrire dans une zone de données bien précise. Inclure des informations inexactes, telles qu'un chiffre erroné pour le montant du transfert, ne constitue pas une violation des règles relatives à la formule du message si ces informations sont inscrites dans la zone de données appropriée.

2. Les règles de la SWIFT et de réseaux analogues indiquent à quelle formule il convient de se conformer selon le type de message utilisé. Une question reste néanmoins en suspens, savoir les conséquences découlant pour la banque expéditrice de l'inobservation de ces règles. En revanche, même lorsque les règles relatives à la formule de l'ordre de transfert de fonds envoyé par télex, qui sont actuellement à un stade d'élaboration avancé et qui s'inspirent fortement des règles adoptées en la matière par la SWIFT, auront été érigées en normes internationales, elles n'acquerront pas pour autant un caractère obligatoire. Sauf si ces règles participent à la nature de normes de bonne pratique bancaire, elles ne prennent un tel caractère que si leur application est imposée par un texte législatif ou réglementaire ou fait l'objet d'un accord entre les parties.

3. Les conséquences juridiques découlant pour la banque expéditrice de l'inobservation des règles prescrites pour la formule des messages pourraient être de deux sortes. Premièrement, la banque pourrait être tenue pour responsable de toutes les erreurs commises par les autres banques du fait de cette inobservation. Des exonérations pourraient être autorisées au motif qu'une banque traitant ultérieurement l'ordre de transfert a fait preuve de négligence en n'interprétant pas correctement le message; toutefois les exonérations pour ce motif devraient demeurer l'exception. La seconde conséquence découlant de l'inobservation des règles relatives à la formule des messages pourrait être le versement d'une commission par la banque expéditrice à la banque réceptrice qui aurait corrigé son erreur. Si les banques réceptrices exigeaient régulièrement ce versement, cette règle pourrait présenter l'avantage d'inciter les banques expéditrices à se conformer de manière plus consciencieuse aux règles relatives à la formule des messages, dans l'intérêt de toutes les parties concernées.

Question 14

Y aurait-il lieu de prévoir une formule unique pour les transferts électroniques de fonds effectués à l'aide des cartes de débit et des cartes de crédit utilisées dans un pays ?

Référence

"Accords", paragraphe 54

Commentaire

1. L'utilisation d'une formule unique favorise l'échange des ordres de transfert de fonds et leur acheminement par un seul canal. Elle permet également l'utilisation commune de terminaux avec les cartes émises par différentes banques et autres distributeurs, bien que l'accord sur une structure commune n'implique pas nécessairement une utilisation commune. Si l'Etat exige ou encourage l'adoption d'une formule unique, c'est généralement pour en assurer une utilisation commune.

2. L'utilisation commune est intéressante pour l'Etat en ce sens qu'elle peut permettre de créer un système national de cartes électroniques de débit ou de crédit. Dans certains pays, la mise en place des réseaux points de vente proposés a été différée en attendant la décision qui devra être prise en ce qui concerne l'utilisation d'une formule unique et de services communs, les représentants du commerce de détail souhaitant, quant à eux, n'avoir qu'un seul terminal à chaque caisse enregistreuse. Tant les commerçants que l'Etat souhaitent éviter qu'un distributeur de cartes parvienne à s'arroger une position dominante à l'intérieur des systèmes points de vente grâce à une formule qui ne permettrait pas l'utilisation des cartes émises par les autres distributeurs.

Question 15

Où faudrait-il considérer que le compte du client est domicilié au regard des règles juridiques qui régissent les transferts de fonds ?

Références

"Accords", paragraphes 79 à 81
"Caractère définitif", paragraphes 62 à 68

Commentaire

1. Tant que les comptes des clients étaient tenus exclusivement sur papier, la règle générale consistait à considérer le compte du client comme juridiquement domicilié à l'endroit où était tenue la comptabilité du compte. Lorsqu'une banque avait plusieurs agences, des comptes des clients étaient généralement tenus dans chaque agence et étaient donc juridiquement domiciliés dans chaque agence.

2. Lorsque la banque dispose d'un centre de traitement des données auquel les ordres de transfert de fonds doivent être expédiés pour y être traités, on pourrait penser que la règle précitée perd sa raison d'être et que, du moins à certaines fins, ce centre devrait être considéré comme le domicile du compte du client. Lorsqu'une banque a accès à distance à l'ordinateur central par le terminal de chacune ou de certaines de ses agences situées dans le même ressort juridique, de sorte que les informations pertinentes peuvent être portées sur le compte à partir de ces terminaux, il n'y a peut-être plus lieu de se demander où est tenu le compte du client, puisque chacune des agences peut jouer le même

rôle. Néanmoins, si l'ordre de transfert de fonds sur papier doit être envoyé à l'agence où le compte a été ouvert pour vérification de signature avant que le transfert devienne définitif, on pourrait penser que le compte doit rester domicilié à l'agence, même si les écritures pertinentes peuvent être passées sur le compte à partir d'un ou de plusieurs autres points.

3. La question de la domiciliation du compte peut être importante lorsqu'il s'agit de savoir où l'ordre de prélèvement doit être présenté pour acceptation, où le virement doit être adressé, où le transférant qui émet un ordre de prélèvement peut notifier à sa banque le retrait de l'ordre et où les notifications et les avis de saisie du compte peuvent être adressés. Dans le dernier de ces cas, les règles applicables pourront préciser le lieu où la notification ou l'avis de saisie doit être adressé ou bien la personne à qui il doit être adressé et qui ne sont pas nécessairement liés à l'endroit où le compte est tenu.

Question 16

Dans le cas d'un virement, le devoir de la banque transférante devrait-il se limiter à envoyer un ordre de virement en bonne et due forme à la banque réceptrice indiquée ou bien devrait-il être de veiller à ce que l'ordre émis par le transférant soit exécuté ?

Références

"Responsabilité", paragraphes 56 à 60 et 100
Questions 3, 22 et 30

Commentaire

1. Cette question concerne uniquement la partie responsable de l'exécution de l'ordre de transfert de fonds. Elle ne concerne ni la norme de conduite dont toute banque ou l'ensemble du système bancaire doit répondre, ni les dommages-intérêts que le transférant devrait être en droit d'obtenir en cas de mauvaise exécution de l'ordre. L'étendue du devoir de la banque transférante est particulièrement importante dans le cas de virements internationaux et de virements à l'intérieur d'un même pays dans les systèmes bancaires complexes où un ordre de virement peut transiter par plusieurs banques, systèmes de communication ou chambres de compensation entre la banque transférante et la banque bénéficiaire.

2. Etant donné que le transférant n'a affaire qu'à la banque transférante, qu'il dispose, à titre particulier, de peu de moyens de savoir pourquoi un ordre de transfert de fonds n'a pas été exécuté correctement et qu'il ne peut exercer que de faibles pressions sur une banque étrangère ou éloignée pour se faire dédommager, on pourrait penser que la banque transférante devrait être tenue pour responsable devant le transférant de la bonne exécution du transfert de fonds. Le fait que les banques participent à la conception de l'ensemble du système de transfert de fonds et que la banque transférante a normalement le choix des banques intermédiaires va dans le sens de cette conclusion. Si la banque transférante n'était pas en faute, elle devrait normalement être dédommagée, ce qui en fin de compte répercute la perte sur la banque fautive ou bien sur l'ensemble du système bancaire. On pourrait penser qu'un des effets d'une telle règle serait de permettre au système bancaire d'exercer davantage de pression sur les banques qui, régulièrement, commettent des erreurs préjudiciables, afin qu'elles améliorent leurs méthodes de travail. Une unification plus poussée des normes et pratiques bancaires pour les transferts internationaux pourrait aussi s'en trouver encouragée, ce qui serait un moyen supplémentaire de réduire les erreurs et les retards préjudiciables.

3. Mais on pourrait aussi penser qu'il ne serait pas raisonnable de tenir la banque transférante pour responsable des erreurs survenues dans d'autres banques. Cela est particulièrement vrai des erreurs commises par la banque bénéficiaire, puisque la banque transférante a rarement le choix de celle-ci. La banque transférante aurait-elle le droit de se faire rembourser qu'elle ne pourrait pas toujours recouvrer auprès de la banque fautive dans un autre pays, en raison de réglementations telles que celles relatives par exemple au contrôle des changes, et l'on pourrait estimer que l'on n'est pas en droit d'exiger de la banque transférante qu'elle assume de tels risques. En outre, la banque transférante pourrait être tenue pour responsable vis-à-vis du transférant selon les normes bancaires et juridiques de son pays alors que la banque du pays dans lequel le problème est survenu peut s'être conformée à des pratiques bancaires différentes. Aussi se pose la question de savoir si l'obligation de la banque transférante devrait être limitée au devoir d'informer le transférant des pratiques bancaires différentes dont elle a ou devrait avoir connaissance.

4. L'autre manière d'envisager la question de la responsabilité consiste à considérer que chaque banque est directement responsable vis-à-vis du transférant de l'exécution de ses obligations relatives à l'ordre de transfert de fonds. Ces deux approches sont souvent déterminées, ou exprimées, par les notions de mandat ou de relation contractuelle en général. On pourrait penser que l'application systématique de l'une ou l'autre de ces notions dans le cadre d'un système juridique national donne au transférant un fondement juridique pour invoquer la responsabilité soit de la banque transférante, soit de la banque fautive. Cependant, il convient de noter que lors de transferts internationaux, il est possible que le transférant ne puisse tenir la banque intermédiaire pour responsable, du fait qu'il n'y a pas entre eux de relation contractuelle. Il pourrait donc être souhaitable de pouvoir disposer d'une règle claire et cohérente, notamment s'agissant de transferts internationaux de fonds.

5. On pourrait envisager pour les transferts de fonds une plus forte commission, en échange de quoi la banque transférante accepterait une plus grande responsabilité pour les pertes dues aux erreurs et retards provenant des autres parties au système de transfert de fonds ainsi que d'elle-même.

Question 17

La banque bénéficiaire est-elle responsable vis-à-vis du transférant, de la banque expéditrice ou du bénéficiaire, de la bonne exécution de ses obligations relatives au virement ?

Références

"Responsabilité", paragraphe 93
"Caractère définitif", paragraphes 5 à 20

Commentaire

1. Dans le cas d'un virement, la banque bénéficiaire peut être considérée comme étant juridiquement dans une position ambiguë. D'une part, le contrat qu'elle a passé avec son client l'oblige à recevoir les virements à ce compte. A cet égard, il semblerait que la banque bénéficiaire soit contractuellement responsable vis-à-vis du bénéficiaire de la bonne exécution de ses obligations dès qu'elle a reçu l'ordre du virement de la banque expéditrice. Aucun retard de son fait dans le traitement de l'ordre ne devrait enfreindre cette obligation contractuelle. D'autre part, étant donné que le transfert de fonds ne devient définitif et que le transférant n'est quitte de ses obligations vis-à-vis du bénéficiaire que lorsque la banque bénéficiaire exécute l'opération nécessaire pour conférer un caractère définitif au transfert, la banque bénéficiaire pourrait avoir vis-à-vis du transférant (ou de la banque expéditrice) l'obligation d'effectuer cette opération rapidement et efficacement.

2. Afin de déterminer vis-à-vis de quelle partie la banque bénéficiaire devrait être responsable en cas de mauvaise exécution de l'ordre de transfert de fonds, on pourrait fixer un moment précis avant lequel la banque bénéficiaire agirait au nom du transférant (ou de la banque expéditrice) et à partir duquel elle agirait au nom du bénéficiaire. Ce moment précis pourrait être le moment où le transfert de fonds acquiert un caractère définitif. En sens contraire, il pourrait sembler raisonnable que la banque bénéficiaire soit responsable à la fois vis-à-vis du transférant (la banque expéditrice) et du bénéficiaire.

Question 18

Les services publics de télécommunication, les services privés de communication, les réseaux de transfert électronique de fonds et les chambres de compensation électroniques devraient-ils être tenus pour responsables des préjudices dus à des erreurs ou à des fraudes en rapport avec un ordre de transfert de fonds ?

Références

"Responsabilité", paragraphes 23 et 24, 68 à 73, 78 à 81
Question 16

Commentaire

1. La question de savoir si les services publics de télécommunication devraient continuer d'être exonérés de toute responsabilité pour les préjudices dus à la perte ou à un retard de transmission d'un message ou bien à la modification de son contenu a été à nouveau soulevée du fait de changements intervenus dans la nature des services offerts et de la déréglementation ou de la privatisation de ces services dans certains pays. Toutefois, si cette responsabilité n'est pas prévue, on peut se demander si c'est le transférant ou l'une des banques qui doit supporter la perte. Est-ce le transférant, puisque le transfert de fonds a été effectué à son bénéfice et que la perte est survenue sans qu'il y ait faute d'aucune partie qui pourrait en être tenue pour responsable ? Ou sera-ce l'une des banques puisqu'elles sont le mieux placées pour concevoir un système de transfert de fonds utilisant les services publics qui signale les retards et les erreurs à la banque expéditrice ou à la banque bénéficiaire et permette ainsi une prompte correction ? Parmi les banques à qui pourrait être imputée la perte figurent la banque transférante, surtout si elle est responsable de la bonne exécution de l'intégralité du transfert de fonds, et la banque expéditrice de l'ordre qui a été égaré, retardé ou dont le contenu a été modifié.

2. Les services privés de communication, les réseaux de transfert électronique de fonds et les chambres de compensation électroniques peuvent passer des contrats avec les banques affiliées afin de limiter ou d'exclure leur responsabilité en cas de perte, de retard ou de modification du contenu de l'ordre de transfert de fonds. On pourrait penser que la répartition contractuelle des pertes entre ces différents services et les banques affiliées ne devrait pas violer les dispositions d'ordre public. Néanmoins il faudrait se demander si ces dispositions contractuelles ont pour effet d'imputer la perte au transférant. On pourrait penser que le transférant a moins de raisons de supporter la perte dans ce cas qu'au cas où la perte est imputable au service public, puisque les réseaux et les chambres de compensation font partie intégrante du système bancaire et que les banques sont libres d'utiliser ou de ne pas utiliser les services privés de communication pour transmettre des ordres de transfert de fonds.

3. On pourrait estimer que le service public de télécommunication, le service de communication de données, le réseau de transfert électronique de fonds ou la chambre de compensation électronique devraient être tenus pour responsables des pertes dues à la malhonnêteté de ses employés. Mais on pourrait également juger qu'il y a des limites à la responsabilité d'un employeur en ce qui concerne les actes de ses employés, surtout s'il s'agit d'actes illégaux. Une distinction serait possible : l'employeur répondrait des pertes dues à une fraude permise par l'accès aux relevés de comptes ou au matériel qu'ouvre le contrat d'emploi; il ne répondrait pas des pertes dues à une fraude permise par les connaissances acquises par son employé en cours d'emploi.

Question 19

La banque devrait-elle être exonérée de toute responsabilité en cas d'erreur ou de retard dans le transfert de fonds dû à une panne technique du matériel ou du logiciel ?

Référence

"Responsabilité", paragraphes 64 à 67

Commentaire

1. Bien que le matériel et le logiciel des ordinateurs bancaires soient maintenant beaucoup plus fiables qu'il y a seulement quelques années, il arrive que des erreurs se produisent et que des pertes, des retards ou des modifications surviennent lors de transferts de fonds à la suite de pannes d'ordinateur. D'une part, on pourrait penser que les problèmes techniques de cet ordre ne sont pas du ressort de la banque et qu'elle devrait être exonérée de toute responsabilité pour les pertes qui en découleraient pour ses clients. Lorsqu'elles peuvent le faire, les banques prévoient souvent une clause à cet effet dans les contrats qu'elles passent avec leurs clients.

2. D'autre part, on pourrait penser que le degré de fiabilité de l'ordinateur est tel qu'il devrait être traité de la même façon que tout autre type de matériel utilisé par les banques. Une panne d'ordinateur peut être due à un équipement ou à un logiciel défectueux ou à un mauvais entretien et la banque peut en pallier les conséquences par exemple en prévoyant du matériel de remplacement, une alimentation d'appoint en électricité ou l'utilisation d'autres méthodes d'exécution des transferts de fonds et, d'une manière générale, de promptes mesures. Aussi peut-on estimer qu'une exonération totale ne se justifie pas, mais qu'une exonération partielle pour raisons techniques pourrait se justifier quand on ne saurait attendre de la banque qu'elle prévoie la panne ou en atténue les conséquences.

Question 20

La banque devrait-elle être responsable vis-à-vis de son client pour avoir débité ou crédité le compte sur la base du numéro de compte indiqué sur l'ordre de transfert de fonds qu'elle a reçu alors que l'intitulé du compte ne correspondait pas à celui figurant sur l'ordre de transfert de fonds ?

Référence

"Accords", paragraphes 44 à 46

Commentaire

1. Les comptes à débiter et à créditer peuvent être désignés sur l'ordre de transfert de fonds par leur intitulé, leur numéro ou les deux à la fois. Les banques qui tiennent les comptes de leurs clients au moyen de systèmes de traitement automatique des données ne se fient normalement qu'au numéro de compte. C'est parfois même la seule méthode possible lorsque le traitement se fait par lots. Mais il devrait être possible de vérifier le nom lorsque l'ordre de transfert a été transmis isolément par télécommunication.

2. Il est peu vraisemblable que le fait de créditer ou de débiter un compte uniquement sur la base du numéro de compte doive être consacré par la loi d'un pays quelconque. Cependant, on pourrait penser qu'il serait utile d'indiquer si la banque doit être responsable de toute perte qui pourrait se produire si le nom de la partie à débiter ou à créditer conformément à l'ordre de transfert de fonds ne correspondait pas au nom donné au compte. Les deux ne peuvent pas correspondre, qu'il s'agisse d'une fraude ou d'une erreur, y compris d'une erreur du transférant, ou parce que le transférant ne connaissait pas l'intitulé correct du compte.

3. Une règle qui favoriserait l'emploi accru des systèmes de traitement automatique des données consisterait à ne pas tenir pour responsable la banque qui débite ou crédite un compte sur la base du numéro de compte porté sur l'ordre de transfert de fonds qu'elle a reçu, même si l'écriture a été passée sur un compte dont l'intitulé n'était pas le même que celui porté sur l'ordre de transfert. Toute perte serait supportée par le transférant ou par la banque responsable d'avoir porté la première un numéro de compte inexact sur l'ordre de transfert de fonds. On pourrait ainsi établir comme règle qu'en cas de non-concordance entre le numéro de compte et l'intitulé du compte, c'est le numéro de compte qui fait foi.

4. On pourrait aussi penser que la banque pourrait être tenue de vérifier que le numéro de compte et l'intitulé de compte concordent et de déceler toute erreur à ce niveau. Elle pourrait procéder ainsi en particulier pour les transferts de fonds d'un montant important reçus par télécommunication. Si la banque choisit de débiter et de créditer uniquement sur la base des numéros de compte, c'est pour sa propre commodité et les clients ne devraient pas avoir à en pâtir. Dans ce cas, on peut se demander qui de la banque bénéficiaire ou du transférant doit supporter la perte lorsque la non-concordance est due soit à une erreur du transférant, soit à une fraude de l'un de ses employés. La règle normale dans ce cas-là consisterait probablement à faire supporter le risque de perte au transférant. L'imputer à la banque bénéficiaire reviendrait à reconnaître qu'elle aurait pu éviter la perte si elle avait pris les mesures nécessaires.

Question 21

A qui, de la banque ou du client, devrait incomber de prouver que le compte du transférant a été débité avec son autorisation ou par sa faute ?

Références

"Responsabilité", paragraphes 13 à 21
Question 7

Commentaire

1. La question de la charge de la preuve suppose un procès. Le client le perdra si, tenu de prouver qu'un

prélèvement sur son compte n'était pas autorisé, il ne peut ni en apporter la preuve, ni mettre à la charge de la banque la preuve qu'il était autorisé. Il aura plus de chances de le gagner si cette charge incombe à la banque.

2. Dans le commentaire de la question 7, on a fait observer que, dans presque tous les pays, les enregistrements informatiques sont acceptés comme preuve des opérations qui y sont consignées. Tous les systèmes juridiques qui les acceptent autorisent les parties à contester leur exactitude en démontrant que le système informatique a été mal conçu, qu'il est mal géré ou que les données ont été introduites dans l'ordinateur selon une procédure défectueuse, de sorte que l'exactitude des écritures n'est pas assurée. Mais, dans la plupart des différends sur le point de savoir si l'ordre de transfert de fonds dûment autorisé électroniquement, il serait dans la pratique impossible pour le client de contester ainsi le système informatisé d'une banque. Cela est vrai en particulier pour les transferts de fonds peu importants, mais le serait également des gros transferts.

3. Dans bien des cas, lorsqu'un client prétend qu'un transfert de fonds ordonné à partir d'un terminal client n'était pas autorisé, les circonstances dans lesquelles le transfert a été fait peuvent soit établir le bien-fondé de son allégation, soit faire peser de sérieux doutes sur le bien-fondé de celle-ci. Néanmoins, lorsque ces circonstances ne permettent ni d'établir ce bien-fondé ni d'émettre ces doutes, le compte sera souvent débité ou non selon que la charge de la preuve incombe au client ou à la banque. L'exemple le plus fréquent actuellement est le retrait d'argent liquide à partir d'un distributeur automatique de billets, mais l'on peut s'attendre que le problème se pose fréquemment souvent aussi lors de transactions aux points de vente. Dans un cas comme dans l'autre, la partie qui émet l'ordre de transfert de fonds part avec l'argent ou avec la marchandise sans laisser de trace comptable autre que l'ordre de transfert de fonds lui-même. Un cas moins fréquent, mais dont les conséquences peuvent être plus graves, concerne le transfert frauduleux de montants importants, où il peut être essentiel de connaître l'identité de la partie responsable de la fraude pour imputer la perte à la banque ou à son client.

4. On pourrait penser qu'il est si peu probable qu'une erreur puisse se glisser dans le dossier du compte à débiter à la suite d'une erreur de l'ordinateur non détectée ou parce qu'un tiers a pu avoir frauduleusement accès à l'ordinateur sans l'aide du client ni négligence de sa part, que l'obligation de prouver que l'opération au terminal client a été faite sans son aide et n'est pas imputable à sa négligence devrait normalement incomber au client. C'est sur cet argument que sont fondées les clauses que l'on retrouve dans de nombreux contrats entre banque et client et en vertu desquelles le client est responsable de toutes les transactions effectuées au moyen de sa carte de débit ou autre moyen d'accès à moins qu'il n'ait notifié la perte de la carte ou que la sécurité du moyen d'accès n'ait été compromise d'une autre façon.

5. Néanmoins l'utilisation frauduleuse de terminaux clients est un problème connu et grave et le secteur bancaire devrait être responsable à ce titre envers ses clients. On pourrait même penser qu'il est du devoir du secteur bancaire de mettre au point des moyens d'accès à l'ordinateur à partir de terminaux clients qui soient suffisamment sûrs pour qu'une simple négligence de la part du client ne suffise pas à en compromettre la sécurité. On pourrait également penser que, faute d'un moyen d'accès suffisamment sûr, les banques ne devraient installer de terminaux clients qu'en s'entourant des plus grandes précautions. Cela pourrait aboutir à la conclusion suivante : la banque en question ne devrait pas être autorisée à débiter le compte du client à moins de pouvoir établir que le moyen d'accès à l'ordinateur est si sûr qu'il est impossible, ou tout à fait improbable, que l'écriture ait pu être passée sans que la sécurité du moyen d'accès n'ait été compromise du fait du client. En conséquence, dans l'état actuel des choses, la banque ne pourrait débiter le compte du client que si les circonstances indiquaient que la fraude peut lui être imputée. Néanmoins, avec des formes d'authentification plus sûres qui sont appliquées aux terminaux clients, on peut s'attendre à ce que les banques soient en mesure d'apporter plus facilement la preuve qui leur incomberait.

Question 22

A qui, du client ou de la banque concernée, devrait incomber d'établir la source de l'erreur ou de la fraude à l'origine de la perte lors de l'exécution d'un transfert de fonds ?

Références

"Responsabilité", paragraphe 59
Questions 7, 16 et 21

Commentaire

1. Cette question peut se poser de deux façons. Première hypothèse : le client prétend avoir donné un ordre de transfert de fonds et la banque n'en a pas trace. Les cas de perte les plus fréquents surviennent sans doute lors de transferts de fonds que le client prétend avoir expédiés à partir d'un terminal client sur son lieu de travail, mais lorsque les transferts de fonds à partir de guichets automatiques de banque ou de terminaux bancaires à domicile se multiplieront, on verra de plus en plus souvent des cas tels que l'expiration d'un contrat d'assurances pour défaut de paiement de la prime dans les délais. On pourrait s'attendre que dans la plupart des cas où l'ordre a été envoyé à partir d'un terminal client installé dans une entreprise, l'ordinateur du client conserve une trace de la transmission. La question se bornerait alors à savoir quelle partie doit supporter le risque de perte du message : le client ou la banque. Le client qui utilise le guichet automatique d'une banque ou un terminal bancaire à domicile ne dispose pas toujours d'un reçu sur papier ou d'un enregistrement informatique pour prouver la transmission, Si le client non commerçant n'est pas en mesure de présenter un reçu ou un

enregistrement et s'il ne procède pas régulièrement à des opérations de routine susceptibles de donner créance à son allégation, on pourrait penser que c'est à lui qu'incombe la preuve.

2. La question peut se poser d'une autre façon si, par exemple, l'ordre de transfert de fonds a été perdu, retardé, ou s'il contenait une erreur à son arrivée à la banque bénéficiaire, mais que la source de l'erreur n'est pas claire. Lorsque la règle choisie rend la banque transférante responsable de la bonne exécution du transfert de fonds, c'est à elle que devrait incomber l'obligation de prouver que la perte, le retard ou l'erreur s'est produit d'une façon qui l'exonère de toute responsabilité (voir question 16). Lorsque la règle choisie n'impose pas à la banque transférante une telle responsabilité, c'est au transférant que devrait incomber l'obligation d'établir laquelle des deux banques doit être tenue pour responsable de la perte, du retard ou de l'erreur. Normalement, la trace comptable de l'opération devrait être suffisamment claire pour que l'on puisse désigner la banque où le problème est survenu. Mais, les écritures qui constituent la trace comptable sont alors entièrement aux mains des banques et dans un transfert international de fonds certaines seront des banques étrangères, auquel cas il sera plus difficile de réunir les informations. Si les écritures des banques ne concordent pas, le transférant n'aura aucun moyen d'apporter ses preuves. En outre, il pourra être obligé de prouver que la perte, le retard ou l'erreur est imputable à la négligence ou à une autre faute de la banque en question, auquel cas il pourrait être tenu d'établir l'origine du problème.

Question 23

Les fonds devraient-ils être crédités au bénéficiaire dans un délai déterminé à partir du moment où la banque transférante reçoit l'ordre de virement ? Si oui, comment fixer ce délai ?

Références

"Accords", paragraphes 55 à 78

Questions 16 et 27 à 29

ISO/DIS 7746/1.2, Banque — Messages télex pour la transmission des ordres de paiement interbancaires — Partie 1 : Transferts

ISO/DIS 7982/1, Télécommunication bancaire — Messages de transferts de fonds. Vocabulaire et éléments de données (tels que révisés le 14 novembre 1984)

Commentaire

1. Il s'agit uniquement ici de savoir si les virements devraient être effectués dans un délai donné et, si oui, qui fixerait ce délai et quelles sont les banques qui devraient être tenues pour responsables en cas d'inobservation. Cette question ne concerne pas la période de battement qui peut intervenir lors d'un virement, puisque l'on peut rallonger ou raccourcir cette période par rapport au délai requis pour l'exécution du virement en fixant une date d'intérêt antérieure ou postérieure à la date d'écriture.

2. Pour que le transférant puisse donner l'ordre de virement à temps pour l'échéance, il faut savoir dans quel laps de temps le bénéficiaire pourra disposer des fonds. Les banques sont de mieux en mieux en mesure d'estimer avec précision le temps nécessaire à l'exécution d'un virement interbancaire car les techniques de transfert électronique de fonds sont plus fiables à cet égard que les virements sur papier. Cela est vrai aussi bien pour les virements à l'intérieur d'un même pays que pour les virements internationaux.

3. On peut penser que si les banques transférantes offrent un service qui prévoit de créditer le bénéficiaire à une date déterminée de disponibilité, les transférants tendront à s'y fier pour planifier leurs transactions. En pareil cas, ils pourraient bien être fondés à réclamer pour les pertes qu'aurait pu causer un retard injustifié.

4. On pourrait penser que la banque transférante devrait être tenue d'exécuter l'ordre du virement reçu dans un délai fixé en fonction du type de transfert de fonds dont il s'agit. Il devrait être possible, si cela se révélait nécessaire, de se mettre d'accord sur des délais fixes pour tous les types d'ordre de virement en vigueur dans un pays. Ces délais devraient certes tenir compte des causes de retard normales qui font que tous les transferts de fonds ne peuvent être effectués dans des délais optimaux. Lorsque le virement consiste en un transfert à l'intérieur d'une même banque, celle-ci pourrait être tenue pour responsable de l'exécution dans un délai approprié. Un délai différent pourrait être applicable lorsque le compte du bénéficiaire est domicilié dans une autre agence du même pays ou dans un pays autre que celui où est tenu le compte du transférant et lorsque le traitement des données relatives au compte du bénéficiaire s'effectue ailleurs qu'au lieu où est tenu le compte du transférant.

5. Lorsqu'un transfert de fonds implique deux ou plusieurs banques, chacune des banques qui reçoit l'ordre devrait aussi avoir l'obligation d'agir dans un délai déterminé. Lorsque la banque réceptrice reçoit l'ordre de transfert de fonds par un réseau, le délai pourrait être fixé par le règlement qui régit le réseau. Dans les autres cas, il pourrait être fixé selon les usages bancaires, par un accord entre banques ou par la loi. On pourrait considérer que cette obligation de la banque réceptrice est soit envers le transférant, soit envers la banque expéditrice. Dans un cas comme dans l'autre, l'estimation du délai nécessaire au transfert de fonds sera vraisemblablement donnée avec plus de précision.

6. Etant donné que le transférant doit s'en remettre à la banque transférante, pour lui fournir une estimation du temps nécessaire à l'exécution du transfert de fonds et servir de point d'entrée dans l'ensemble du système, il semble fondé de se demander si la banque devrait être responsable en droit de l'exécution du transfert de fonds dans les délais prévus. Par ailleurs, la banque transférante ne peut contrôler les actes des autres banques de la chaîne et même peut rarement donner le nom de la banque bénéficiaire (voir question 16).

7. Lorsque le transférant précise une date de disponibilité, c'est-à-dire la date à laquelle les fonds doivent être à la disposition du bénéficiaire, l'obligation de la banque transférante ou des autres banques de la chaîne devient plus précise. L'acceptation d'un ordre de transfert de fonds sur lequel est indiquée une date de disponibilité peut être considérée comme créant pour la banque transférante une obligation contractuelle de mettre les fonds à disposition du bénéficiaire à cette date. On pourrait penser que la banque transférante devrait être au moins tenue d'indiquer la date de disponibilité sur l'ordre de transfert de fonds à l'intention de la banque à qui elle le transmet. Néanmoins, étant donné que la formule type des messages pour transfert de fonds, tant télex que d'ordinateur à ordinateur, ne prévoit pas de zone pour indiquer la date de disponibilité, il faudrait faire figurer cette information dans la zone réservée aux informations à l'intention du destinataire. On peut également noter que le terme "date de disponibilité", qui figurait dans les précédents projets de vocabulaire relatif aux télécommunications bancaires, a été éliminé dans la dernière version.

8. On pourrait penser que lorsque le transférant a prévu un délai trop court pour que la banque transférante soit certaine de respecter la date de disponibilité, elle devrait également être obligée d'en informer le transférant. En outre, si la banque réceptrice n'est pas tenue de créditer le bénéficiaire avant d'avoir reçu les fonds, la banque transférante, elle, en tant que banque expéditrice, est tenue de mettre les fonds à disposition de la banque réceptrice à temps pour que celle-ci puisse s'acquitter de ses obligations dans le délai prévu.

Question 24

Avec quelle fréquence la banque devrait-elle être tenue d'envoyer à ses clients des relevés de compte ?

Référence

"Responsabilité", paragraphes 47 à 50

Commentaire

1. La banque peut convenir avec son client qu'elle lui enverra des relevés de compte plus souvent que ne le prévoit la loi. Cela s'applique en particulier aux comptes commerciaux pour lesquels l'on envoie souvent des relevés quotidiens. Il n'est question ici que du nombre minimum de relevés imposé par la loi.

2. Dans les systèmes bancaires où avis est donné de tout débit ou crédit d'un compte, cet avis sert également de relevé. Dans d'autres systèmes bancaires, où l'avis de débit ou de crédit n'est pas donné automatiquement, il serait normal que des relevés soient envoyés périodiquement. Néanmoins, le nombre minimum de relevés à fixer peut varier suivant le type de compte et son degré d'activité. Dans certains cas, comme lorsque le compte est secret et qu'il n'est désigné que par un numéro, il pourrait s'avérer inopportun d'envoyer par courrier au client un relevé de compte périodique. On pourrait donc penser que la fréquence à laquelle doivent être envoyés des relevés de compte est une question qui devrait être laissée à la discrétion des banques et de leurs clients.

3. Mais l'on pourrait penser aussi que, pour certains types de comptes tout au moins, il conviendrait d'établir des normes minimales fixées par la loi. Cela concernerait plus vraisemblablement les comptes non commerciaux dans les pays où il n'est pas nécessaire d'envoyer un avis de débit ou de crédit pour que l'opération devienne définitive. On peut estimer que l'envoi des relevés est devenu plus important du fait que les gens sont de plus en plus nombreux à utiliser leur compte en banque pour effectuer des transferts de fonds, dont ils sont moins portés à garder trace. Quand le transférant a le droit absolu de demander dans un certain délai la contre-passation d'un prélèvement opéré en vertu d'une autorisation automatique, le bénéficiaire aurait intérêt à savoir que le transférant a reçu avis du prélèvement et que le délai pour demander contre-passation a commencé à courir. Par ailleurs, on pourrait penser que l'envoi de relevés de compte relativement fréquents pourrait aider à détecter les fraudes, de plus en plus nombreuses depuis la mise en place de terminaux clients.

4. Si le relevé de compte est exigé par la loi, on peut se demander s'il doit être sur papier et envoyé au client ou bien s'il suffit de le mettre à disposition du client à la banque. Le relevé de compte pourrait notamment être mis à disposition du client sur le terminal dont celui-ci dispose à son domicile ou à son lieu de travail, ou bien à un guichet automatique de banque.

Question 25

De combien de temps devrait pouvoir disposer le client d'une banque pour notifier à sa banque une écriture erronée à son compte ?

Référence

"Responsabilité", paragraphes 51 à 54

Commentaire

1. Dans certains pays, le délai dont dispose le client pour notifier à sa banque une écriture erronée à son compte est prévu par la loi qui régit les transferts de fonds. Dans d'autres pays, ce délai est fixé conformément aux règles générales du droit. Dans un cas comme dans l'autre, ce délai doit être compatible avec les pratiques bancaires en vigueur.

2. Le temps dont dispose le client de la banque pour notifier à celle-ci une écriture erronée à son compte, à partir du moment où l'écriture a été passée sur le compte, est déterminé à la fois par l'événement qui marque le début et la durée du délai prévu. Le délai peut courir à compter du moment où l'écriture est passée. Dans certains pays, conformément aux règles générales du droit, ce délai court à partir du moment où la banque dresse le bilan général du compte, c'est-à-dire une ou deux fois par an. On pourrait penser toutefois qu'il serait plus approprié que le délai commence à cou-

rir à partir du moment où la banque présente à son client un relevé de compte faisant apparaître le débit, puisque c'est cette opération qui porte l'écriture à la connaissance du client. Si le relevé de compte est présenté au client sur un terminal client, on pourrait penser que le délai devrait commencer à courir à partir du moment où l'écriture peut apparaître sur le terminal à la demande du client. Si aucun relevé de compte n'est envoyé au client ou n'apparaît sur un terminal client, le délai peut courir à partir du moment où l'information concernant l'écriture est à la disposition du client, à la banque, sur sa demande.

3. Lorsque le délai dont dispose le client pour notifier à sa banque une écriture erronée n'est limité que par la loi de prescription ou le délai de prescription, c'est-à-dire le délai dans lequel l'action en justice doit être entamée, il est souvent de plusieurs années et peut même être beaucoup plus long. On pourrait penser cependant qu'un délai plus court, qui pourrait être mesuré en mois plutôt qu'en années, serait approprié. Prévenue rapidement la banque, surtout si l'écriture erronée est due à une fraude ou si l'écriture a été portée sur un compte qu'elle ne concerne pas, pourrait permettre à la banque de poursuivre le fraudeur ou de corriger son erreur en passant l'écriture au compte concerné.

4. On peut se demander s'il faudrait fixer des délais différents pour les différents types de comptes ou les différents types de clients. On pourrait penser par exemple que les titulaires de comptes commerciaux devraient disposer d'un délai plus court que la plupart des autres clients pour notifier à la banque une écriture erronée, puisque l'on peut supposer qu'ils apurent leurs comptes plus souvent et avec plus de précision. En outre, le montant moyen des transferts de fonds commerciaux est supérieur à celui des transferts de fonds non commerciaux, ce qui rend encore plus important le dépistage précoce des erreurs ou des fraudes.

5. On pourrait penser que le délai dont dispose le client pour notifier à la banque une écriture erronée devrait relever d'une loi impérative et ne devrait pas pouvoir être réduit par accord entre la banque et ses clients. Néanmoins, on pourrait également penser, notamment s'agissant de comptes commerciaux ou de réseaux de transfert de fonds importants, qu'il serait souhaitable pour les parties de pouvoir aménager les délais prescrits par la loi selon les caractéristiques du compte et son activité.

Question 26

Faudrait-il mettre en place une procédure très précise de correction des erreurs ?

Référence

"Responsabilité", paragraphe 55

Commentaire

1. Les clients d'une banque pouvant contester un certain nombre d'écritures portées sur leur compte par erreur ou à la suite d'une fraude, toute banque devra nécessairement prévoir une procédure destinée à reconnaître et à corriger ces erreurs. Dans certaines banques, cette procédure est informelle et non écrite. Dans d'autres plus nombreuses, et notamment les banques qui gèrent un grand nombre de comptes et d'écritures, on tend à une procédure formelle consignée dans des textes.

2. On pourrait penser que chaque banque devrait prévoir dans ses règlements une procédure de correction des erreurs. Cette procédure devrait contenir certaines normes minimales qui précisent le temps dont dispose la banque pour répondre au client qui lui demande des explications et les informations qu'elle est tenue de lui fournir. On pourrait également penser que les procédures utilisées par la banque pour corriger les erreurs devraient être portées à la connaissance du client sous une forme adéquate.

3. Etant donné qu'une erreur ou une fraude commise dans un transfert de fonds porte souvent sur des opérations effectuées par des banques autres que celle du client concerné, toute procédure adoptée par une seule banque sera nécessairement de portée limitée. Des difficultés particulières peuvent surgir lorsque les autres banques en cause sont situées à l'étranger et qu'elles suivent des normes différentes en ce qui concerne les procédures d'enquête et de correction des erreurs ou la notification d'une fraude apparente.

4. On pourrait donc penser que les banques pourraient passer entre elles des accords relatifs aux procédures de correction des erreurs. Ces accords pourraient figurer dans le règlement des réseaux de transfert de fonds, être adoptés par les associations bancaires, ou par accord bilatéral entre banques correspondantes. On pourrait s'attendre que les dispositions contenues dans de tels accords concernant de petits transferts de fonds puissent être sensiblement différentes de celles contenues dans les accords relatifs aux gros transferts de fonds.

5. Certains pays peuvent juger utile que les procédures requises de correction des erreurs soient prescrites par la loi. On pourrait penser que, notamment en ce qui concerne les comptes non commerciaux, les procédures obligatoires de correction des erreurs sont une mesure de protection non négligeable pour les clients qui, au demeurant, sont mal placés pour contester une erreur supposée de la part de la banque. Néanmoins, on peut craindre qu'une procédure de correction des erreurs prescrite par la loi ne soit trop générale pour protéger suffisamment le client ou bien trop détaillée, ce qui peut entraîner des dépenses excessives. On peut également estimer que les pays n'ont pour la plupart pas besoin d'une législation dans ce domaine.

Question 27

Le transférant ou le bénéficiaire devrait-il recouvrer des intérêts en cas de retard lors d'un transfert de fonds ?

Références

"Accords", paragraphes 55 à 78
"Responsabilité", paragraphes 92 à 95
Questions 23 et 30

Commentaire

1. Dans la question 23, il s'agissait de savoir si le système bancaire devait être tenu d'effectuer le virement au bénéficiaire dans un délai déterminé après que la banque transférante a reçu l'ordre de transfert de fonds. Cela revient à poser implicitement la question de la nature du dédommagement des préjudices que peut entraîner l'inobservation par le système bancaire des délais convenus. L'élément le plus naturel du dédommagement pour retard dans le paiement d'une somme d'argent est l'intérêt.

2. Il convient de noter ici, comme cela était évoqué au paragraphe 1 du commentaire de la question 23, que dans certains systèmes bancaires, un intérêt implicite est perçu du fait que le calendrier du transfert de fonds prévoit que, pour le débit, la date d'intérêt sera le premier jour et, pour le crédit, le troisième jour. Cet intérêt implicite n'existe pas dans d'autres systèmes bancaires où la date d'intérêt est la même pour le crédit et pour le débit, à savoir trois jours, par exemple. Néanmoins, dans un cas comme dans l'autre, si le transfert est retardé et que la date d'intérêt pour le crédit est portée au cinquième jour, deux jours d'intérêts ont été perdus pour le bénéficiaire.

3. Lorsqu'un transfert de fonds important est retardé, la perte d'intérêts pour le bénéficiaire peut être sensible. Pourtant, dans certains systèmes bancaires, il peut se révéler aussi difficile de déterminer lequel de plusieurs taux d'intêrêt est le taux d'intérêt applicable pour indemniser le bénéficiaire que de déterminer le taux d'intérêt applicable pour indemniser la banque bénéficiaire en cas de retard (voir question 30). Une solution consisterait à accorder au bénéficiaire le taux d'intérêt qu'il aurait reçu sur le compte. C'est la solution implicite dans la procédure qui consiste à antidater le crédit, dont il est question au paragraphe 4 ci-après. Une autre solution consisterait à lier le taux d'intérêt utilisé pour calculer les dommages-intérêts dus au bénéficiaire au taux d'intérêt appliqué lors des compensations entre banques, comme cela a été décrit dans le commentaire de la question 30.

4. Bien que ce soit le bénéficiaire qui ait subi la perte d'intérêts, on ne sait pas très bien auprès de qui le bénéficiaire pourrait recouvrer cette perte. On pourrait penser qu'il pourrait s'adresser au transférant si le retard dans l'écriture du crédit constituait une rupture de contrat. Si cela devait se produire et si le retard n'était pas survenu à la banque transférante, la question se poserait de savoir si le transférant peut exiger le remboursement, et de quelle banque. Si le retard est survenu à la banque bénéficiaire, le bénéficiaire devrait probablement pouvoir recouvrer la somme due en se prévalant du contrat qui les lie du fait de son compte. Néanmoins, si le retard est survenu en tout autre point de la chaîne de transfert de fonds, y compris à la banque transférante, le bénéficiaire risque de ne pas pouvoir présenter de réclamation directement à cette partie. Une pratique qui résout en partie les problèmes théoriques consiste à antidater le crédit de façon que la date d'intérêt soit celle qui convient, les intérêts et les commissions étant ajustés à ce qu'ils auraient été si le transfert n'avait pas été retardé. Dans la plupart des cas, cette procédure permet d'indemniser le bénéficiaire de manière satisfaisante.

5. Lorsqu'il s'agit de petites sommes dans la grande majorité des cas de retard dans le transfert, on ne doit s'attendre à aucune demande d'indemnisation pour perte d'intérêts. Le montant de la réclamation serait négligeable et les bénéficiaires de transferts de montants peu importants ignorent souvent la date d'intérêt en vigueur pour les transferts de fonds. Si les dépassements des délais fixés pour l'exécution des transferts de montants peu importants posaient un problème grave au système bancaire, on pourrait envisager des solutions administratives qui élimineraient les effets du retard pour le bénéficiaire. L'une d'elles consisterait à prescrire que la date d'intérêt pour le débit et la date d'intérêt pour le crédit soient les mêmes ou que les deux dates soiens séparées par un nombre de jours déterminé.

Question 28

Le transférant ou le bénéficiaire devrait-il recouvrer les pertes de change en cas de retard dans le transfert de fonds ?

Références

"Accords", paragraphes 55 à 78
"Responsabilité", paragraphes 96 à 97
Questions 23 et 27

Commentaire

1. Comme pour les demandes de remboursement en cas de perte d'intérêts, les demandes de remboursement en cas de pertes dues au change ne peuvent être présentées que si le calendrier prévu pour le transfert de fonds est précisé de telle façon que la date à laquelle la conversion aurait dû avoir lieu est clairement fixée ou peut être déterminée. Lorsque flottent les taux de change entre les principales monnaies, et qu'il leur arrive de fluctuer quotidiennent de plusieurs points, il serait utile, dans certains cas, de pouvoir déterminer avec précision l'heure ou même la minute à laquelle la conversion aurait dû s'effectuer.

2. En dehors de l'influence exercée par les opérations d'arbitrage des parties, le transférant peut subir une perte de change s'il doit effectuer le paiement en devises alors que la monnaie de son compte baisse par rapport à la devise entre le moment où la conversion aurait dû s'effectuer et le moment où elle a été effectuée. De même, le bénéficiaire peut subir une perte de change si la monnaie de paiement est une devise qui perd de la valeur par rapport à la monnaie de son compte entre le moment où la conversion aurait dû s'effectuer et le moment où elle a été effectuée. Le fait de la perte et son

montant pourraient être établis par l'achat ultérieur de devises qu'effectue pour se couvrir soit le transférant, soit le bénéficiaire selon le cas. Le bénéficiaire ne subit aucune perte de change pendant le transfert lui-même si la monnaie du compte auquel le transfert est crédité est la même que la monnaie de paiement. Néanmoins, il faudrait se demander si une demande de remboursement pour perte de change peut être recevable lorsque le bénéficiaire avait l'intention de vendre rapidement les devises après réception ou y était tenu par la réglementation du contrôle des changes et si le transférant connaissait cette intention ou cette obligation.

3. Lorsque la perte due au change est imputable à des retards survenus dans une banque intervenant avant la banque bénéficiaire, il est tout aussi difficile de déterminer auprès de qui et de quelle façon le bénéficiaire peut recouvrer ses pertes que lorsqu'il s'agit d'une perte d'intérêt (voir question 27).

4. Si le recouvrement des pertes de change n'est pas possible, le transférant et le bénéficiaire sont tenus d'accepter le taux de change en vigueur au moment où la conversion a été effectuée. Si ce recouvrement est possible, on peut se demander si le client, c'est-à-dire le transférant ou le bénéficiaire suivant le cas, doit avoir le choix entre le taux de change en vigueur au moment où la conversion aurait dû s'effectuer et le taux de change en vigueur au moment où elle a en fait été effectuée. Ou bien l'on peut décider que le taux appliqué sera le taux de change en vigueur au moment où la conversion aurait dû s'effectuer. Dans ce dernier cas, les banques auront le droit d'appliquer ce taux de change à la transaction même si le taux a changé en faveur du client avant la conversion. Comme on l'a fait observer au paragraphe 97 du chapitre sur la responsabilité, dans le projet de convention sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, le choix des dates est laissé au porteur "de manière à le protéger contre toute perte qu'il pourrait subir du fait d'une spéculation de l'obligé".

Question 29

Dans quelles circonstances la banque devrait-elle être responsable des dommages indirects ?

Références

"Responsabilité", paragraphes 98 à 100
Questions 16 et 23

Commentaire

1. Bien qu'un retard ou une erreur dans le traitement d'un ordre de transfert de fonds puisse généralement être entièrement dédommagé par le paiement d'un intérêt, le remboursement de la perte due au taux de change ou des ajustements financiers similaires, il y a des cas où le défaut d'exécution du transfert de fonds à la date prévue peut faire subir des dommages indirects au transférant, soit que le contrat soit résilié, soit que l'intéressé risque une pénalité ou qu'il soit déchu de ses droits, le préjudice causé pouvant excéder de beaucoup les indemnités calculées d'après les intérêts.

2. On pourrait penser qu'en règle générale, la banque ne devrait pas être responsable des dommages qu'elle n'a pas prévus et ne pouvait pas raisonnablement prévoir. Etant donné que ces dommages indirects sont rarement imputables à un retard dans l'exécution du transfert de fonds, même lorsque la somme transférée est importante, la responsabilité de la banque sera donc rarement en cause en ce qui concerne les dommages indirects. Cela expliquerait le barème des frais afférents aux transferts de fonds, qui est généralement trop bas pour satisfaire les demandes de dédommagement, même occasionnelles, pour les dommages indirects qui pourraient en résulter.

3. Il y a cependant des cas où la banque transférante connaît l'objet du transfert et les conséquences que pourrait avoir tout retard ou toute erreur de transmission. On pourrait penser que dans ces cas-là, les règles normales en matière de responsabilité seraient applicables. Si l'on adoptait ce point de vue, la banque transférante serait tenue pour responsable des dommages indirects découlant de ses propres erreurs ou retards dans le traitement du transfert de fonds. D'autre part, les banques sont souvent fort au courant des affaires de leurs clients, sans que leur département des transferts de fonds le soit. On pourrait donc se demander qui, à la banque, devrait en savoir assez là-dessus pour qu'elle réponde des dommages indirects.

4. Si la banque transférante était responsable de l'intégralité du transfert de fonds, y compris des opérations effectuées par les autres banques (voir question 16), elle serait responsable des dommages indirects dus à tous retards ou erreurs survenus dans le transfert de fonds. Mais si la banque transférante n'était responsable que de ses propres actes et si le retard ou l'erreur était survenu dans une banque située en aval dans la chaîne de transmission, la question se poserait de savoir si cette dernière pourrait exciper du caractère imprévisible du dommage ou si elle devrait être liée par le fait que la banque transférante en connaissait le risque.

5. Il convient de noter que selon la pratique bancaire actuelle, on ne s'attend pas que la banque transférante explique à la banque réceptrice les conséquences possibles d'un retard de l'ordre de transfert de fonds. Il n'y a pas au demeurant de raison de la soustraire à cette obligation. La banque transférante devrait au minimum faire figurer la date de disponibilité sur l'ordre de transfert de fonds (voir question 23). On pourrait estimer que la mention de cette date permettrait aux banques intervenantes de savoir que certaines conséquences commerciales sont à attendre si les fonds ne sont pas mis à disposition du bénéficiaire à la date voulue, même si elles ne savent pas exactement de quelle nature seraient ces conséquences.

6. On pourrait penser qu'il devrait exister une procédure type par laquelle le transférant pourrait notifier à la banque transférante qu'il est particulièrement important que le transfert de fonds soit exécuté dans les délais prévus. Le transférant pourrait être prié de déclarer le montant de la perte éventuelle et une commission supplémentaire serait perçue, qui serait justifée par l'obliga-

tion d'utiliser une procédure prioritaire spéciale pour effectuer le transfert de fonds. Une procédure de ce type serait particulièrement indiquée pour les transferts internationaux de fonds étant donné que les risques de retard ou d'erreur sont bien supérieurs et qu'il est bien plus difficile d'obtenir un dédommagement important d'une banque intermédiaire fautive; une telle procédure pourrait être aussi instituée pour les transferts de fonds à l'intérieur d'un même pays.

Question 30

Des règles spéciales devraient-elles régir la responsabilité interbancaire en cas de remboursement tardif ou d'erreur dans les transferts de fonds ?

Référence

Question 16

Commentaire

1. Une erreur de la part de la banque expéditrice peut être la cause de pertes non seulement pour les clients des banques (le transférant et le bénéficiaire), mais aussi pour la banque réceptrice. Bien que l'on trouve dans les règles générales du droit des critères fondamentaux permettant d'établir l'existence de responsabilités et de calculer les pertes subies, ces règles peuvent ne pas donner entière satisfaction si elles sont appliquées sans interprétation aux situations bancaires. En outre les règles générales du droit diffèrent d'un pays à l'autre et l'on peut ne pas estimer satisfaisant de recourir au droit des conflits de lois pour déterminer les indemnités à verser dans la pratique courante. On peut donc juger souhaitable d'élaborer des règles interbancaires notamment pour les transferts internationaux de fonds.

2. Si la banque réceptrice est tenue d'indemniser le client qu'elle doit créditer en cas de pertes résultant d'erreurs ou de retards intervenus avant qu'elle ne reçoive l'ordre de transfert de fonds, elle se fera sans doute rembourser par la banque expéditrice. Un accord interbancaire pourrait être préparé pour régir ce remboursement. Une question liminaire serait de savoir si cet accord devrait porter sur des matières qui sans cela relèveraient des règles générales de droit. D'autres questions pourraient être : la banque réceptrice serait-elle remboursée par la banque expéditrice dans le cas où l'erreur aurait été commise par une banque située plus en amont dans la chaîne ? La banque réceptrice pourrait-elle être intégralement remboursée par la banque expéditrice de toutes les indemnités qu'elle aurait versées ou devrait-elle pour en justifier le paiement, produire une injonction judiciaire ou une décision arbitrale ? Au cas où l'indemnité versée au bénéficiaire consisterait exclusivement en intérêts, la banque bénéficiaire devrait-elle être remboursée de ces intérêts en plus de toucher les intérêts interbancaires dont il est question au paragraphe suivant ? Des questions de ce genre se posent et peuvent être réglées par un accord interbancaire si, comme il est suggéré à propos de la question n° 16, la banque transférante est, dans le cas d'un virement, responsable à l'égard du transférant de la bonne exécution intégrale dudit virement.

3. Si la banque réceptrice crédite le compte du client qu'elle doit créditer comme il le lui a été demandé, mais ne reçoit pas le remboursement à la date indiquée, le client ne subit aucun préjudice mais la banque réceptrice perd des intérêts. De même, lorsqu'une banque expéditrice qui commet une erreur demande à la banque réceptrice de la rectifier en créditant le compte du client en question à compter d'une date antérieure à celle de la réception de l'ordre, elle fait perdre à la banque réceptrice la possibilité d'investir les fonds qu'elle aurait dû recevoir à cette date antérieure. La situation inverse se produit lorsqu'une banque expédie un ordre de virement à une banque autre que la banque réceptrice prévue et que cette banque, à la demande de la banque expéditrice, contre-passe ensuite le crédit porté au compte de son client et retourne les fonds à la banque expéditrice; la banque réceptrice a alors eu l'usage de fonds auxquels elle n'avait pas droit. Dans certains systèmes juridiques elle peut être tenue en vertu de la théorie de l'enrichissement sans cause ou d'autres notions similaires de rembourser la banque expéditrice bien que l'erreur ait été commise par cette dernière.

4. Dans de nombreux systèmes bancaires, plusieurs taux d'intérêt pourraient à juste titre être appliqués au calcul de l'indemnité interbancaire. Dans le cas des transferts internationaux de fonds plusieurs taux seraient certainement applicables. On peut donc estimer utile de spécifier dans les règles interbancaires les conditions dans lesquelles une banque devrait verser des intérêts à une autre banque à titre d'indemnisation et indiquer les formules à utiliser pour calculer le montant de ces intérêts. En outre, la rectification des erreurs prenant beaucoup de temps, on pourrait juger bon de spécifier dans ces règlements interbancaires le montant de l'indemnité que la banque expéditrice devrait verser à la banque réceptrice en raison du dérangement que lui aurait occasionné l'erreur et du temps qu'elle aurait passé à la rectifier.

Question 31

Quelles conséquences devrait avoir l'acquisition d'un caractère définitif par un transfert de fonds ou une transaction de transferts de fonds ?

Référence

"Caractère définitif", paragraphes 49 à 96

Commentaire

1. L'acquisition d'un caractère définitif par un transfert de fonds n'a pas les mêmes conséquences dans tous les pays. Les effets juridiques qu'elle produit peuvent naître dans certains pays à des moments antérieurs ou postérieurs à celui où d'autres pays font intervenir cette acquisition ou se trouvent créés dans un même pays, à des moments variables, selon le type de transfert en cause. Il serait donc impossible de dresser une liste universelle des conséquences à attacher à l'acquisition d'un caractère définitif par un transfert de fonds; ne peuvent être répertoriées que les conséquences qui lui sont souvent associées. Le moment précis où est produite chacune de ces conséquences doit être déterminé séparé-

ment, dans chaque pays et pour chaque type de transfert de fonds.

2. Les conséquences les plus souvent associées à l'acquisition d'un caractère définitif par un transfert de fonds sont les suivantes :

a) Le solde du compte du transférant est réduit et le transfert de fonds ne peut être arrêté du fait du décès du transférant, de l'ouverture contre lui d'une procédure de déclaration d'insolvabilité, d'une incapacité juridique dont il serait frappé, de la saisie de son compte, d'une compensation opposée par sa banque ou du retrait par lui de l'ordre de transfert de fonds;

b) Le solde créditeur du compte du bénéficiaire est augmenté et entre dans le gage de ses créanciers;

c) Le bénéficiaire a le droit de retirer les fonds et peut percevoir des intérêts sur le nouveau solde créditeur de son compte (ou cesser de payer des intérêts sur l'ancien solde si celui-ci était débiteur);

d) La banque bénéficiaire peut être empêchée de débiter le compte du bénéficiaire afin de rectifier des erreurs alléguées dans le crédit de ce compte sans l'autorisation du bénéficiaire;

e) L'obligation sous-jacente liant le transférant au bénéficiaire peut se trouver éteinte.

3. L'acquisition d'un caractère définitif par une transaction de transfert de fonds entre deux banques semble produire essentiellement les mêmes conséquences pour ce qui est des comptes entre deux banques. Toutefois elle peut créer aussi, pour la banque réceptrice, l'obligation de créditer le compte de son client, de verser des intérêts sur le nouveau solde du compte de ce client, d'envoyer un avis de crédit au bénéficiaire ou un nouvel ordre de transfert de fonds à la banque suivante dans la chaîne de transfert et de mettre les fonds à la disposition de son client.

Question 32

Les transferts de fonds devraient-ils devenir définitifs, à certaines ou à toutes fins utiles, lors de l'accomplissement d'un événement particulier ou à un moment particulier de la journée ?

Référence

"Caractère définitif", paragraphes 4 à 48.

Commentaire

1. Un transfert de fonds peut devenir définitif soit lors de l'accomplissement d'un événement particulier, par exemple la passation du débit ou du crédit au compte visé, soit lors de l'accomplissement d'un événement commun à un grand nombre de transferts de fonds, par exemple le placement d'un support de mémoire informatique contenant les ordres de transferts de fonds dans l'ordinateur en vue d'un traitement, soit à une heure précise de la journée, par exemple minuit le jour où l'ordre de transfert de fonds a été reçu et où le débit ou le crédit a été passé en écritures. Si le transfert de fonds acquiert son caractère définitif lors de l'accomplissement d'un événement particulier, la règle est de traiter chaque transfert comme une transaction unique. S'il acquiert son caractère définitif lors de l'accomplissement d'un événement commun à grand nombre de transferts de fonds, ou à un moment particulier de la journée, elle est de traiter chaque transfert dans le cycle normal de traitement des données correspondant au type de transferts en question.

2. Si certains pays peuvent juger souhaitable de décider que l'acquisition du caractère définitif se produit lors de l'accomplissement d'un certain événement ou à une heure donnée pour tous les types de transfert de fonds et à toutes fins utiles, d'autres pays peuvent estimer préférable que certains transferts de fonds deviennent définitifs, à certaines ou à toutes fins utiles lors de l'accomplissement d'événements donnés, et que d'autres transferts le deviennent à un moment particulier de la journée.

3. Le seul événement susceptible de rendre tous les types de transferts de fonds définitifs dans tous les pays et à toutes fins utiles est la remise d'espèces par la banque transférante (prélèvement) ou la banque bénéficiaire (virement) en exécution de l'ordre de transfert. Toutefois, si les espèces sont remises, avec ou sans recours, par une tierce banque, le transfert de fonds n'est pas considéré comme définitif tant que l'ordre de transfert n'a pas été accepté par la banque transférante ou par la banque bénéficiaire selon le cas. Il peut être pertinent de s'interroger, à la lumière des règles qui précèdent, sur la question de savoir si un transfert de fonds est définitif lorsque le bénéficiaire retire des espèces du distributeur automatique d'un système à accès différé, exploité en temps partagé, et que la banque qui gère ce distributeur n'est remboursée et le débit porté au compte du client qu'à un moment ultérieur.

4. Certains types de transferts de fonds semblent exiger que les événements ou les moments qui déterminent l'acquisition du caractère définitif soient fixés différemment en fonction des différentes conséquences du transfert — que par exemple, le transférant perde le droit de retirer un ordre de transfert de fonds une fois celui-ci donné s'il appartient à une catégorie d'ordres dont la banque transférante garantit l'acceptation. Etant donné qu'il est généralement souhaitable que les transferts électroniques de sommes importantes soient certains et acquièrent rapidement un caractère définitif, les règles des réseaux prévoient souvent que les ordres de transfert ne sont pas susceptibles d'annulation par la banque expéditrice (ou par le client donneur d'ordre) une fois qu'ils ont été envoyés. Dans les réseaux de règlements nets ou nets-nets, les transferts de fonds peuvent devenir définitifs au moment du règlement, en ce sens qu'il n'est plus alors possible qu'ils soient retournés à la banque expéditrice au motif d'un défaut de règlement; toutefois, les règles d'autres réseaux peuvent exiger que le compte du client soit immédiatement et irrévocablement crédité.

5. Lorsque les ordres de transfert de fonds sont traités par lots on peut juger souhaitable que les règles relatives à l'acquisition du caractère définitif fixent l'heure

précise de la journée à laquelle les transferts deviennent définitifs, car le traitement par lots ne se prête pas aussi bien que le traitement individuel à l'attachement du caractère définitif à un événement unique s'accomplissant pendant la période de traitement. Toutefois, si l'on opte pour un événement unique, il a été suggéré que celui-ci soit un événement facile à identifier et, par exemple, l'insertion dans l'ordinateur du support de mémoire contenant le lot d'ordres de transfert de fonds à traiter.

6. En outre, on peut juger souhaitable, comme c'est le cas dans certains pays, que le traitement des données puisse se dérouler dans n'importe quel ordre commode pour la banque. Si cela est rendu possible, on peut aussi juger souhaitable de permettre à la banque de passer tous les débits et crédits en écriture sans prendre en considération le solde des comptes ou autres motifs de refus des ordres de transfert, et de contre-passer les écritures correspondant aux ordres dont elle aura déterminé ultérieurement qu'elle ne doit pas les accepter. En pareil cas, on peut également juger souhaitable de fixer le délai maximal pendant lequel la banque aura la faculté de contre-passer les écritures, la meilleure solution étant sans doute de le faire expirer à une heure particulière de la journée.

Question 33

Quel effet l'acquisition d'un caractère définitif par une transaction interbancaire de transfert de fonds devrait-elle avoir sur un virement effectué entre les comptes de deux clients ?

Références

"TEF en général", paragraphes 26 à 28

"Caractère définitif", paragraphes 23 à 30, 58, 61 et annexe

Question 4

Commentaire

1. La question du lien entre le caractère définitif d'une transaction de transfert de fonds entre deux banques et celui d'un virement effectué entre le transférant et le bénéficiaire se révèle être l'un des principaux points juridiques qu'il faut élucider au moment de concevoir les réseaux de transfert de sommes importantes et, éventuellement, d'élaborer des règles destinées à régir les transferts internationaux.

2. Il semble que cette question n'ait pas posé de problème tant que les transferts électroniques de sommes importantes n'étaient effectués que par télégramme ou télex entre un nombre relativement faible de grandes banques ayant des relations bien établies par l'entremise de correspondants. Dans nombre de pays, les transferts interbanques n'étaient considérés que comme des opérations d'exécution des ordres des transférants. Par conséquent, lorsque la banque bénéficiaire donnait suite à un ordre de transfert de fonds, il était logique de penser qu'elle acceptait l'ordre du transférant, même si le télégramme ou le télex correspondant avait été envoyé par la banque transférante ou une banque intermédiaire.

3. Les règles des différents réseaux de transfert électronique de sommes importantes qui ont été constituées pour tirer parti de la technologie des communications d'ordinateur à ordinateur comprennent des dispositions fixant le moment où les transactions de transfert de fonds effectuées par l'intermédiaire du réseau deviennent définitives. Il semble que ces dispositions servent deux buts principaux. Le premier est de protéger les règlements. Bien que cet objectif puisse revêtir une importance particulière dans les réseaux de règlement net ou net-net où la résolution d'un règlement soulèverait d'énormes difficultés, il peut en réalité être plus important encore dans un réseau exploité par une banque faisant fonction de correspondant, qui peut même être une banque centrale. Il peut paraître évident qu'un règlement net doit être irrévocable pour toutes les banques participantes. Toutefois si le droit général des transferts de fonds ne comporte pas de dispositions déterminant le moment où la transaction de transfert de fonds devient irrévocable, la transaction peut être annulée sur ordre du transférant. En conséquence, la banque correspondante peut se voir dans l'obligation de contre-passer le crédit porté au compte de sa banque réceptrice. Cela risque de faire apparaître sur ce compte un solde débiteur inacceptable pour la banque correspondante.

4. La deuxième raison que l'on a d'adopter, dans un réseau, des règles sur le caractère définitif des transferts de fonds est qu'il convient de donner à la banque réceptrice l'assurance que le crédit qu'elle a reçu est irrévocable. Forte de cette assurance, la banque réceptrice peut alors elle-même accorder un crédit irrévocable à son client qui peut être soit le bénéficiaire, soit une autre banque.

5. La première conséquence de l'application de telles règles est que la banque expéditrice qui intervient dans la transaction de transfert ne peut retirer son ordre une fois celui-ci envoyé par le réseau. Le transférant perd en conséquence lui aussi le droit de faire retirer l'ordre du réseau. Toutefois, si le transfert de fonds n'a pas encore acquis de caractère définitif à l'égard du bénéficiaire, le transférant peut conserver le droit de retirer son ordre en ce qui concerne l'intégralité du transfert. On peut donc se demander si la banque réceptrice dans la transaction de transfert de fonds a l'obligation de transmettre l'avis de retrait de l'ordre de transfert. Si tel n'est pas le cas, il convient de s'interroger sur la question de savoir si le transférant ou la banque transférante devrait avoir le droit de notifier directement la banque bénéficiaire sans passer par les banques intermédiaires. Cette question est particulièrement délicate car elle risque de se poser très souvent dans les transferts internationaux de fonds relevant du droit positif et de la procédure de plusieurs pays.

6. Même si le problème se pose sans doute surtout à propos du retrait d'ordres de transfert de fonds par les transférants, il peut se présenter également à propos de

la notification du décès du transférant, de l'introduction contre lui d'une procédure de déclaration d'insolvabilité, de la saisie de son compte ou d'une autre action judiciaire s'opposant à l'exécution du transfert de fonds.

7. S'il est possible d'arrêter le transfert de fonds en sautant la banque réceptrice dans la transaction de transfert et en présentant la notification requise à une banque située plus en aval dans la chaîne de transfert, ou encore directement à la banque bénéficiaire, il semble qu'il soit nécessaire d'établir une procédure de remboursement des différentes banques qui ne passe pas non plus par la banque réceptrice dans la transaction de transfert. Si celle-ci était tenue de rembourser la banque expéditrice, la transaction de transfert de fonds ne serait pas définitive. A cet égard, les règles d'un réseau concernant le caractère définitif des transferts de fonds diffèrent de celles de certaines chambres de compensation qui disposent qu'un chèque refusé peut être retourné par l'intermédiaire de la chambre de compensation pendant un certain délai, à l'expiration duquel il ne peut plus l'être qu'en dehors d'elle.

8. Par ailleurs, chaque réseau de transfert de fonds doit nécessairement se doter d'une procédure permettant le renvoi des ordres de virement soit sur la demande de la banque transférante au motif qu'une erreur a été commise, soit à l'initiative de la banque bénéficiaire au motif que celle-ci ne peut exécuter l'ordre — par exemple parce que le compte à créditer n'existe pas. Ces renvois ne semblent pas porter atteinte au principe du caractère définitif de la transaction initiale de transfert de fonds et peut-être devrait-on considérer qu'il en va de même de ceux découlant de la notification des événements envisagés plus haut.

9. Si l'on en arrive à la conclusion que le caractère définitif d'une transaction de transfert de fonds entre des banques intermédiaires a pour effet d'empêcher la notification de ces différens motifs d'arrêt du transfert avant qu'il ne devienne définitif, il s'ensuit effectivement qu'à ces divers égards le transfert de fonds devient définitif en même temps que la transaction de transfert de fonds.

Question 34

La garantie de l'acceptation de l'ordre de transfert de fonds par la banque transférante devrait-elle influer sur le moment où le transfert devient définitif ?

Référence

"Caractère définitif", paragraphes 41 à 43

Commentaire

1. Généralement associée aux ordres de prélèvements donnés sur papier, par exemple par chèque certifié ou carte de crédit, la garantie d'acceptation de la banque transférante se rencontre également dans les prélèvements ou virements électroniques. En particulier, tout système de terminaux-points de vente à prélèvement différé est susceptible de garantir au bénéficiaire (commerçant) qu'il sera crédité dès lors qu'il aura été autorisé à conclure une transaction donnée.

2. L'une des conséquences immédiates de la garantie d'acceptation est qu'elle met fin au droit du transférant de retirer son ordre de transfert de fonds. Si la garantie est considérée comme équivalant à l'acceptation d'une lettre de change (ou à la certification d'un chèque là où celle-ci est autorisée), on peut concevoir que l'acquisition d'un caractère définitif par le transfert de fonds a d'autres conséquences : le décès du transférant, une procédure en déclaration d'insolvabilité introduite contre lui, la saisie de son compte, une compensation opposée par sa banque ou son incapacité juridique ne devraient pas faire obstacle au débit ultérieur de son compte. L'obligation sous-jacente pourrait être considérée comme éteinte dès l'émission de l'ordre garanti. Toutefois, il est évident que le bénéficiaire n'aurait pas le droit de disposer des fonds avant que l'ordre ait été présenté à l'acceptation ou avant la date à laquelle les fonds devraient être mis à sa disposition aux termes de l'accord du réseau de terminaux-points de vente.

Question 35

Devrait-il y avoir une règle expresse sur la question de savoir si une banque bénéficiaire à laquelle des fonds ont été envoyés pour remise au bénéficiaire sur présentation détient ces fonds pour le compte du transférant ou pour celui du bénéficiaire ?

Référence

"Accords", paragraphe 4

Commentaire

1. Cette question se distingue de la question générale du caractère définitif d'un transfert de fonds du fait que le transfert ne peut être accompli par le crédit du compte du bénéficiaire. En outre, dans la majorité des cas, aucune relation contractuelle préexistante ne lie le bénéficiaire et la banque bénéficiaire qui charge la banque de tenir les fonds reçus à la disposition du bénéficiaire.

2. Bien qu'elle ne concerne qu'un pourcentage infime de tous les transferts de fonds, la pratique qui consiste à envoyer à une banque l'ordre de payer une certaine somme en espèces à une personne spécifiée, sur présentation, mérite sans doute de faire l'objet d'une règle particulière. Les transferts en question portent le plus souvent sur des sommes modiques envoyées par l'intermédiaire des services postaux de transfert de fonds mais les transferts bancaires de sommes non négligeables ne sont pas rares. Il est courant que le bénéficiaire ne se présente pas avant un certain temps, ce qui accroît la possibilité que le transférant souhaite retirer l'ordre de transfert de fonds, ou qu'un événement comme l'insolvabilité du transférant ou l'ouverture d'une procédure judiciaire visant son compte survient avant que le bénéficiaire se fasse connaître.

3. On peut penser que le transfert de fonds ne devient définitif qu'au moment où le bénéficiaire se présente et réclame les fonds en question. Si tel est le cas, la banque bénéficiaire détient les fonds sur ordre du transférant et sous réserve de toute créance qu'un tiers pourrait faire valoir sur les avoirs du transférant.

4. Mais on peut penser également que, dès que la banque bénéficiaire a avisé le bénéficiaire qu'elle tient les fonds à sa disposition, le transférant a perdu tout pouvoir sur ces fonds qui restent déposés aux risques du bénéficiaire. Les fonds sont alors traités de la même manière que s'ils avaient été déposés au compte du bénéficiaire auprès de la banque en question.

Question 36

Le moment où le transfert de fonds éteint l'obligation sous-jacente devrait-il dépendre des moyens utilisés par la banque pour effectuer ledit transfert ? Devrait-il coïncider avec celui où ce transfert devient définitif ?

Références

"Caractère définitif", paragraphes 41 à 43, 92 à 96
Question 35

Commentaire

1. Le moment où le transfert de fonds éteint l'obligation sous-jacente peut être, en particulier dans le cas de transactions portant sur des sommes importantes, fixé par les parties dans leur accord de base. Lorsqu'il n'est pas fixé par les parties, les règles juridiques applicables le fixent généralement en fonction de la nature du transfert de fonds et des procédures appliquées par les banques. C'est pourquoi les règles sur l'extinction de l'obligation en cause se trouvent aussi bien dans la législation régissant les transferts de fonds que dans celle régissant l'obligation sous-jacente.

2. Vu l'évolution des pratiques bancaires relatives aux transferts de fonds, on peut juger nécessaire de se demander si les règles actuelles touchant au moment de l'extinction de l'obligation sous-jacente sont toujours appropriées. La question est peut-être surtout pertinente dans les pays où les transferts de fonds sont généralement effectués par chèque et où les règles relatives à l'extinction d'une obligation exécutée par virement sont peut être peu claires. En outre, les règles applicables aux chèques peuvent ne pas être entièrement applicables aux prélèvements électroniques effectués par exemple en vertu d'une autorisation automatique de prélèvement.

3. Dans les pays où les transferts de fonds se font généralement par virement on peut penser que les règles traditionnelles sont parfaitement utilisables dans le nouveau contexte. Cela peut paraître particulièrement vrai dans les cas où l'obligation est éteinte lorsque le transfert de fonds devient définitif, du moins si la législation pertinente et les moyens de transfert couramment utilisés ne laissent aucun doute sur le moment où le transfert acquiert ce caractère définitif. En revanche, dans les cas où les règles sur l'extinction de l'obligation font dépendre celle-ci de l'accomplissement d'une opération particulière par la banque — peut-être parce que c'est cette opération qui donne au transfert son caractère définitif — on peut juger pertinent de réexaminer lesdites règles afin de déterminer si les banques continuent d'effectuer cette opération ou s'il ne serait plus approprié qu'elles agissent autrement. Là où, par exemple, l'obligation est éteinte lorsque le crédit a été porté au compte du bénéficiaire, on peut se demander à quel moment le crédit est réputé passé en écritures dans le contexe du traitement par lots.

4. Les types de transferts de fonds dans lesquels la banque transférante garantit l'acceptation de l'ordre ont connu une expansion considérable. Il est permis de penser que l'existence de cette garantie bancaire s'ajoutant à l'obligation du transférant constitue une raison suffisante de tenir l'obligation sous-jacente pour éteinte même si l'ordre proprement dit n'a pas encore été accepté.

Question 37

Les règles régissant les transferts de fonds devraient-elles prendre en considération la possibilité d'un défaut de règlement par une banque ?

Référence

"Caractère définitif", paragraphes 97 à 99 et annexe

Commentaire

1. Dans les pays où il existe un risque manifeste qu'une banque intérieure ne règle pas des transferts de fonds, les règles juridiques prévoient la nécessité de répartir les pertes résultant de cette défaillance. L'analyse des risques liés aux systèmes indique que la constitution de réseaux de transfert en ligne des sommes importantes a dans certains pays accru ce risque au point d'amener à prendre ou à envisager de nouvelles mesures.

2. Dans les pays où le risque qu'une banque intérieure soit défaillante dans un règlement est considéré comme improbable et n'est pas susceptible d'être accru par les réseaux de transfert en ligne de sommes importantes, actuels ou futurs, il n'est pas nécessaire que ce risque soit pris en considération dans les règles régissant les transferts de fonds. S'il devait se matérialiser contrairement aux prévisions, il faudrait régler le cas en appliquant des règles conçues à d'autres fins, comme il faudrait le faire également si une banque étrangère n'effectuait pas le règlement correspondant à un transfert international de fonds.

3. La répartition entre les banques de la perte résultant du défaut de règlement, par l'une d'entre elles, d'un transfert international de fonds peut dépendre de la législation de l'un ou l'autre des pays en cause. Les règles des réseaux de transfert électronique de fonds contiennent parfois des dispositions spécifiques sur la répartition des pertes découlant du défaut de règlement d'une transaction de transfert effectuée par l'inter-

médiaire de ces réseaux. Ces pertes peuvent également être réparties conformément aux dispositions relatives au caractère définitif du transfert que l'on peut trouver soit dans la législation visant les transferts de fonds, soit dans les accords interbancaires.

4. Mais même si ces accords interbancaires peuvent influer sur les droits du transférant ou du bénéficiaire autre qu'une banque en déterminant comment la perte doit être répartie entre les banques, ils ne sauraient constituer la source des règles qui doivent indiquer si une banque peut répercuter sur son client qui n'est pas lui-même une banque la perte résultant d'un défaut de règlement. On doit cependant s'attendre que, si la banque bénéficiaire supporte le risque d'un défaut de règlement par la banque expéditrice et si ce risque est important, elle trouvera le moyen de ne pas créditer irrévocablement le compte du bénéficiaire avant que le règlement soit définitif.

Question 38

Un transfert de fonds peut-il devenir définitif en dehors des heures ouvrables normales ?

Référence

"Caractère définitif", paragraphes 13 et 14, 32

Commentaire

1. Beaucoup de services du secteur bancaire s'acheminent vers un fonctionnement 24 heures sur 24; cette évolution risque d'influer sur le moment de la journée où chaque transfert de fonds devient définitif. Dans le cas des ordres de transfert émis sur papier l'usage était autrefois de clore le cycle de traitement des données après les heures d'ouverture mais avant que le personnel cesse le travail le soir. Les ordres reçus après une certaine heure vers la fin de la journée étaient souvent considérés comme reçus le lendemain et traités en conséquence. Quelle que pût être la règle régissant le caractère définitif des transferts de fonds, elle prenait effet pendant les heures ouvrables normales des employés. Dans quelques pays, la pratique qui consistait à effectuer pendant les heures normales de travail l'opération rendant les transferts définitifs avait sans doute pris le caractère d'une règle de droit.

2. A l'heure actuelle, beaucoup de banques n'interrompent plus le traitement des données la nuit. Les opérations qui confèrent aux transactions leur caractère définitif sont souvent effectuées en dehors des heures ouvrables normales. Les terminaux-clients qui en maints endroits sont accessibles 24 heures sur 24 permettent de donner des ordres de transfert la nuit comme le jour et, si le système est pleinement en ligne, d'exécuter beaucoup de ces ordres sur-le-champ. Les transferts internationaux de fonds entrepris de jour par une banque peuvent s'achever de nuit dans un autre fuseau horaire. Le fait peut se produire aussi lors de transferts intérieurs dans les pays qui s'étendent sur plusieurs fuseaux. Il serait rationnel de penser que le jeu normal de la règle concernant le caractère définitif rend les transferts de fonds définitifs dès cet instant. Cette conclusion, logique d'un certain point de vue, est en conflit avec l'usage courant qui veut que les transferts de fonds soient traités et acquièrent leur caractère définitif pendant les heures ouvrables normales.

3. Il convient également de noter que, dans les pays où la contre-passation des écritures de débit ou de crédit est autorisée pendant un délai limité, ce délai peut expirer à un moment se situant en dehors des heures ouvrables normales — à minuit par exemple — et que c'est à ce moment que le transfert de fonds devient définitif.

4. Des problèmes particuliers peuvent se poser quand un transfert de fonds en ligne d'ordinateur à ordinateur devient définitif un certain jour à la banque expéditrice et, à cause de la différence des fuseaux horaires, le devient la veille ou le lendemain à la banque réceptrice.

Question 39

Quand le débit ou le crédit devrait-il être réputé porté en compte ?

Référence

"Caractère définitif", paragraphes 8, 33 et 36

Commentaire

1. Les règles relatives à l'acquisition du caractère définitif se fondent souvent sur le moment de la passation du débit ou du crédit au compte visé; en effet il s'agit là d'une opération objective qui semble indiquer que la décision a été prise d'accepter l'ordre et qui apparaît comme le symbole de la transmission, du transférant au bénéficiaire, de la créance sur la banque.

2. Les techniques modernes de traitement des données ont rendu cette opération moins claire en même temps qu'elles en ont réduit la valeur de symbole. Les banques passent souvent les données en compte le plus tôt possible après avoir reçu les ordres de transfert de fonds, sous réserve de pouvoir contre-passer leurs écritures pendant le délai qui leur est laissé pour décider ou non d'accepter ces ordres. Lorsque la loi n'autorise pas la contre-passation des écritures comptables, les écritures peuvent être passées à des comptes provisoires et n'être reportées aux comptes réels qu'ultérieurement. Si les ordres sont donnés à la banque pour exécution le lendemain, le surlendemain ou plusieurs jours plus tard, ils peuvent également être portés immédiatement aux comptes provisoires, accompagnés de la mention de leur date d'exécution effective, date à laquelle ils seront également portés aux comptes réels. Ces opérations étaient techniquement impossibles avant l'utilisation des ordinateurs.

3. On peut estimer que le moment de la passation du débit ou du crédit en compte est soit le moment où il est porté au compte provisoire, soit celui où il est reporté au compte réel. Il est toutefois permis de penser que le fait de considérer l'écriture comme passée au moment où elle est portée au compte provisoire lui confère une

valeur juridique que l'on voulait précisément éviter de lui donner. Au demeurant, il paraît évident que le recours à un compte provisoire est censé donner à la banque concernée les mêmes possibilités de contre-passation que celles qui sont accordées aux banques des pays où les écritures sont expressément révocables pendant un certain délai.

4. On notera toutefois que les deux approches n'aboutissent pas au même résultat quant au moment où le débit et le crédit sont passés en compte ou, pour être plus précis, où ils deviennent définitifs. Dans les systèmes juridiques où les écritures sont révocables pendant un certain délai, le débit ou le crédit devient automatiquement irrévocable à l'expiration dudit délai, de sorte que le moment de l'acquisition du caractère définitif est fixe. Lorsque la passation du débit ou du crédit est effectuée par incorporation du compte provisoire au compte réel, elle est dépendante de l'accomplissement de cette incorporation qui lui donne son caractère définitif. L'incorporation peut être présumée accomplie par l'action humaine qui consiste à lancer la mise à jour du fichier informatique. Même si l'on peut escompter que cette action se produise à la même heure tous les jours, le moment peut néanmoins en être variable pour un certain nombre de raisons. L'incorporation peut, bien entendu, être également théorique ou, si elle exige la mise à jour du fichier, celle-ci peut être lancée automatiquement par un mécanisme d'horlogerie, à moins que l'homme n'intervienne pour retarder l'incorporation. Toutes ces possibilités rendent quelque peu confuse la notion de passation du débit ou du crédit en compte.

5. En outre, il est difficile de savoir quand des transactions enregistrées sur un support de mémoire et traitées par lot se trouvent passées en compte. Dans la mesure où la passation en compte traduit la décision d'accepter l'ordre, elle pourrait être réputée accomplie au moment où le support de mémoire informatique a été placé en machine pour traitement — voire au moment où il a été préparé pour subir un nouveau traitement. Il semble que le moment où l'ordinateur traite un élément particulier du lot n'a, même s'il est enregistré automatiquement, guère d'incidence sur les droits des différentes parties concernées par l'ordre, non plus que sur le compte.

Question 40

Dans quel ordre les différentes transactions portées à un compte devraient-elles être réputées passées en écriture ?

Références

"Caractère définitif", paragraphes 32 à 37
Questions 38 et 39

Commentaire

1. Lorsque toutes les opérations effectuées sur un compte étaient passées en écriture à la main par une même personne, l'ordre dans lequel elles avaient été effectuées était évident et il était logique de fonder sur cet ordre différentes règles concernant leur rang de priorité. A l'heure actuelle, les ordres de débit et de crédit arrivent d'un certain nombre de sources différentes et peuvent être passés en compte de différentes manières. Les ordres sur papier remis au guichet d'une banque ou encore reçus par la poste peuvent être envoyés au centre de traitement des données en vue soit de leur passation directe en compte, soit de leur saisie sur un support de mémoire informatique qui sera utilisé ultérieurement pour les porter aux comptes visés. L'employé qui reçoit ces ordres au guichet de la banque ou qui ouvre le courrier peut également saisir les données correspondantes sur un terminal à clavier, à son poste de travail. Des ordres peuvent aussi arriver de guichets automatiques en ligne ou hors ligne. Même si la banque peut considérer ces ordres comme identiques aux fins des dates d'intérêt, leur passation effective en compte peut s'échelonner sur deux jours ou davantage. Les ordres donnés sur papier ou par les moyens électroniques qui arrivent en lots d'autres banques ou de chambres de compensation demandent parfois à être traités selon un échéancier indépendant des autres ordres traités par la banque. Les ordres individuels portant sur des sommes importantes qui arrivent par l'intermédiaire du réseau de télécommunication peuvent être passés directement en écriture. Ceux qui sont reçus pour traitement à une date ultérieure peuvent être portés à des comptes provisoires incorporés aux comptes réels à n'importe quel moment convenant au centre de traitement des données.

2. Même s'il est toujours possible d'établir les priorités sur la base de l'ordre dans lequel les différents débits et crédits ont été portés au compte en question, cette solution ne donne pas nécessairement des résultats satisfaisants dans le contexte actuel. Cependant il est difficile de savoir quel critère de détermination des priorités serait plus approprié. On entrevoit au moins trois options possibles : l'une consisterait à considérer les ordres portant sur les sommes les moins importantes comme traités en premier, de sorte que le plus grand nombre possible puisse être exécuté; l'autre donnerait la même priorité à tous les ordres qui seraient alors exécutés au prorata de leur montant; ou encore la banque pourrait avoir le choix de l'ordre dans lequel elle les passe.

3. Un réseau peut avoir pour règle que si une banque est défaillante dans un règlement tous les crédits portés à son compte demeurent valables mais qu'en revanche tous les débits la concernant, autrement dit les ordres de virement qu'elle a envoyés ou les ordres de prélèvement qu'elle a reçus, sont exécutés dans l'ordre dans lequel ils ont transité par la chambre de compensation. Cette règle ne soulève pas de difficultés au regard de notre analyse si les ordres en question transitent individuellement par la chambre de compensation. En fait elle présente l'avantage d'encourager les banques à compter sur les ordres de virement reçus tôt dans la journée et à porter les crédits correspondants aux comptes de leurs clients puisque ces ordres auront un degré élevé de priorité en cas de défaut de règlement par les banques expéditrices. Toutefois, si le règlement se fait par passation de débit et de crédit aux comptes tenus par la banque centrale ou par toute autre banque

de règlement et si des ordres autres que ceux reçus par l'intermédiaire du réseau sont présentés à la banque centrale en vue du débit du compte de la banque défaillante le même jour, il faudra prendre une décision du type de celles décrites au paragraphe 2 quant aux rangs de priorité respectifs des ordres de débit du compte de la banque défaillante reçus par l'intermédiaire du réseau et des autres ordres de débit du même compte.

Question 41

Une banque devrait-elle avoir le droit de recouvrer un crédit erroné en contre-passant l'écriture passée au compte du client ?

Référence

"Caractère définitif", paragraphes 79 et 80

Commentaire

1. Le moyen le plus rationnel qui s'offre à une banque de recouvrer un crédit porté par erreur au compte d'un client consiste à contre-passer l'écriture en question en débitant le compte. Cette méthode est particulièrement efficace s'il s'agit du compte d'un bénéficiaire autre qu'une banque auprès de la banque bénéficiaire ou du compte loro de la banque réceptrice auprès de la banque expéditrice.

2. La contre-passation du crédit est admissible sans doute aucun si le crédit n'est pas encore devenu irrévocable soit parce que dans le pays en question les crédits sont révocables pendant un certain temps après leur passation en compte, soit parce que le crédit a été porté à un compte provisoire qui n'a pas encore été incorporé au compte réel. Toutefois, lorsque le crédit est devenu irrévocable aux termes de la législation applicable, on peut estimer devoir ne permettre qu'avec précaution de contre-passer un crédit erroné en débitant sans son autorisation préalable le compte du client crédité. Certains pays permettent à la banque bénéficiaire de contre-passer un crédit résultant de sa propre erreur, mais non de celle du transférant ou de la banque transférante.

III. NOUVEL ORDRE ÉCONOMIQUE INTERNATIONAL : CONTRATS INDUSTRIELS

A. Sixième session du Groupe de travail du nouvel ordre économique international

1. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa sixième session (Vienne, 10-20 septembre 1984) (A/CN.9/259)[a]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-11
NATURE ET QUALITÉ DES INSTALLATIONS	12-35
ACHÈVEMENT, RÉCEPTION ET PRISE EN CHARGE	36-62
RÉPARTITION DU RISQUE DE PERTE OU DE DOMMAGES	63-75
DOMMAGES-INTÉRÊTS	76-84
CLAUSES DE DOMMAGES-INTÉRÊTS LIBÉRATOIRES ET CLAUSES PÉNALES	85-99
ASSURANCES	100-113
SOUS-TRAITANCE	114-132
GARANTIE DE BONNE EXÉCUTION	133-152
QUESTIONS DIVERSES ET TRAVAUX FUTURS	153-154

Introduction

1. A sa onzième session, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a décidé d'inscrire à son programme de travail une question intitulée "Incidences juridiques du nouvel ordre économique international" et a créé un groupe de travail chargé de l'étudier[1]. A sa douzième session, la Commission a désigné les Etats membres dont se composerait le Groupe de travail[2]. A sa treizième session, la Commission a décidé que le Groupe de travail serait composé de tous les Etats membres de la Commission[3], c'est-à-dire des 36 Etats suivants : Algérie, Allemagne, République fédérale d', Australie, Autriche, Brésil, Chine, Chypre, Cuba, Egypte, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Guatemala, Hongrie, Inde, Iraq, Italie, Japon, Kenya, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pérou, Philippines, République centrafricaine, République démocratique allemande, République-Unie de Tanzanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Sierra Leone, Singapour, Suède, Tchécoslovaquie, Trinité-et-Tobago, Union des Républiques socialistes soviétiques et Yougoslavie.

2. A sa première session, le Groupe de travail a recommandé à la Commission d'inscrire notamment à

[a] Pour l'examen par la Commission, voir le *Rapport*, chap. IV (première partie, A, plus haut).

[1] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa onzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session, Supplément n° 17* (A/33/17), par. 71.

[2] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa douzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-quatrième session, Supplément n° 17* (A/34/17), par. 100.

[3] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa treizième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 143.

son programme de travail la question de l'harmonisation, de l'unification et de l'examen des clauses couramment stipulées dans les contrats internationaux conclus dans le domaine du développement industriel[4]. A sa treizième session, la Commission a convenu d'accorder la priorité aux travaux relatifs à ces contrats et prié le Secrétaire général de réaliser une étude sur les contrats de fourniture et de construction d'ensembles industriels[5].

3. Les études[6] établies par le secrétariat ont été examinées par le Groupe de travail à ses deuxième et troisième sessions[7]. A sa troisième session, le Groupe de travail a prié le secrétariat, conformément à une décision prise par la Commission à sa quatorzième session[8], de commencer la rédaction d'un guide juridique des clauses relatives aux contrats de fourniture et de construction d'ensembles industriels[9]. Ce guide juridique devrait recenser les questions juridiques qui se posent et proposer des solutions possibles pour aider les parties, notamment des pays en développement, dans leurs négociations[10].

4. A sa quatrième session, le Groupe de travail a examiné un projet d'esquisse de la structure du guide ainsi que des projets de chapitres types établis par le secrétariat[11] et il a prié le secrétariat de poursuivre sans délai l'établissement du guide juridique[12]. A sa cinquième session, le Groupe de travail a examiné certains autres projets de chapitres, ainsi qu'une note sur la présentation du guide[13]. On est dans l'ensemble convenu que les travaux sur le guide juridique devraient progresser aussi rapidement que possible et qu'à chaque fois que cela serait possible, le Groupe de travail devrait tenir deux sessions par an, afin de diligenter les travaux[14].

5. Le Groupe de travail a tenu sa sixième session à Vienne, du 10 au 20 septembre 1984. Tous les membres du Groupe de travail étaient représentés à cette session, à l'exception des pays suivants : Algérie, Cuba, Chypre, Guatemala, Hongrie, Inde, Nigéria, République centrafricaine, République-Unie de Tanzanie, Sénégal, Sierra Leone, Singapour et Trinité-et-Tobago.

6. Etaient également présents à la sixième session des observateurs des Etats suivants : Arabie saoudite, Argentine, Bulgarie, Canada, Chili, Equateur, Finlande, Indonésie, Pays-Bas, Qatar, République de Corée, République dominicaine, Saint-Siège, Suisse, Thaïlande et Venezuela.

7. Des observateurs des organisations internationales ci-après ont également participé à la session :

a) *Organismes de l'ONU*

Organisation des Nations Unies pour le développement industriel

b) *Organisations intergouvernementales*

Comité consultatif juridique afro-asiatique
Commission des communautés européennes

c) *Organisations internationales non gouvernementales*

Association internationale du barreau
Chambre de commerce internationale
Fédération internationale des ingénieurs-conseils
Organisation internationale pour le progrès

8. Le Groupe de travail a élu le bureau suivant :

Président : M. Leif SEVON (Finlande)*
Rapporteur : Mme Jelena VILUS (Yougoslavie)

9. Le Groupe de travail était saisi, pour examen, des projets de chapitres suivants du guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles : "Dommages-intérêts" (A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4), "Clauses de dommages-intérêts libératoires et clauses pénales" (A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.5), "Nature et qualité des installations" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1), "Achèvement, réception et prise en charge" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2), "Répartition du risque de perte ou de dommages" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3), "Assurances" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4), "Sous-traitance" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5) et "Garantie de bonne exécution" (A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6).

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

1. Election du bureau
2. Adoption de l'ordre du jour
3. Examen de quelques projets de chapitres du guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles
4. Questions diverses
5. Adoption du rapport

11. Le Groupe de travail a procédé à l'examen des projets de chapitres dans l'ordre indiqué ci-après.

Nature et qualité des installations[15]

12. On a observé, d'une manière générale, qu'il conviendrait de réexaminer le chapitre afin de le raccourcir et d'uniformiser davantage la terminologie.

[4] A/CN.9/176, par. 31.

[5] Voir note 3.

[6] A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8 et A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6.

[7] A/CN.9/198, par. 11 à 80 et A/CN.9/217, par. 13 à 129.

[8] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quatorzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17* (A/36/17), par. 84.

[9] A/CN.9/217, par. 130.

[10] Voir note 8.

[11] A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 4.

[12] A/CN.9/234, par. 51 et 52.

[13] A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.5; A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 4 et 6 à 9.

[14] Voir A/CN.9/247, par. 132.

*Le Président a été élu à titre personnel.

[15] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1.

13. Il serait difficile, a-t-on noté, d'inclure dans ce chapitre des dispositions choisies à titre d'exemples car, s'agissant de la nature et de la qualité de différents types d'installations, il faudrait alors fournir des descriptions de types différents pour répondre à cette diversité. En outre, d'une manière générale, les problèmes juridiques traités dans ce chapitre n'étaient pas de nature à avoir besoin d'une clarification au moyen d'exemples explicatifs. Il a été suggéré toutefois que les questions traitées dans la section E ("Portée du caractère confidentiel des spécifications, dessins et autres documents techniques") pourraient utilement être illustrées par des exemples. Il a également été suggéré que le texte pourrait être raccourci et clarifié si l'on y adjoignait des formulaires types représentant certains des documents évoqués. Une autre suggestion a été d'inclure dans le chapitre une liste récapitulative des types de documents qui pourraient être établis aux fins d'un contrat (par exemple, le document contractuel principal, l'appel d'offres, la soumission, les dessins, les spécifications, les devis quantitatifs), cette liste récapitulative pouvant être utile pour permettre aux parties de déterminer les documents qui devraient faire partie d'un contrat.

14. On s'est largement accordé à reconnaître que le guide devrait recommander que le document contractuel principal précise clairement quels documents relatifs à la nature et à la qualité de l'installation faisaient partie du contrat. Il a été suggéré que, vu le grand nombre de documents qui risquaient d'être établis par différentes personnes à différents moments aux fins du contrat, le guide devrait recommander que les conseillers juridiques des parties examinent tous les documents en vue de s'assurer de leur concordance et déterminer quels documents devaient être intégrés au contrat. Il a également été suggéré que le contrat devrait préciser de manière détaillée la nature et la qualité des installations requises car, faute de telles précisions, la loi régissant l'interprétation du contrat risquerait de ne lui accorder qu'une valeur limitée en ce qui concerne la nature et la qualité.

15. On a noté que dans les contrats complexes, des dispositions relatives à la nature et à la qualité de la construction pouvaient figurer dans plusieurs longs documents, matériellement distincts du principal document contractuel. Aussi conviendrait-il de s'efforcer de rattacher par référence ces documents distincts aux principaux documents contractuels.

16. On a estimé que l'expression "clefs en main" n'avait pas de signification bien établie dans la plupart des systèmes juridiques et que les obligations imposées à l'entrepreneur par le simple recours à cette expression n'étaient pas claires. Il fallait donc définir clairement les obligations incombant à l'entrepreneur en vertu d'un contrat de ce type. Le fait que l'entrepreneur soit tenu de s'acquitter d'obligations habituelles ou nécessaires, eu égard à la finalité du contrat, ne suffirait sans doute pas à définir les obligations de l'entrepreneur et les parties devraient s'efforcer d'établir une description plus précise des obligations complémentaires de l'entrepreneur clefs en main.

17. On a noté que le fait de définir la nature de la construction par rapport à un modèle pouvait être à l'origine de difficultés, car le modèle pouvait être modifié, endommagé ou détruit et il serait alors difficile de déterminer ce qui y figurait. En outre, il serait sans doute difficile de résoudre tous les problèmes par l'établissement d'un modèle.

18. On a noté que le mot qualité était utilisé dans le chapitre dans deux acceptions distinctes. Premièrement, il désignait la nature des matériaux ou services et, deuxièmement, l'aspect qualitatif des matériaux ou services. On a proposé qu'une distinction soit établie entre ces deux significations lorsque ce chapitre serait modifié.

19. De l'avis quasi général, l'utilisation d'expressions telles que "de premier ordre" pour indiquer le niveau de qualité pouvait être cause d'incertitude. On a estimé qu'une description des propriétés ou caractéristiques des matériaux ou services en question (par exemple, la résistance de l'acier à utiliser) serait sans doute plus précise. On a observé que les mots "neuf et au moins de qualité commerciale ordinaire" semblaient avoir acquis une signification relativement établie dans la pratique commerciale.

20. Selon une opinion, une description plus générale de la nature des matériaux et services figurant à la fois dans le principal document contractuel et dans les spécifications risquait d'entraîner certaines incohérences. Aussi serait-il préférable de ne faire figurer cette description que dans les spécifications. On a noté, cependant, que le principal document contractuel devait contenir une description sommaire de la construction à effectuer et qu'il était souhaitable que cette description fasse brièvement mention du niveau de qualité. On s'est accordé à penser que s'il était préférable que le chapitre décrive les divers types de spécifications, les expressions spécifications "opérationnelles" et spécifications "nominales" ne devraient pas être utilisées dans le chapitre.

21. On a observé que le lien possible entre la nature des spécifications à faire figurer dans les appels d'offres et les méthodes de fixation du prix était de nature complexe et serait mieux traité dans le chapitre du guide relatif aux appels d'offres.

22. On a observé que le terme "norme" pouvait s'entendre de deux façons. Il pouvait se référer aux exigences légales de sécurité concernant les équipements ou matériaux à fournir, ou se rapporter aux caractéristiques techniques approuvées des équipements ou matériaux à fournir fixées par les organismes techniques spécialisés ou les associations professionnelles. Les parties avaient normalement une certaine latitude en ce qui concerne l'adoption de ce dernier type de normes. On a cependant fait observer aussi que le pays de l'acheteur pouvait avoir ses propres normes impératives applicables aux installations à édifier dans ce pays.

23. Le point de vue a été exprimé à cet égard que l'expression "droit applicable" était ambiguë : on pouvait entendre par là la loi applicable au contrat, ou la

loi du pays de l'acheteur ou de l'entrepreneur rendant obligatoire le respect de certaines normes en ce qui concerne les équipements ou matériaux. L'emploi de l'expression dans le guide devrait être précisé.

24. On a noté qu'en cas d'accord sur l'application de certaines normes, celles-ci devraient être nettement définies (par exemple, par l'indication du pays ou de l'organe ayant publié la norme, et de la date de publication). On a également relevé que les conditions posées dans les appels d'offres quant au respect de certaines normes par l'entrepreneur pouvaient avoir pour effet de décourager des entrepreneurs peu au courant de ces normes de soumissionner.

25. En ce qui concerne d'éventuels défauts de concordance entre les dessins et les spécifications fournis les uns et les autres par l'acheteur, on a observé que lorsque des contradictions étaient signalées à l'acheteur, celui-ci devrait être obligé de les résoudre dans un bref délai. En outre, l'acheteur devrait être obligé de supporter tous les frais exposés par l'entrepreneur du fait d'une non-concordance.

26. A propos de l'approbation par l'acheteur des dessins détaillés établis par l'entrepreneur, on a laissé entendre que cette approbation n'était peut-être pas toujours nécessaire ni réalisable, eu égard aux fréquentes modifications requises pendant la période de construction. En outre, en ce qui concerne certaines techniques de construction rapide (dites parfois "filières courtes" de construction), le détail des installations et, partant, des dessins, était mis au point et décidé au fur et à mesure de l'avancement des travaux. Dans ces conditions, si l'approbation des dessins par l'acheteur était requise, celui-ci devrait être obligé de la donner dans un délai très bref. L'acheteur devrait assumer les conséquences d'un retard d'approbation (par exemple, supporter les frais en découlant, ou consentir à une prolongation du délai d'achèvement). On a également fait observer que si l'acheteur approuvait en fait expressément ou implicitement les dessins détaillés, il ne pourrait être autorisé par la suite à demander des modifications à ces dessins ni aux constructions exécutées sur la base de ces dessins approuvés.

27. On a noté que les dessins pouvaient être établis conjointement par les parties et que celles-ci devraient envisager les moyens d'y apporter éventuellement des corrections en cas d'erreurs, ainsi que la manière d'en répartir la responsabilité.

28. On a observé que, si les spécifications et les dessins fournis par l'acheteur étaient inexacts ou insuffisants, l'acheteur devrait non seulement être obligé de payer les dépenses encourues par l'entrepreneur du fait de ces erreurs, mais aussi supporter les frais occasionnés à l'entrepreneur par toute éventuelle interruption d'exécution en résultant.

29. On a estimé que, lorsque les parties concluaient un contrat dans lequel les obligations assumées par l'entrepreneur consistaient à aboutir à un résultat déterminé (par exemple, un contrat clefs en main), l'acheteur devrait être tenu responsable des erreurs (par exemple, omission d'une partie de la construction ou demande d'utilisation d'équipements, matériels ou services inadaptés) contenues dans les spécifications et dessins fournis par lui. Si l'acheteur souhaitait se soustraire à une telle responsabilité, il devait charger l'entrepreneur d'établir les spécifications et dessins. Ou bien, si l'acheteur souhaitait fournir les spécifications et dessins, l'entrepreneur pourrait être tenu de lui notifier les erreurs qu'il découvrirait ou qu'il serait à même de découvrir, l'entrepreneur supportant alors les conséquences d'un défaut de notification.

30. Il a été convenu que la section D ("Hiérarchie des documents") devrait être placée immédiatement après la section B ("Détermination de la nature et de la qualité de l'installation dans les documents contractuels"). Il a également été proposé de modifier le titre de la section D, afin de tenir compte des modifications proposées en ce qui concerne la portée de cette section.

31. On a fait observer que le guide devrait mettre plus clairement l'accent sur les risques d'incohérences entre les différents documents constituant un contrat complexe et appeler l'attention sur la nécessité de s'efforcer d'éliminer ces incohérences.

32. On a noté qu'il était difficile d'énoncer des règles catégoriques stipulant quel document contractuel prévaut en cas d'incohérence. Du point de vue du juriste, il semblerait préférable que les spécifications figurant dans le contrat principal prévalent sur des dessins, consistant en des diagrammes, mais un ingénieur préférerait peut-être la solution contraire. On est dans l'ensemble convenu que plusieurs facteurs pouvaient être pris en compte pour déterminer quel document devait prévaloir (par exemple, quel document représentait l'accord le plus récent conclu entre les parties, quelle était la nature du conflit entre les documents, ou quel document portait principalement sur la question en jeu). Il serait peut-être préférable de recommander que les documents soient dès le départ conçus de manière à se compléter mutuellement et, si un conflit ne pouvait être résolu, que la question soit soumise à une forme rapide de règlement des différends.

33. On est dans l'ensemble convenu que les problèmes liés au caractère confidentiel des spécifications, dessins et autres documents techniques devaient être traités plus en détail. Il a été proposé à cet égard d'examiner trois notions distinctes, à savoir la propriété, le copyright et le caractère confidentiel.

34. On a estimé que la notion de confidentialité risquait de poser plusieurs problèmes. Les parties devraient être invitées à préciser clairement quels documents elles souhaitent voir rester confidentiels, la portée de cette confidentialité et sa durée. On a noté que des lois impératives pouvaient réglementer la mesure dans laquelle des documents pouvaient être considérés comme confidentiels et également contraindre les parties à divulguer le contenu de documents aux pouvoirs publics du pays de l'acheteur ou de l'entrepreneur. La clause de confidentialité pouvait également

poser des problèmes en cas de résiliation du contrat, ou si l'acheteur souhaitait ultérieurement employer un autre entrepreneur pour modifier ou améliorer l'installation, ou si des documents confidentiels devaient être divulgués dans le cadre d'une procédure judiciaire intéressant les parties. Il faudrait également conseiller aux parties de prévoir des moyens de recours pour la partie lésée en cas de violation du caractère confidentiel.

35. Il a été convenu qu'après modification du texte du chapitre, le résumé serait réexaminé afin d'en vérifier la conformité avec le texte lui-même.

Achèvement, réception et prise en charge[16]

36. On a exprimé l'avis que les concepts d'achèvement et de réception devraient être modifiés. On pourrait considérer qu'il y a achèvement si l'entrepreneur s'est acquitté de son obligation de construire les installations et si les essais d'achèvement des travaux mécaniques ont donné satisfaction. Le concept de réception pourrait englober l'approbation par l'acheteur de la construction des installations, même si cette approbation n'est, dans certains cas, que supposée avoir été donnée.

37. Il a été suggéré de rendre plus cohérente la terminologie employée dans ce chapitre et de faire apparaître de manière plus claire la séquence essais — achèvement — prise en charge — réception. Selon une suggestion, l'exposé sur les essais d'achèvement des travaux mécaniques qui figure actuellement dans le chapitre sur l'inspection et les essais pourrait être déplacé et inclus dans le chapitre sur l'achèvement, la réception et la prise en charge.

38. Il a été noté que, dans la pratique, la prise en charge des installations fait en général suite à l'achèvement, et que la réception s'effectue habituellement après une période de fonctionnement à l'essai. Il a été suggéré de modifier la rédaction du projet de chapitre, et en particulier du paragraphe 1, pour tenir compte de cet usage.

39. On s'est demandé s'il était judicieux de faire une distinction entre la prise en charge et la réception. Selon l'opinion dominante, cette distinction était souhaitable car il se pouvait que la prise en charge et la réception ne soient pas concomitantes et aient des conséquences différentes.

40. Selon une suggestion, il conviendrait de modifier le libellé du paragraphe 4 pour faire clairement apparaître que le délai d'achèvement de la construction peut commencer à courir lorsque se sont produits tous les faits mentionnés dans ledit paragraphe. Selon une suggestion complémentaire, l'alinéa *d* devrait être modifié de manière à indiquer que le délai d'achèvement de la construction peut commencer à courir à partir de la date à laquelle l'acheteur a remis à l'entrepreneur une conception, des plans ou des documents descriptifs de qualité adéquate.

41. L'opinion a été émise qu'il convenait de souligner dans le guide l'importance du délai d'achèvement et du calendrier d'exécution et de conseiller aux parties de régler ces questions dans le contrat même et non renvoyer l'accord sur ces points après la conclusion du contrat. On a suggéré que l'acheteur puisse être autorisé à enjoindre à l'entrepreneur d'accélérer la construction s'il apparaissait qu'un délai risquait de ne pas être respecté. On a par ailleurs suggéré que soit confié à l'acheteur le soin de fixer des dates repères pour l'avancement des travaux de construction, l'entrepreneur étant chargé d'arrêter un calendrier d'exécution afin de respecter ces dates repères. L'entrepreneur ne serait responsable que pour les retards par rapport à ces dates repères et pour les dépenses supplémentaires encourues par l'acheteur du fait de ces retards. On a en outre proposé que le délai d'achèvement puisse être soumis à une condition qui, si elle se réalisait, rendrait applicables les règles régissant l'octroi d'une prolongation du délai d'achèvement en cas d'empêchement exonératoire. On a estimé que le mode de calcul de la prolongation du délai d'achèvement examiné au paragraphe 14 devrait être traité en détail.

42. Selon certains, il faudrait supprimer le point 3 de la section B, consacré à la prolongation du délai d'achèvement, puisque les situations justifiant une telle prolongation étaient traitées dans d'autres chapitres. Cependant, la majorité a estimé qu'il était souhaitable de maintenir les paragraphes concernés dans ce chapitre puisque celui-ci pouvait être lu indépendamment des autres. Il a été suggéré de transférer dans un autre chapitre l'examen du calendrier (sect. B, point 2).

43. On a proposé de ne pas limiter les motifs de prolongation du délai d'achèvement envisagés au paragraphe 12 *b* aux réglementations administratives promulguées après la conclusion du contrat. On a émis l'opinion que dans tous les cas décrits au paragraphe 12, l'entrepreneur devrait automatiquement bénéficier d'une prolongation s'il le souhaitait. On a par ailleurs suggéré de supprimer le paragraphe 13 ou de l'aligner sur les dispositions à ce sujet figurant dans le chapitre intitulé "Clauses de dommages-intérêts libératoires et clauses pénales".

44. L'idée a été émise que les parties devraient s'entendre sur un mécanisme particulier tendant à faciliter le règlement rapide des différends relatifs au délai d'achèvement et au calendrier, ainsi que des litiges concernant les essais de bon fonctionnement.

45. D'après une opinion émise, le guide devrait traiter des effets de la prolongation du délai d'achèvement sur les assurances, les intérêts des sûretés et les frais. Selon une autre opinion, ces points ne devraient pas être abordés dans ce chapitre qui pourrait, toutefois, renvoyer aux chapitres traitant de ces questions.

46. Certains ont été d'avis que la dernière phrase du paragraphe 18 devrait traiter non seulement du retard mais aussi des dépenses susceptibles d'être encourues de ce fait.

[16] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2.

47. On a suggéré que le guide préconise la signature, au moment de l'achèvement des installations, d'un protocole exposant l'état de ces installations.

48. Des points de vue opposés ont été émis quant aux effets d'un retard imputable à l'acheteur dans la conduite des essais d'achèvement des travaux mécaniques. Certains ont estimé que dans ce cas, l'achèvement devrait être présumé et la période de garantie devrait commencer à courir. Selon d'autres, un tel retard ne devrait avoir d'autre effet que d'obliger l'acheteur à indemniser l'entrepreneur des préjudices subis par celui-ci en raison du retard.

49. Il a été estimé que l'on devrait envisager d'harmoniser le passage du paragraphe 17 indiquant que les essais d'achèvement des travaux mécaniques pourraient être considérés comme satisfaisants même si l'on constate l'absence de certains articles et le passage du paragraphe 20 stipulant que les essais de bon fonctionnement pourraient être réputés concluants si l'on établit que les installations ne présentent pas de défauts majeurs. On a suggéré qu'il serait peu souhaitable d'indiquer que l'acheteur peut autoriser la conduite d'essais de bon fonctionnement avant les essais d'achèvement des travaux mécaniques.

50. On a souligné l'importance des formalités liées à la conduite des essais d'achèvement des travaux mécaniques ou de bon fonctionnement et la nécessité de respecter les formalités en question dans certains cas. Il a été suggéré de faire la différence entre la participation à ces essais d'un organe d'inspection choisi par les parties et l'inspection faite par un organe de réglementation selon des règles juridiques contraignantes, qui, dans certains pays, précède obligatoirement la mise en service des installations.

51. Il a été noté que la fourniture d'une documentation (par exemple, manuels d'utilisation et d'entretien) par l'entrepreneur devrait être requise au stade des essais d'achèvement des travaux mécaniques ou de bon fonctionnement. On a considéré que l'expression "à prouver de la manière de son choix" figurant au paragraphe 19 était trop vague et qu'il faudrait envisager dans le guide d'autres méthodes de vérification.

52. Il a été suggéré que le chapitre devrait traiter de la réception provisoire. On a exprimé l'avis que le chapitre devrait décourager l'utilisation de la réception provisoire à moins que le contrat ne précise quand elle intervient et quels en sont les effets. Il a été noté que, dans la pratique, l'expression "réception provisoire" est quelquefois utilisée à la place du terme "prise en charge".

53. Différents avis ont été exprimés au sujet des effets produits par la non-exécution des essais de bon fonctionnement. Selon un de ces avis, elle devrait entraîner la réception implicite. D'après un autre avis, ses effets devraient être plus limités. Il a été suggéré que le contrat fixe un délai pour la conduite des essais de bon fonctionnement et précise les effets d'une non-exécution de ces essais dans le délai prévu.

54. Selon certaines suggestions, le guide devrait définir le contenu d'un protocole de réception et la présentation d'un protocole à titre d'exemple pourrait être utile. On a observé qu'il pourrait y avoir avantage à distinguer la réception faite unilatéralement par l'acheteur de l'application par les deux parties d'un protocole d'acceptation qui pourrait contenir l'accord conclu entre ces parties au sujet de la fourniture des articles manquants et des défauts à éliminer.

55. Il a été souligné que la réception implicite pourrait intervenir dans certaines circonstances en plus des cas où l'on n'a pas pu conduire d'essais de bon fonctionnement pour des raisons dont l'acheteur est responsable. Outre les effets de la réception mentionnés aux paragraphes 29 à 31, le guide pourrait traiter des effets de la réception sur des aspects tels que la sécurité de fonctionnement, l'assurance et le versement de la somme à payer. Il a été suggéré de mentionner au paragraphe 31 que la période de garantie couvrant une partie des installations devrait commencer à courir au moment où cette partie a été réceptionnée par l'acheteur.

56. Il a été convenu de ne traiter dans ce chapitre que de la prise en charge pendant la construction et des installations achevées et non de la prise en charge du matériel et des matériaux avant leur incorporation dans les installations. On a fait observer que le terme "possession" employé dans la définition de la prise en charge pouvait donner lieu à des interprétations différentes dans différents systèmes juridiques. Il a été proposé d'employer les termes "possession matérielle" ou "contrôle". S'agissant de la livraison du matériel et des matériaux, il a été recommandé d'utiliser la terminologie de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980).

57. Il a été proposé de modifier le libellé du paragraphe 36 de manière à éviter que l'on puisse l'interpréter comme stipulant l'obligation pour l'entrepreneur de fournir au personnel de l'acheteur toutes les instructions nécessaires pour le fonctionnement des installations. On a fait observer que le partage des coûts pendant la période de rodage ne devait pas nécessairement toujours se faire selon la formule indiquée dans ce paragraphe. Selon un avis, la responsabilité de l'entrepreneur au cours de la période de rodage pouvait varier selon qu'il devait ou non former le personnel de l'acheteur.

58. On a exprimé l'opinion que la question de résiliation du contrat par l'acheteur en raison du défaut d'exécution de l'entrepreneur devait être mentionnée dans le titre de la section D 1 *c*. Il a été suggéré d'éviter de faire référence à la notion de résiliation partielle du contrat dans le paragraphe 37. Il a également été suggéré de traiter des conséquences de la résiliation sur les garanties soit dans le chapitre relatif à la résiliation, soit dans celui consacré à l'examen des garanties.

59. Il a été suggéré de modifier le libellé du paragraphe 38 de manière à laisser entrevoir la possibilité d'une prise en charge au cas où l'entrepreneur choisirait le recours prévu dans ce paragraphe. Il a également été

suggéré d'y faire référence aux chapitres relatifs au défaut d'exécution et au transfert du risque.

60. On a émis l'opinion qu'un protocole de prise en charge pourrait ne pas être nécessaire au cas où la prise en charge interviendrait immédiatement après la réception. Il a également été dit que la question du protocole de prise en charge devrait faire l'objet d'un examen plus approfondi.

61. On a fait remarquer que comme les paragraphes 40 et 41 ne traitaient pas de la prise en charge pendant la construction, ni des installations terminées, les points soulevés dans ces paragraphes devraient être examinés dans d'autres chapitres.

62. Diverses suggestions ont été faites en vue d'améliorer le texte du chapitre XIV. Il a été convenu que le Groupe de travail en examinerait une nouvelle version très prochainement afin de revoir la terminologie utilisée.

Répartition du risque de perte ou de dommages[17]

63. On a convenu que ce chapitre ("Répartition du risque de perte ou de dommages") devrait plutôt être intitulé "Transfert du risque". On a fait observer que le texte du chapitre pourrait être amélioré sur le plan rédactionnel et des suggestions précises ont été portées à l'attention du secrétariat à cette fin. Selon une opinion, ce chapitre ne devrait traiter que de la perte ou de l'endommagement des équipements, des matériaux, de l'usine pendant la construction et de l'installation achevée causés par des faits accidentels ou par les actes de tiers, dont aucune des parties au contrat n'était responsable. On a noté, cependant, qu'il serait sans doute utile de faire référence dans ce chapitre aux autres chapitres du guide traitant de la perte ou de l'endommagement des équipements et matériaux, de l'usine pendant la construction ou de l'installation achevée causés par une partie ou des tiers, dont l'une des parties était responsable. On a exprimé l'opinion que ce chapitre devrait indiquer que toute personne à qui incomberait le risque de perte ou de dommages devrait pouvoir exercer un contrôle sur les faits susceptibles d'engendrer cette perte ou ces dommages.

64. On a suggéré que dans la section A ("Remarques générales"), la première phrase du paragraphe 3 soit supprimée et que ce paragraphe précise plutôt que souvent les règles relatives au transfert du risque étaient, dans de nombreux systèmes juridiques, élaborées en fonction des contrats de vente et ne prévoyaient pas nécessairement certains des problèmes particuliers susceptibles de se poser dans le cadre des contrats de construction. On a également suggéré que la section A indique, conformément aux recommandations faites dans ce chapitre, que le moment auquel intervient le transfert du risque en ce qui concerne les équipements, les matériaux, l'usine pendant la construction ou l'installation achevée peut ne pas coïncider dans certains cas avec le moment où s'effectue le transfert de la propriété.

[17] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3.

65. Selon une opinion, dans ce chapitre, les explications relatives au rapport entre le transfert du risque et la responsabilité pour exécution défectueuse n'étaient pas claires et devraient être supprimées. Les questions liées à la responsabilité pour exécution défectueuse devraient être traitées dans le chapitre intitulé "Défaut d'exécution".

66. On a suggéré que le paragraphe 8 soit remanié de sorte qu'apparaisse clairement qu'il traite de la question du transfert de risque et ne porte pas sur l'effet des empêchements exonératoires. La distinction opérée entre ces deux questions au paragraphe 2 devrait être énoncée de manière plus claire. On a aussi estimé que tous les faits énumérés au paragraphe 8 n'étaient pas, dans la pratique, exclus par les parties du risque de perte ou d'endommagement supporté par l'entrepreneur et ce paragraphe devrait donc être modifié.

67. On a suggéré que cette section comporte un paragraphe traitant du rapport entre le transfert du risque et diverses questions connexes traitées dans d'autres chapitres tels que l'assurance et le transfert de la propriété. On a également suggéré la possibilité d'un changement de l'ordre dans lequel se succédaient certains paragraphes de cette section, afin d'en faciliter la compréhension.

68. Selon une opinion, le chapitre devrait indiquer le rapport existant entre le fait de supporter les risques vis-à-vis des équipements et des matériaux fournis par l'entrepreneur pour être incorporés dans l'installation (sect. B) et le fait d'assumer le risque pour l'usine pendant la construction et pour l'installation achevée (sect. D). On a noté que le rapport entre la présence du personnel de l'entrepreneur sur le chantier au moment de la fourniture des équipements et des matériaux sur le transfert du risque en ce qui concerne ces équipements et matériaux devrait être réexaminé. On a observé qu'il était parfois difficile de stipuler que le transfert du risque interviendrait à un moment où il serait possible de vérifier l'état des équipements et des matériaux et on a aussi observé que la disposition prévoyant que le transfert du risque interviendrait au moment où les formalités douanières étaient effectuées à la frontière du pays d'où les équipements et matériaux étaient exportés, était peu courante dans la pratique.

69. On a suggéré d'insister sur le fait qu'il convenait que les règles relatives au transfert du risque pour les contrats de travaux soient différentes des règles applicables aux contrats de vente, car dans un contrat de construction, l'entrepreneur devait, pour pouvoir s'acquitter de ses obligations, non seulement livrer les équipements et les matériaux, mais aussi utiliser ces équipements et ces matériaux pour la construction. L'entrepreneur devrait par conséquent supporter d'une manière générale le risque de perte ou d'endommagement des équipements et des matériaux.

70. On a observé qu'il serait peut-être utile de préciser la notion d'"incorporation" des équipements et matériaux dans l'installation, et en particulier de préciser à quel moment cette incorporation intervenait. On a aussi

observé que l'approche présentée aux alinéas *a* à *c* du paragraphe 15 prévoyant le transfert du risque à des moments déterminés et l'approche énoncée au paragraphe 16 prévoyant que le transfert du risque serait déterminé en fonction des règles INCOTERMS, n'étaient fondamentalement pas différentes mais étaient simplement deux variantes de la même approche.

71. Des vues divergentes ont été exprimées au sujet de l'identité de la personne qui devrait supporter le risque de perte ou d'endommagement de l'usine lorsque plusieurs entrepreneurs ont été engagés pour la construction. Selon une opinion, il était possible de stipuler qu'à chaque entrepreneur devrait incomber le risque correspondant à la portion des installations construites par lui. Selon une autre opinion, cette approche n'était pas possible lorsqu'une portion de l'usine était construite grâce aux équipements et matériaux fournis par un entrepreneur et que des services étaient fournis par un autre entrepreneur et l'acheteur devrait donc supporter le risque. On a suggéré que dans la plupart des cas, le moment de la prise en charge des installations, et non pas le moment de la réception, soit le moment auquel devrait intervenir le transfert du risque.

72. La question a été posée de savoir si les sujets examinés à la section E ("Conséquences de la prise en charge du risque") devaient être traités dans un autre chapitre. Le point de vue qui a prévalu toutefois était que ces questions devraient être traitées dans ce chapitre.

73. On a examiné l'obligation qu'a la partie qui supporte le risque relatif aux biens, de réparer la perte ou l'endommagement couverts par le risque. La suggestion selon laquelle, si l'acheteur lui en fait la demande, l'entrepreneur devrait être tenu de réparer, aux frais de l'acheteur, la perte ou l'endommagement de biens dont le risque était supporté par l'acheteur, a rencontré l'assentiment quasi général. Des réserves ont été émises, cependant, sur le fait de savoir si l'acheteur devait, dans de tels cas, réparer cette perte ou ce dommage s'il ne demandait pas à l'entrepreneur de le faire. A ce propos, selon un point de vue, la signification du mot "réparer" devrait être précisée. On a aussi estimé qu'il convenait d'insister sur l'obligation qu'avait l'acheteur de rembourser les biens perdus ou endommagés lorsque le risque de perte ou d'endommagement lui incombait. On a noté que la section E proposait certes que l'obligation de l'entrepreneur de réparer la perte ou l'endommagement des biens, dont le risque était supporté par l'acheteur, cesse à l'expiration de la période de garantie, il était néanmoins possible de stipuler que cette obligation prendrait fin au moment de la prise en charge ou de la réception de l'installation par l'acheteur.

74. On a proposé qu'il ne soit établi aucune distinction entre la partie supportant le risque et l'autre partie quant au délai dans lequel la perte ou l'endommagement devait être réparé. Quelle que soit la partie qui, en vertu du contrat, devait réparer la perte ou le dommage, elle devait le faire avec toute la diligence voulue. On a en outre proposé qu'il soit fait état du droit d'utiliser du matériel endommagé mais en état de fonctionner, tant qu'il n'aura pas été réparé ou remplacé.

75. On a suggéré que les deux dernières phrases du paragraphe 25 soient supprimées, car la question qui y était traitée n'avait pas de rapport direct avec le transfert du risque.

Dommages-intérêts[18]

76. On a suggéré que dans ce chapitre figure un examen du rapport entre les dommages-intérêts et les autres sanctions, tels les dommages-intérêts libératoires, les pénalités et autres formes de dédommagement susceptibles d'être versés par l'une des parties. Cet examen devrait porter sur la possibilité d'appliquer ces sanctions tant pour inexécution du contrat que dans les cas où il n'y aurait pas rupture du contrat.

77. On a suggéré que le chapitre fasse état des types de pertes dont les parties devraient tenir compte lors de l'élaboration des clauses contractuelles relatives aux dommages-intérêts. Divers avis ont été exprimés en ce qui concerne les types de pertes susceptibles d'être réparées par des dommages-intérêts. Selon une opinion, seules les pertes stipulées au contrat devraient être dédommagées. On a suggéré que le mot "toutes" qui figure dans la première phrase du paragraphe 15 soit supprimé. Selon une autre opinion, le contrat devrait énumérer toutes les pertes susceptibles d'être réparées par des dommages-intérêts, à l'exception de celles qui sont expressément exclues par le contrat. On a suggéré que le guide indique que la partie lésée risquait de n'être pas raisonnablement dédommagée si les dispositions contractuelles limitant le droit à des dommages-intérêts étaient en nombre trop élevé. On a noté que le montant des dommages-intérêts que l'entrepreneur pourrait être tenu de verser en application du contrat risquait d'avoir un impact sur le prix du contrat. On a suggéré que le guide conseille aux parties de tenir compte, lors de la rédaction des dispositions contractuelles relatives aux dommages-intérêts, des règles du droit national relatives aux dommages-intérêts. On a proposé une approche dans laquelle les parties pourraient s'appuyer sur ces règles du droit national, sauf si ces règles n'étaient pas adaptées au contrat. Dans ce cas, le contrat pourrait énoncer des règles différentes, sauf si les règles du droit national avaient force de loi.

78. Le principe selon lequel la partie qui n'exécuterait pas une obligation issue du contrat devrait verser des dommages-intérêts, sauf si cette inexécution était due à un empêchement exonératoire, a suscité une large adhésion. On a proposé que les parties aient la possibilité de s'accorder sur les cas dans lesquels aucun dommage-intérêt ne serait dû. Selon une opinion, cependant, une telle disposition contractuelle ne pourrait être rédigée qu'en termes trop généraux. On a convenu que la disposition type de la note 2 devrait être supprimée.

79. Diverses approches ont été examinées en ce qui concerne les cas dans lesquels la partie lésée aurait à dédommager un tiers en raison d'une rupture du contrat par l'autre partie. On a convenu que le paragraphe 7 devrait être supprimé.

[18] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4.

80. On a noté que la réduction par la partie lésée de ses pertes pouvait être régie par des règles impératives du droit national. On a suggéré que cette réduction soit considérée comme une obligation de la partie lésée et non comme une limitation des dommages-intérêts. Cependant, on a par ailleurs estimé que la détermination des types de pertes susceptibles d'être réparées par des dommages-intérêts, examinées aux paragraphes 5 à 8, pourrait avoir pour effet de limiter les dommages-intérêts et que le chapitre devrait être restructuré en conséquence. On a en outre suggéré que le paragraphe 11 et la note 3 soient remaniés afin d'éviter l'interprétation selon laquelle si une partie prenait des dispositions pour réduire ses pertes, toutes ses pertes seraient indemnisables par des dommages-intérêts.

81. On s'est posé la question de savoir si le concept d'imprévisibilité des pertes se rapportait à la nature ou au montant de ces pertes. Diverses approches ont été examinées en ce qui concerne le moment retenu pour déterminer la prévisibilité. On a suggéré que le guide appelle l'attention des parties sur ces approches. Selon une suggestion, les parties pourraient convenir de s'informer mutuellement des changements de circonstances susceptibles d'influer sur le montant des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat. On a noté que si le moment où intervenait la rupture du contrat était utilisé pour déterminer la prévisiblité, ce moment pourrait être difficile à déterminer pour les ruptures du contrat autres que le retard.

82. Diverses vues ont été échangées en ce qui concerne les dommages indirects. On a souligné que le concept de dommages indirects variait selon les systèmes juridiques. On a suggéré la suppression des deux dernières phrases du paragraphe 14. On a en outre suggéré que dans le guide figure une disposition type traitant des dommages indirects.

83. On a noté que dans la plupart des contrats de construction, le montant des dommages-intérêts auxquels pouvait prétendre l'une des parties en cas de rupture par l'autre partie était limité et que le paragraphe 5 ou la section intitulée "Remarques générales" devrait faire état de cette pratique. On a noté qu'en vertu de règles juridiques nationales et internationales, la responsabilité d'un transporteur de marchandises était limitée quant au montant. On a suggéré que les parties s'inspirent de ces règles lors de la rédaction des dispositions du contrat sur la limitation des dommages-intérêts. On a également noté que dans la pratique les dommages-intérêts étaient parfois limités au montant remboursé par l'assureur ou à ce montant plus un pourcentage du prix et on a convenu que le guide devrait appeler l'attention des parties sur ces approches.

84. On a suggéré que la dernière section du chapitre, relative aux dommages aux personnes et aux biens de tiers traite de la responsabilité contractuelle pour ces dommages. Cependant, on a noté que dans certains systèmes juridiques, des règles impératives pouvaient limiter la répartition interne des risques entre les parties pour ces types de dommages. On a noté que le contrat ne pouvait pas limiter la responsabilité qu'a l'entrepreneur ou l'acheteur de dédommager les tiers pour ce type de dommages et que dans certains systèmes juridiques, les tiers pouvaient se voir appliquer des dispositions contractuelles étendant leurs droits à bénéficer d'un tel dédommagement. On a suggéré que le guide examine les responsabilités conjointes et solidaires de l'entrepreneur et de l'acheteur pour les dommages aux personnes et aux biens des tiers. On a suggéré qu'au paragraphe 18, l'obligation faite à l'acheteur d'informer l'entrepreneur d'une réclamation émanant d'un tiers devrait être limitée aux cas pour lesquels l'acheteur avait l'intention de faire participer l'entrepreneur aux négociations ou procédures judiciaires relatives à ladite réclamation.

Clauses de dommages-intérêts libératoires et clauses pénales[19]

85. Il a été proposé qu'au début du chapitre, l'attention soit appelée sur le fait que, dans la plupart des systèmes juridiques, il existait des règles impératives régissant les clauses de dommages-intérêts libératoires et les clauses pénales et que le choix de la législation régissant le contrat revêtait donc une grande importance pour ces clauses.

86. On a estimé qu'il faudrait examiner le lien entre le chapitre du guide intitulé "Dommages-intérêts" et ce chapitre. Il a été noté que ces deux chapitres avaient trait au dédommagement payable en cas de défaut d'exécution et que la question de la limitation de la responsabilité était liée aux deux chapitres. A cet égard, on a proposé que le guide comporte une section dans laquelle seraient examinés les liens entre les dommages-intérêts et les dommages-intérêts libératoires et pénalités, ainsi que l'accent que chaque partie pourrait souhaiter placer sur ces moyens de recours.

87. On a noté que le versement d'une prime était un moyen efficace de stimuler l'exécution et que le chapitre devrait faire référence au chapitre traitant des clauses prévoyant le paiement d'une prime.

88. Il a été noté que, dans certains systèmes juridiques, le mot "pénalité" désignait une somme convenue payable en cas de défaut d'exécution par une partie, cela de manière à contraindre ladite partie à s'acquitter de ses obligations, alors que dans d'autres systèmes juridiques, ce terme avait un sens plus large et englobait les sommes convenues dont l'objectif était purement compensatoire. Il faudrait donc bien préciser le sens de ce terme à chaque fois qu'il était utilisé dans le guide.

89. Il a été noté que l'on recourait parfois dans la pratique à des clauses de dommages-intérêts libératoires provisoires et que le guide devrait faire référence à cet usage. En vertu d'une telle clause, une somme convenue était payable par une partie en cas de défaut d'exécution. La clause stipulait en outre cependant que, même s'il y avait effectivement défaut d'exécution et que la somme était payée, celle-ci devait être remboursée à la partie l'ayant payée si ladite partie pouvait par la suite

[19] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.5.

prévenir tout préjudice imputable à ce défaut d'exécution.

90. On a estimé qu'il fallait préciser l'objet des clauses de dommages-intérêts libératoires et des clauses pénales décrites au paragraphe 2 *b* du chapitre.

91. On a souligné que le guide devait être axé sur son principal objectif, qui était d'aider les parties à rédiger un contrat. Aussi, lorsque l'on appelait l'attention des parties sur les règles différentes des systèmes juridiques en matière de dommages-intérêts libératoires et de clauses pénales dont elles devraient tenir compte lors de la rédaction de telles clauses, il était superflu de décrire les motifs à la base de ces règles. Il n'était également pas souhaitable de faire référence à des règles normales d'interprétation, les règles d'interprétation pouvant varier selon les systèmes juridiques. A ce propos, on a estimé que le guide ne devrait pas stipuler que, lorsqu'une somme convenue est prévue en cas de défaut autre qu'un retard, l'acheteur peut à la fois exiger la somme convenue et l'exécution, car certains systèmes juridiques ne le permettaient pas.

92. On a dans une large mesure approuvé la déclaration figurant dans le chapitre, précisant que, dans de nombreux systèmes juridiques, pour que des dommages-intérêts libératoires ou une pénalité soient payables par une partie, il fallait non seulement qu'il y ait eu le défaut d'exécution spécifié, mais également que cette partie soit responsable de ce défaut. On est dans l'ensemble convenu qu'une clause de dommages-intérêts libératoires ou une clause pénale qui stipulerait que l'entrepreneur doit payer des dommages-intérêts libératoires ou une pénalité, même si le défaut d'exécution est dû à l'acheteur, serait manifestement injuste et inacceptable. Des avis divergents ont cependant été émis sur la question suivante : le guide devrait-il indiquer que les parties souhaiteront peut-être stipuler que des dommages-intérêts libératoires ou une pénalité seront payables par l'entrepreneur, même si le défaut d'exécution est dû à un empêchement exonératoire. Selon un avis, de telles dispositions ne se rencontraient pas dans la pratique et étaient injustes pour l'entrepreneur. Selon un autre avis, on rencontrait dans la pratique de telles dispositions et celles-ci n'étaient peut-être pas inéquitables pour certains types d'empêchement exonératoires. En outre, puisque la question était de savoir laquelle des deux parties innocentes devait supporter le risque de perte due à un empêchement exonératoire, les parties devraient être libres de convenir d'imputer le risque à l'une ou l'autre. Il a été convenu que le guide devrait indiquer que, dans des cas exceptionnels, des dispositions pouvaient stipuler qu'une partie est tenue de payer des dommages-intérêts libératoires ou une pénalité, bien qu'elle ne soit pas autrement responsable des conséquences d'un défaut d'exécution.

93. On a estimé qu'il serait peut-être mieux d'intituler la section C ("Renforcement de l'efficacité des clauses de dommages-intérêts libératoires et des clauses pénales") "Comment renforcer l'efficacité des clauses de dommages-intérêts libératoires et des clauses pénales". On a également estimé qu'il faudrait s'efforcer de rendre le paragraphe 9 plus concis et plus clair.

94. Pour ce qui est de la section D ("Fixation d'un maximum pour la somme convenue"), il a été convenu que, dans le cadre des clauses de dommages-intérêts libératoires et des clauses pénales, le mot "maximum" pouvait avoir des sens différents et qu'il faudrait s'efforcer d'utiliser des termes clairs. Pour ce qui est du paragraphe 14, on a noté que celui-ci se référait à deux méthodes de limitation de la somme à recouvrer et que ces deux méthodes devaient être distinguées. La première méthode consistait à stipuler dans le contrat que, lorsque les dommages-intérêts libératoires ou les pénalités étaient progressifs (par exemple, un montant déterminé dû par unité de retard) et qu'une limite était fixée au-delà de laquelle il ne pouvait plus y avoir d'augmentation, aucune somme ne pouvait être recouvrée après que cette limite avait été atteinte. Selon l'autre méthode, si aucun dommage-intérêt libératoire ou pénalité ne pouvait être recouvré après que la limite avait été atteinte, il pouvait encore être possible à l'acheteur, s'il prouvait d'une manière certaine qu'il avait subi un préjudice supplémentaire, d'obtenir des dommages-intérêts pour ce préjudice.

95. On a noté qu'il était suggéré dans la section E ("Obtention de la somme convenue") qu'il soit possible de formuler des dispositions contractuelles stipulant que l'acheteur pourrait recouvrer auprès de l'entrepreneur des dommages-intérêts libératoires ou une pénalité au moyen d'une déduction des sommes dues par lui à l'entrepreneur. On a noté que, dans certains systèmes juridiques et dans certains pays, la question d'une telle déduction était régie par des règles impératives et autres normes. On a également observé que certains systèmes juridiques contenaient des règles faisant obstacle à de telles dispositions. Par exemple, un tribunal pouvait être habilité à réduire une somme convenue en tant que pénalité, de sorte que la déduction d'une somme convenue pourrait ultérieurement être annulée si le tribunal réduisait ladite somme. On a noté par ailleurs que de telles dispositions étaient possibles dans d'autres systèmes juridiques. Il a été convenu d'appeler l'attention des parties sur la nécessité de n'élaborer des dispositions relatives à la déduction qu'après examen des règles juridiques pertinentes et autres normes.

96. Même lorsque des dispositions relatives à la déduction sont possibles en vertu de la législation applicable, il a été proposé que le guide ne présente de telles dispositions que comme une possibilité. On a fait observer qu'il faudrait envisager de placer dans un autre chapitre (par exemple, dans le chapitre intitulé "Garantie de bonne exécution") la méthode mentionnée à la section E consistant à rendre plus certain le versement de la somme convenue par la souscription d'une garantie.

97. On a estimé qu'il faudrait formuler plus clairement la possibilité mentionnée au paragraphe 16, c'est-à-dire le fait que la date à partir de laquelle le retard est comptabilisé peut devenir caduque en raison de certaines circonstances, ainsi que les conséquences de ce fait (par exemple, l'impossibilité d'appliquer une clause de dommages-intérêts libératoires ou clause pénale du fait du retard). On a également noté que, comme il était

déclaré au paragraphe 16, l'entrepreneur serait alors, dans certains systèmes juridiques, contraint d'assurer l'exécution dans un délai raisonnable, mais que cela pouvait ne pas être le cas dans d'autres systèmes juridiques.

98. On a estimé que la section G ("Résiliation du contrat, clauses de dommages-intérêts libératoires et clauses pénales") devrait se limiter à donner des conseils sur la rédaction d'une disposition régissant les conséquences de la résiliation sur une clause de dommages-intérêts libératoires ou une clause pénale et que des questions telles que le droit de recouvrer des dommages-intérêts après la résiliation devraient être traitées au chapitre du guide intitulé "Résiliation". On a également proposé de revoir la forme et la structure de cette section, dans un souci de simplification.

99. On est convenu que ce chapitre devrait non seulement appeler l'attention des parties sur les "règles uniformes relatives aux clauses contractuelles stipulant qu'une somme convenue est due en cas de défaut d'exécution", adoptées par la Commission à sa seizième session[20], mais également indiquer qu'il pouvait être fait appel à ces règles pour résoudre les questions souvent complexes qui se posaient lors de la rédaction de clauses de dommages-intérêts libératoires et de clauses pénales.

Assurances[21]

100. Il a été estimé que ce chapitre devrait établir un meilleur équilibre entre la souscription d'une assurance par l'entrepreneur et la souscription d'une assurance par l'acheteur. En outre, d'après une certaine opinion, en raison de la grande variété de contrats auxquels le guide juridique doit s'appliquer, ce chapitre devrait éviter d'indiquer la manière dont des problèmes particuliers d'assurances devraient être résolus dans le contrat; en revanche, il devrait appeler l'attention des parties sur les méthodes possibles qu'elles pourraient envisager pour résoudre ces problèmes.

101. Il a été suggéré que ce chapitre examine les différents types de risques qui existent souvent en ce qui concerne la construction d'installations industrielles. Selon une opinion exprimée, les parties devraient être invitées à prendre connaissance des types d'assurances auxquels elles pourraient souscrire et des risques contre lesquels elles peuvent s'assurer ainsi que des risques qui ne sont habituellement pas couverts par des assurances. D'après certaines suggestions, ce chapitre pourrait contenir des dispositions à titre d'exemple au sujet des assurances à souscrire. Selon d'autres, les parties devraient être avisées qu'il pourrait n'être pas possible de s'assurer contre tous les risques et que le coût d'une assurance contre certains risques pourrait être excessif en raison de l'ampleur de ces risques. D'après une autre opinion, les parties devraient être invitées à examiner qui devrait assumer les risques qui ne pourraient être couverts par l'assurance. Selon d'autres suggestions, ce chapitre devrait indiquer certaines des raisons pour lesquelles l'acheteur a intérêt à ce que l'entrepreneur soit assuré pour les risques lui incombant, assurance dont la charge est, en dernière analyse, assumée par l'acheteur.

102. Il a été suggéré que l'acheteur devrait être informé qu'à la phase précédant l'adjudication, il aurait avantage à consulter un agent d'assurances internationales ou un consultant sur la gestion des risques pour connaître les possibilités d'assurances qui existent sur le marché et le type d'assurance qui devrait être prévu dans le contrat. Il a été également proposé que l'acheteur soit invité à voir s'il serait moins coûteux pour lui de contracter lui-même certains types d'assurances au lieu de demander à l'entrepreneur de le faire. D'après d'autres opinions, le chapitre pourrait mentionner les possibilités d'auto-assurance partielle ou intégrale par l'entrepreneur, d'assurance contre les risques politiques et d'assurance globale. D'après certaines autres opinions cependant, ces possibilités ne devraient pas être mentionnées dans le chapitre.

103. Selon une certaine opinion, le chapitre devrait indiquer qu'il serait souhaitable de désigner aussi bien l'entrepreneur que l'acheteur comme parties aux polices d'assurance afin d'éviter les difficultés et les coûts liés à la subrogation de l'assureur contre la partie non désignée. Il a été suggéré que le chapitre examine les raisons pour lesquelles l'acheteur aurait intérêt à ce que le contrat exige une assurance contre les risques et du fait des responsabilités assumées par l'entrepreneur.

104. Le chapitre devrait, selon une opinion exprimée, recommander que l'assurance soit contractée auprès d'un assureur qui a la capacité financière d'assurer contre les risques et qui est acceptable par l'une et l'autre partie. D'après une autre opinion, le chapitre devrait examiner les avantages et les inconvénients qu'il y aurait à contracter la plus forte part d'assurance possible auprès d'un seul assureur au lieu de s'adresser à plusieurs. Il a été également déclaré qu'il serait bon que le chapitre examine les moyens d'adapter le montant de l'assurance souscrite afin de tenir compte de l'inflation. Selon un autre avis, les parties devraient être invitées à exiger que les sommes dues au titre de l'assurance soient payées en devises librement convertibles ou dans une monnaie spécifiée (par exemple, la monnaie dans laquelle le prix du contrat est exprimé).

105. En ce qui concerne l'assurance de l'installation achevée, selon certains, les parties devraient être invitées à voir si l'assurance devrait être exigée pour toute la période de garantie. Lorsque plusieurs entrepreneurs participent à la construction, il a été observé que chaque entrepreneur pourrait assurer la partie de l'usine au cours de la construction et celle de l'installation achevée pour lesquelles il est responsable. Selon une autre opinion, s'il y a plusieurs entrepreneurs, celui qui a simplement coordonné les travaux de construction exécutés par d'autres entrepreneurs ne devrait pas être tenu d'assurer l'usine et les ouvrages dans leur totalité.

[20]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa seizième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-huitième session, Supplément n° 17* (A/38/17), annexe I.

[21]A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4.

106. En ce qui concerne l'assurance du matériel et des matériaux à incorporer dans l'installation, selon une opinion, l'acheteur n'aurait pas intérêt à ce qu'une telle assurance prenne effet avant le moment où ces matériels et matériaux ont été expédiés. On a également observé que, dans la pratique, le matériel et les matériaux en transit à destination du site sont assurés dans le cadre d'une police d'assurance de transport distincte. S'il se produit un différend sur le point de savoir si la perte ou l'endommagement du matériel ou des matériaux se sont produits au cours de la période de transport ou au cours d'une autre période, dans la pratique actuelle, les assureurs couvrant ces périodes prennent également en charge le paiement de la compensation pour la perte ou le dommage. Il a été aussi suggéré que le chapitre devrait inviter chacune des parties à s'assurer chacune contre la perte ou le dommage des matériels et matériaux pour lesquels la partie en question assume le risque d'une telle perte ou d'un tel dommage.

107. En ce qui concerne l'assurance du matériel et des outils de l'entrepreneur, d'après une certaine opinion, cette assurance n'a habituellement d'intérêt que pour l'entrepreneur. Il a été suggéré d'inviter les parties à considérer s'il est nécessaire que le contrat exige une telle assurance; si tel est le cas, le coût de cette assurance devrait être à la charge de l'entrepreneur. On a en outre suggéré que le chapitre fasse état des difficultés qui pourraient surgir si un entrepreneur étranger était tenu de contracter une telle assurance auprès d'un assureur du pays de l'acheteur.

108. En ce qui concerne les assurances responsabilité, il a été suggéré que le chapitre spécifie les périodes au cours desquelles les différents types d'assurance responsabilité seraient en vigueur. A cet égard, d'après une opinion, la période couverte par une assurance responsabilité du fait du produit devrait être liée à la période légale applicable de limitation ou de prescription.

109. Une suggestion a également été faite selon laquelle les parties devraient savoir qu'un entrepreneur qui a à la fois conçu et construit l'installation ne pourrait peut-être pas souscrire une assurance responsabilité civile professionnelle.

110. Il a été également suggéré que le chapitre traite de l'utilité ou de la nécessité pour chacune des parties de souscrire une assurance visant à dédommager les employés en cas de préjudice corporel lié au travail effectué. D'après une autre opinion les parties devraient être invitées à exiger une telle assurance particulièrement en ce qui concerne les employés du pays où l'installation est construite.

111. En ce qui concerne la preuve de l'assurance, d'après une certaine opinion le contrat devrait fixer une date limite à laquelle cette preuve devrait être soumise par l'entrepreneur à l'acheteur. D'après une autre opinion, le contrat devrait également imposer à l'acheteur de fournir à l'entrepreneur la preuve de l'assurance que l'acheteur est tenu de souscrire. Il a été suggéré que le contrat autorise une partie à recevoir la preuve de l'assurance d'un assureur auprès duquel a été souscrite une assurance pour l'autre partie. En outre, d'après une autre suggestion, le contrat devrait contraindre une partie à enjoindre l'assureur auprès duquel il a souscrit l'assurance de notifier à l'autre partie si une prime n'a pas été versée.

112. Selon une opinion, le contrat devrait pouvoir être résilié par l'acheteur si l'entrepreneur ne souscrit pas l'assurance qu'il est tenu de souscrire. Selon une autre opinion, le contrat ne saurait être résilié dans un tel cas et le recours ouvert à l'acheteur devrait être de réclamer des dommages pour toute perte subie par lui à raison de cette défaillance.

113. Selon une certaine opinion, si le contrat habilite l'acheteur à contracter aux frais de l'entrepreneur une assurance que l'entrepreneur est contraint de souscrire mais qu'il n'a pas souscrite, le contrat devrait obliger l'acheteur à donner à l'entrepreneur notification préalable de son intention de souscrire l'assurance. Selon une autre opinion, l'entrepreneur n'encourrait de responsabilité que pour les dépenses raisonnables assumées par l'acheteur pour souscrire une telle assurance.

Sous-traitance[22]

114. Il a été proposé que le chapitre recommande aux parties de porter une attention particulière aux dispositions relatives à la sous-traitance lorsqu'elles négociaient et rédigeaient le contrat de construction. En effet, si cette question n'était pas traitée de manière satisfaisante, il risquait de se poser des problèmes pour ce qui est de la construction et de la qualité de l'installation. On a estimé qu'il faudrait préciser le champ de l'expression "sous-traitance" telle qu'utilisée dans le chapitre, de manière à distinguer les entités incluses dans cette expression de celles qui ne l'étaient pas. Par exemple, il faudrait établir une distinction entre les sous-traitants et les fournisseurs.

115. On a étudié la question de l'existence d'une relation juridique entre l'acheteur et un sous-traitant. Selon un avis, il ne devrait y avoir aucune relation juridique entre ces deux entités. Selon un autre avis, cette approche était par trop absolue. A l'appui de cette dernière opinion, on a noté que, dans certains systèmes juridiques, il pouvait y avoir une relation juridique entre l'acheteur et le sous-traitant pour certaines questions particulières. Par exemple, l'acheteur pouvait attaquer directement un sous-traitant en cas de manquement à certaines obligations. Dans d'autres systèmes juridiques, il existait une relation tripartite entre l'entrepreneur, l'acheteur et un sous-traitant. Il pouvait également y avoir dans certains cas une relation juridique entre l'acheteur et un sous-traitant du fait de certaines dispositions du contrat, notamment celles autorisant l'acheteur à choisir un sous-traitant ou à participer à son choix, celles l'autorisant à intenter directement une action à l'encontre de l'entrepreneur, et celles l'autorisant à payer directement un sous-traitant.

---

[22] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5.

116. Des avis divers ont été exprimés en ce qui concerne la responsabilité de l'entrepreneur envers l'acheteur du fait d'actes et d'omissions d'un sous-traitant. On a estimé que différentes formules devraient être portées à l'attention des parties. Selon une de ces formules, l'entrepreneur devrait être entièrement responsable envers l'acheteur des actes ou omissions d'un sous-traitant. Selon une autre, la responsabilité de l'entrepreneur envers l'acheteur pour les actes et omissions d'un sous-traitant devrait être réduite ou même exclue si l'entrepreneur ne pouvait choisir librement le sous-traitant.

117. Selon un avis, le contrat ne devrait permettre un contact direct entre un sous-traitant et l'acheteur que pour des questions techniques ou des questions liées à la conception ou à la qualité de l'installation. Selon un autre avis, la solution adoptée à propos de telles questions par l'acheteur et un sous-traitant ne devrait être appliquée que si elle n'avait pas d'incidences sur les obligations de l'entrepreneur dont n'avait pas à s'acquitter le sous-traitant. Selon cet avis, en outre, des communications non autorisées par le contrat devraient avoir pour résultat de libérer l'entrepreneur de toute responsabilité pour les actes effectués comme suite à ces communications. Il a été proposé que l'entrepreneur ait le droit d'être présent lors de discussions entre l'acheteur et le sous-traitant et que le contrat oblige l'acheteur à informer l'entrepreneur de toute communication entre lui et un sous-traitant. Il a en outre été suggéré que le chapitre mentionne qu'un sous-traitant avait besoin, dans certaines situations, d'obtenir des renseignements de l'acheteur.

118. Il a été proposé que le chapitre traite du remplacement d'un sous-traitant par un autre, des consortiums faisant office de sous-traitants et de la "sous-sous-traitance". Il a été proposé que le paragraphe 3 de la disposition 1 donnée à titre d'exemple figure dans une disposition générale relative à l'indemnisation de l'acheteur par l'entrepreneur.

119. Pour ce qui est du droit qu'a l'entrepreneur de sous-traiter, il a été proposé de présenter diverses formules dans le chapitre. Selon une formule, l'entrepreneur devrait être habilité à sous-traiter librement. Selon une autre, ce droit devrait être limité et les paragraphes 7 et 8 du chapitre examiné étaient à cet égard tout à fait pertinents. Il a été proposé que l'entrepreneur ne soit pas autorisé à sous-traiter une partie importante des travaux. Il a été noté qu'il pourrait être difficile de stipuler dans le contrat quelles obligations de l'entrepreneur ne pouvaient être sous-traitées. On a suggéré qu'il serait donc préférable que le contrat interdise la sous-traitance des obligations de l'entrepreneur, à l'exception de celles dont le contrat stipulerait qu'elles peuvent être sous-traitées. Il a également été noté que, dans la pratique, la sous-traitance des obligations en matière de conception était souvent interdite.

120. On a étudié la question du choix des sous-traitants. Il a été proposé que les trois méthodes mentionnées dans le chapitre soient plus clairement définies. Il a également été proposé que le chapitre examine ces trois méthodes et en indique les avantages et les inconvénients.

121. Selon un avis, il faudrait indiquer aux parties que, dans la mesure du possible, les sous-traitants devraient être désignés par leur nom dans le contrat de construction. On a également estimé qu'il faudrait signaler aux parties qu'il n'est pas bon de prévoir que les sous-traitants seront choisis par l'entrepreneur, sous réserve de l'approbation de l'acheteur après la conclusion du contrat. Selon cet avis, cette formule était dangereuse dans les contrats de construction, car, si l'acheteur s'opposait au choix d'un sous-traitant, il pouvait se révéler impossible de proposer un autre sous-traitant. En outre, elle risquait d'entraîner une interruption des travaux. On a noté que selon cette formule, si l'acheteur était responsable de la sous-traitance, toute dépense supplémentaire en découlant serait à sa charge.

122. D'après une suggestion, lorsque le sous-traitant devait être choisi par l'entrepreneur sous réserve de l'agrément de l'acheteur après la conclusion du contrat, l'entrepreneur devrait être obligé de donner à l'acheteur un exemplaire du contrat de sous-traitance ainsi que toute autre donnée relative au contrat de sous-traitance que l'acheteur pourrait exiger. On a toutefois observé qu'il ne serait peut-être pas toujours possible à l'entrepreneur de communiquer à l'acheteur le prix du contrat de sous-traitance.

123. On a aussi suggéré que, dans les cas mentionnés au précédent paragraphe, l'entrepreneur consulte l'acheteur, obtienne son avis et, sous réserve de l'agrément de ce dernier, fournisse les documents susmentionnés.

124. On a noté que les facteurs conférant à l'acheteur un intérêt quant au choix d'un sous-traitant, mentionnés au paragraphe 11, existaient dans tous les cas, même lorsque l'acheteur ne participait pas au choix du sous-traitant. De plus, ces facteurs jouaient aussi dans le cas de l'entrepreneur.

125. On a dit que le chapitre devrait souligner l'importance de la coopération et de la communication entre les parties, indépendamment de l'approche retenue pour le choix des sous-traitants. On a suggéré que les conditions du contrat principal figurent dans le contrat de sous-traitance afin d'obliger le sous-traitant à respecter les normes du contrat principal. On a également suggéré de conseiller aux parties de prévoir un mécanisme propre à résoudre rapidement les différends sur le choix des sous-traitants.

126. Il a été convenu que le chapitre devrait traiter, dans le cadre des mécanismes envisageables par les parties pour le choix des sous-traitants, du système de désignation. Toutefois, le recours au système de désignation ne devrait pas être encouragé et les risques afférents à son utilisation devraient être soulignés. Il a été dit par exemple que dans le cadre de certains systèmes juridiques, il serait possible dans certains cas à un sous-traitant désigné avec lequel l'acheteur aurait négocié d'alléguer avoir conclu un accord avec celui-ci. Dans ce cas, l'acheteur pourrait être tenu à l'exécution du

contrat de sous-traitance désigné si le sous-traitant désigné n'était pas engagé par l'entrepreneur. En outre, l'acheteur pouvait être tenu pour responsable des pertes ou préjudices imputables à une exécution défectueuse de la part d'un sous-traitant désigné. Selon un autre point de vue, le système de désignation était satisfaisant dans la mesure où l'entrepreneur avait le droit de refuser un sous-traitant désigné par l'acheteur. Les motifs indiqués au paragraphe 24 ont été soulignés, notamment le fait que la législation nationale peut dans certains cas exiger le recours à des sous-traitants locaux.

127. En ce qui concerne les motifs susceptibles de fonder l'opposition de l'entrepreneur au choix d'un sous-traitant désigné par l'acheteur, certains ont estimé qu'en plus des motifs examinés au paragraphe 22, il convenait d'envisager le cas où, en vertu des politiques commerciales appliquées dans son pays, l'entrepreneur ne pouvait sous-traiter qu'avec des sous-traitants de certains pays. On a par ailleurs estimé que l'entrepreneur devait pouvoir s'opposer au choix d'un sous-traitant désigné si ce dernier n'était pas suffisamment qualifié pour exécuter les travaux ou dans l'impossibilité de dédommager l'entrepreneur en totalité pour les pertes ou dommages résultant de ses actes ou omissions. Pour supprimer éventuellement le motif mentionné à l'alinéa *a* du paragraphe 22 (c'est-à-dire l'incapacité du sous-traitant de s'acquitter envers l'entrepreneur d'obligations comparables à celles que l'entrepreneur a vis-à-vis de l'acheteur), il a été proposé que le montant des dommages et intérêts payables par l'entrepreneur à l'acheteur puisse être limité à celui des dommages et intérêts que l'entrepreneur était en mesure d'obtenir du sous-traitant désigné. D'autres participants ont cependant estimé que ce procédé n'était pas satisfaisant car il ne réglait pas le cas où l'entrepreneur était responsable envers un tiers des actes ou omissions du sous-traitant et où le contrat de sous-traitance ne garantissait pas suffisamment l'entrepreneur de cette responsabilité. Dans ce cas, le contrat de construction ne pouvait restreindre la responsabilité de l'entrepreneur envers les tiers.

128. D'après une certaine opinion, la responsabilité de l'entrepreneur à raison des actes ou omissions d'un sous-traitant désigné, mentionnée au paragraphe 24, était une des questions qui devraient être traitées dans le chapitre. Selon une autre opinion cependant, bien que cette formule puisse être mentionnée, le chapitre ne devrait pas la reprendre à son compte. Il a été suggéré que le chapitre examine également la formule selon laquelle l'acheteur assume la responsabilité du fait des actes ou omissions d'un sous-traitant désigné. Selon un autre point de vue, si l'entrepreneur s'abstient sans raison valable d'engager un sous-traitant désigné, il devrait être responsable envers l'acheteur de toutes pertes résultant de cette défaillance.

129. Différentes opinions ont été exprimées au sujet de la responsabilité d'un entrepreneur dans le cas où un sous-traitant désigné cesse d'exécuter le contrat de sous-traitance ou si ce contrat est résilié. Selon une certaine opinion, l'acheteur devrait être tenu pour responsable des pertes et des dépenses liées à l'interruption des travaux et de l'engagement d'un nouveau sous-traitant dans les cas où l'entrepreneur n'était pas en défaut. En conséquence, il a été suggéré que les deux dernières phrases du paragraphe 25 soient supprimées. Selon une autre manière de voir cependant, la solution exposée dans ces deux phrases était satisfaisante si les parties donnaient leur agrément.

130. Il a été suggéré que le chapitre souligne qu'un moyen éventuel de résoudre les problèmes posés par le système de désignation serait que l'acheteur accepte d'engager lui-même le sous-traitant.

131. Différents mécanismes ont été proposés pour permettre à l'acheteur de se retourner directement contre le sous-traitant au sujet de certaines questions telles que l'obligation de confidentialité et les obligations de garantie. Selon une formule proposée, ces obligations seraient imposées au sous-traitant aux termes du contrat de sous-traitance. Les mêmes obligations seraient imposées à l'entrepreneur dans le contrat de construction. Dans certains systèmes juridiques, l'acheteur aurait alors la possibilité de se retourner contre le sous-traitant au nom de l'entrepreneur à raison d'une violation de ces obligations par le sous-traitant. D'après une autre formule, l'acheteur, l'entrepreneur et le sous-traitant deviendraient parties à un accord tripartite contenant de telles obligations. Selon une autre formule encore, la question des recours directs par l'acheteur contre un sous-traitant serait réglée dans le cadre de la législation nationale.

132. S'agissant de savoir quand des versements directs par l'acheteur à un sous-traitant pourraient être justifiés, il a été suggéré que le contrat stipule qu'à titre de condition pour recevoir des acomptes versés par l'acheteur, l'entrepreneur serait tenu de fournir à l'acheteur la preuve que les paiements antérieurs faits par l'acheteur à l'entrepreneur au titre des travaux sous-traités ont été transmis au sous-traitant. Faute d'une telle preuve, ou d'une explication satisfaisante des raisons pour lesquelles les versements antérieurs n'ont pas été réglés au sous-traitant, l'acheteur pourrait payer directement au sous-traitant et déduire la somme versée du montant dû à l'entrepreneur. Il a été noté cependant que la possibilité pour l'acheteur de payer directement un sous-traitant et de déduire ces sommes des montants dus à l'entrepreneur pourrait affecter les relations entre l'acheteur et l'entrepreneur. On a émis l'opinion que l'acheteur devrait être informé que ce mécanisme présente un grand risque et peut impliquer l'acheteur dans des litiges entre l'entrepreneur et les sous-traitants. On a fait remarquer en particulier que l'acheteur risquait de trop payer le sous-traitant. D'après une suggestion qui a été faite, la dernière phrase du paragraphe 30 devrait être réexaminée car on peut se demander si la situation envisagée dans cette phrase pourrait se produire dans la pratique.

Garantie de bonne exécution[23]

133. On a estimé que le chapitre devrait mettre l'accent sur les dépenses que pourraient entraîner les diffé-

[23] A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6

rents arrangements relatifs à la fourniture de garanties. Les parties pourraient envisager de se contenter de garanties minimales, au vu de la réputation et de la situation financière de l'entrepreneur. Lorsque des garanties doivent être fournies, le chapitre devrait souligner qu'il faut étudier les coûts comparés des différents arrangements, afin d'éviter toute dépense superflue. Il a été noté en particulier qu'un arrangement stipulant qu'une garantie financière de bonne exécution est fournie par une banque et confirmée par une autre peut entraîner des dépenses considérables.

134. On a noté que, dans le chapitre, les références à d'autres textes devraient être limitées. Lorsque des renseignements pertinents ou des arrangements contractuels figuraient dans d'autres textes, il était préférable de présenter ces renseignements ou ces arrangements dans le chapitre lui-même. Si l'on se référait à d'autres documents, il devrait s'agir de textes ayant d'une manière ou d'une autre été acceptés par la Commission.

135. Des avis divergents ont été exprimés quant à la fréquence des garanties dans la pratique contractuelle, et notamment des garanties de bonne exécution. Selon un avis, les acheteurs n'insistaient pour obtenir de telles garanties que dans un petit nombre de régions, alors que, selon un autre avis, elles étaient exigées dans de nombreuses régions et toujours lorsqu'un contrat de construction était financé par des fonds provenant d'une institution internationale de développement.

136. Selon un avis, la description de la "garantie de soumission" figurant au paragraphe 5 pourrait ne pas être conforme à la manière dont fonctionne cette garantie dans la pratique. Il a également été proposé d'utiliser dans le chapitre une terminologie claire et uniforme. Ainsi éviterait-on toute confusion entre la garantie de bonne exécution et une garantie de qualité liée à l'exécution. On a en outre noté que l'expression "garantie de bonne exécution" était utilisée dans le chapitre pour décrire deux différents types de garanties (appelées dans le chapitre "garantie financière de bonne exécution" et "cautionnement de bonne fin"). Aussi, à chaque fois que l'expression "garantie de bonne exécution" était retenue dans le texte, faudrait-il préciser dans quel sens elle était utilisée. On a également estimé qu'il serait possible d'améliorer la présentation du chapitre si les garanties financières de bonne exécution et les cautionnements de bonne fin étaient traités séparément.

137. Pour ce qui est du choix des garants, selon un avis, les parties devraient être invitées à convenir des garants avant la conclusion du contrat. S'il n'était pas procédé à ce choix avant la conclusion du contrat et que l'acheteur rejetait par la suite le garant choisi par l'entrepreneur, ce dernier risquait d'éprouver des difficultés à en trouver un autre acceptable à l'acheteur. Selon un avis, pour que l'acheteur soit suffisamment protégé, il ne serait peut-être pas nécessaire d'insister sur le choix d'un garant du pays de l'acheteur; une garantie provenant d'une banque ou autre institution financière de premier rang, peut-être d'un pays qui ne serait ni celui de l'acheteur ni celui de l'entrepreneur, pourrait être suffisante. A ce propos, on a estimé que, même si l'acheteur insistait pour obtenir une garantie souscrite auprès d'une banque de son pays, cette banque pouvait parfois dans la pratique obtenir une contre-garantie d'une banque étrangère, afin de s'assurer qu'elle disposerait d'une somme suffisante en monnaie convertible pour s'acquitter d'éventuelles obligations de paiement au titre de la garantie. On a également noté que les parties devraient s'assurer que le garant avait les moyens financiers de s'acquitter des obligations figurant dans la garantie. Il a été proposé que le chapitre indique que, dans certains cas, l'acheteur pouvait demander une garantie gouvernementale afin d'assurer le respect des engagements pris par l'entrepreneur.

138. Selon un avis, si les mots "garantie indépendante" et "garantie accessoire" étaient souvent utilisés, les mots "garantie conditionnelle" et "garantie inconditionnelle" l'étaient également, et il faudrait mentionner cet usage dans le chapitre. On a émis l'opinion que l'expression "garantie indépendante" ne devrait plus être utilisée.

139. On a observé qu'outre les arrangements possibles relatifs au recours dans le cadre des garanties à première demande, le chapitre pourrait décrire d'autres arrangements qui pourraient contribuer à protéger les intérêts de l'acheteur comme de l'entrepreneur. Un de ces arrangements consisterait à stipuler dans la garantie que le garant n'est pas tenu de payer l'acheteur immédiatement sur sa demande, mais peut ne le faire qu'après expiration d'un délai donné. Ce délai permettrait la tenue de négociations entre l'acheteur et l'entrepreneur, de manière à régler le différend les séparant. Un autre arrangement était possible : le garant pouvait, après avoir reçu la demande de l'acheteur, verser l'argent à un tiers qui le détiendrait en attendant le règlement du différend séparant l'acheteur et l'entrepreneur. Il pourrait également être possible de stipuler, dans le contrat de construction, que l'acheteur doit notifier l'entrepreneur avant de faire une demande de paiement, ou lui donner un délai pour remédier aux défauts invoqués avant de demander le paiement. Le non-respect de ces conditions contractuelles imposerait à l'acheteur une responsabilité contractuelle envers l'entrepreneur. En outre, si le contrat stipulait de telles conditions, les tribunaux de certains systèmes juridiques pourraient empêcher l'acheteur d'adresser au titre de la garantie une réclamation qui contreviendrait à ces conditions.

140. Selon un certain point de vue, même lorsque la garantie personnelle considérée était une garantie à première demande, il se pouvait que le garant ne soit pas toujours obligé de payer sur la simple allégation par l'acheteur d'un défaut d'exécution de l'entrepreneur. Le chapitre pourrait mentionner l'apparition, dans certains systèmes juridiques, de restrictions très strictes aux droits de recours de l'acheteur (par exemple, en cas de demande frauduleuse). On a aussi noté qu'il pouvait être utile de distinguer nettement, d'une part, la relation entre l'acheteur et le garant et, d'autre part, la relation entre l'acheteur et l'entrepreneur. Si une demande abusive présentée dans le cadre d'une garantie à première demande obligeait le garant à payer, les droits

de recours de l'entrepreneur contre l'acheteur pour violation des clauses contractuelles relatives à la réalisation de la garantie restaient intacts.

141. En ce qui concerne la dernière phrase du paragraphe 18, l'idée a été émise que, si les parties avaient habituellement un intérêt commun à la bonne exécution du contrat, il n'en restait pas moins que dans certaines conditions, ce facteur pouvait être insuffisant pour décourager un éventuel abus de droits dans le cadre d'une garantie à première demande. Il a par suite été convenu de supprimer cette phrase.

142. Selon une certaine opinion, l'idée exprimée dans le chapitre selon laquelle l'acheteur pourrait indiquer dans son appel d'offres quels garants il serait disposé à accepter devrait être précisée. On pouvait envisager que l'acheteur indique l'identité des garants qu'il serait prêt à accepter. Toutefois, vu le risque que nombre d'entrepreneurs ne puissent fournir les garants indiqués, il était peut-être souhaitable de ne stipuler que les types de garants acceptables (par exemple, ceux offrant une garantie financière de bonne exécution ou ceux offrant un cautionnement de bonne fin). On a aussi mis en doute l'utilité de l'approche exigeant que les soumissions soient accompagnées d'un certificat d'un éventuel garant attestant que celui-ci était prêt à accorder une garantie de bonne exécution, certains systèmes juridiques déniant à l'engagement inscrit dans le certificat tout effet juridique.

143. Il a été noté que le chapitre suggérait au paragraphe 19 que, lorsque la garantie devait être fournie après la conclusion du contrat, les parties devaient s'entendre sur le droit de l'acheteur d'obtenir des dommages et intérêts en cas de manquement à cette obligation. On a toutefois observé qu'en ce qui concerne ce recours, l'acheteur devait soigneusement examiner la valeur prévisible pour lui d'un droit à dédommagement aussi peu sûr contre un entrepreneur étranger, le montant des préjudices qu'il risquait effectivement de subir et les difficultés éventuelles liées à l'obtention d'un jugement contre l'entrepreneur étranger.

144. Il a été noté que la monnaie dans laquelle la sûreté était réalisée, tant dans le cadre d'une garantie de remboursement que d'une garantie de bonne exécution (par. 20), était habituellement celle stipulée pour le paiement du prix du contrat. Il a par ailleurs été observé qu'il était inutile, au paragraphe 23, de mentionner l'obligation du garant de régler les frais et préjudices encourus par l'acheteur puisqu'en pratique, celui-ci demandait une somme globale en application de la garantie et n'était pas tenu de prouver les frais et préjudices subis par lui.

145. Il a été proposé de faire référence, au point 2 de la section B ("Garantie de bonne exécution résultant des conditions de paiement"), au chapitre traitant du "Prix", qui contenait un examen détaillé des conditions de paiement.

146. Selon un certain point de vue, le paragraphe 36 ne reflétait pas suffisamment la pratique actuellement suivie dans certaines régions en ce qui concerne le paiement à l'entrepreneur du solde du prix intégral du contrat. Il a été noté que, souvent, les conditions de paiement stipulaient que 50 % du solde était payable à l'achèvement de la construction, la moitié restante devant être payée à l'expiration de la période de garantie.

147. On a dit qu'il serait utile d'indiquer dans quels cas il était opportun qu'un contrat exige à la fois la fourniture d'une garantie de bonne exécution par l'entrepreneur sous forme de sûretés personnelles et d'une garantie résultant des conditions de paiement, ou qu'il n'exige qu'une forme de garantie. On a également suggéré que, lorsque les deux formes de garantie étaient fournies, le chapitre traite du choix éventuellement ouvert à l'acheteur quant à la réalisation des garanties.

148. Il a été observé que la section C ("Garantie de paiement par l'acheteur") pourrait être réexaminée pour établir un équilibre entre cette même section et la section B ("Garantie de bonne exécution par l'entrepreneur"). En particulier, le chapitre devrait indiquer au paragraphe 39 que l'entrepreneur pourrait avoir avantage à disposer d'une lettre de crédit émise en sa faveur par une banque de son pays et qu'outre les difficultés de contrôle des changes, l'entrepreneur pourrait éprouver d'autres difficultés administratives à obtenir le paiement. De plus, au lieu d'exiger une lettre de crédit "revolving" comme l'indique le paragraphe 40, on pourrait prêter attention à l'émission d'une lettre de crédit d'un montant de la totalité du prix du contrat. Il a été noté qu'on pourrait atteindre l'objectif d'un meilleur équilibre en donnant dans la section C plus d'importance aux autres approches qui pourraient être adoptées qu'à des recommandations spécifiques.

149. Il a été noté que le simple fait que les travaux soient financés par un organisme international de prêt ou une autre institution bien établie pourrait ne pas être une garantie suffisante de paiement pour l'entrepreneur. Aux termes de certains arrangements contractuels, les paiements sont dus uniquement sur présentation d'un certificat de bonne exécution des travaux délivré par un ingénieur employé de l'acheteur, ou sur autorisation de l'acheteur. Des circonstances pourraient se présenter dans lesquelles l'attestation qui conviendrait n'a pas été présentée et l'institution financière n'est pas en mesure d'effectuer le paiement. Un moyen de résoudre cette difficulté pourrait être de donner le droit à l'entrepreneur d'obtenir que le paiement soit activé selon une procédure qui serait indépendante de l'acheteur.

150. Il a été observé que les parties voudraient peut-être prévoir les conséquences qui s'ensuivraient si l'acheteur n'émettait pas la lettre de crédit prévue aux termes du contrat ou tardait à le faire. Il a été également observé que la section C devrait exposer le système de paiement différé quelquefois adopté pour le financement des contrats de construction, en vertu desquels les crédits pour la construction étaient accordés par l'entrepreneur ou en son nom et l'acheteur s'engageait à effectuer des paiements différés au cours d'une période convenue entre les parties.

151. Il a été suggéré que mention soit faite des méthodes de règlement de différends qui pourraient être adoptées lorsqu'un différend surgit au sujet de la garantie à fournir par l'entrepreneur pour la bonne exécution de ses obligations et à propos de la garantie à fournir par l'acheteur pour le paiement du prix.

152. De l'avis général, les sûretés réelles (sect. D) n'ont pas une grande importance pour l'une des parties comme moyens de garantir la bonne exécution par l'autre partie. Il a été observé que le sujet était complexe et difficile à décrire avec concision. Il a été noté que des sûretés réelles en faveur de l'acheteur sur le matériel de construction de l'entrepreneur avaient perdu de leur importance car ce matériel était souvent loué par l'entrepreneur et ne lui appartenait pas en propre. Il a été convenu que le sujet n'avait pas à être traité dans une section distincte du chapitre mais que les dispositions de la présente section traitant de ce sujet pourraient être mentionnées dans certains passages appropriés d'autres sections du chapitre. Selon une opinion exprimée cependant, le chapitre pourrait également mentionner la clause de réserve de propriété et les hypothèques. On a enfin émis l'opinion qu'il conviendrait de rappeler aux parties qu'il serait souhaitable de solliciter des conseils juridiques indépendants sur le droit applicable aux sûretés réelles situées dans un autre pays.

Questions diverses et travaux futurs

153. Il a été noté que deux autres sessions du Groupe de travail pourraient être nécessaires pour mener à bien les délibérations sur la plupart des projets de chapitres à mentionner dans le guide juridique. Plusieurs projets de chapitres seraient établis pour la prochaine session du Groupe de travail qui devrait se tenir conformément à la décision de la Commission du 8 au 19 avril 1985 à New York[24].

154. Le secrétaire de la Commission a déclaré que le secrétariat soumettrait à la septième session du Groupe de travail une révision de l'esquisse de la structure du guide juridique (A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.1) et que ce texte révisé refléterait les délibérations du Groupe de travail et contiendrait un remaniement et l'amalgame de certains chapitres que le secrétariat pourrait juger appropriés. Le secrétariat soumettrait également à la huitième session du Groupe de travail une nouvelle rédaction des chapitres suivants : "Achèvement, réception et prise en charge" et "Choix d'un contrat-type" qui nécessitaient une révision substantielle compte tenu des discussions du Groupe de travail.

[24]Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-septième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 17* (A/39/17), par. 154.

2. Projet de Guide juridique pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles : projets de chapitres : rapport du Secrétaire général (A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6)

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Pages*
[A/CN.9/WG.V/WP.13]		
INTRODUCTION	1-5	227
[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1]		
NATURE ET QUALITÉ DES INSTALLATIONS		
RÉSUMÉ		228
A. Remarques générales	1-2	229
B. Détermination de la nature et de la qualité de l'installation dans les documents contractuels	3-4	229
C. Description de l'installation à construire	5-26	229
1. Nature de la construction	5-9	229
2. Qualité de l'installation	10-22	230
a) Descriptions générales	11	230
b) Spécifications	12-16	230
c) Normes	17-19	231
d) Dessins	20-22	231
3. Responsabilité en cas de spécifications et dessins inexacts ou insuffisants	23-26	231
D. Hiérarchie des documents	27	232
E. Portée du caractère confidentiel des spécifications, dessins et autres documents techniques	28-29	232

Paragraphes *Pages*

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2]

ACHÈVEMENT, RÉCEPTION ET PRISE EN CHARGE

RÉSUMÉ 233

A. Remarques générales 1-2 233

B. Achèvement de la construction 3-19 234

1. Délai d'achèvement de la construction 3-7 234

2. Calendrier de la construction et de son achèvement 8-11 234

3. Prolongation du délai d'achèvement 12-16 235

4. Preuve de l'achèvement de la construction : essais d'achèvement des travaux mécaniques 17-19 236

C. Réception 20-31 236

1. Date de la réception 24-25 237

2. Protocole de réception 26-27 237

3. Effets juridiques de la réception 28-31 237

D. Prise en charge 32-41 238

1. Prise en charge par l'acheteur 33-38 238

a) Prise en charge après achèvement de la construction par un des entrepreneurs 34 238

b) Prise en charge pour rodage 35-36 238

c) Prise en charge en cas de résiliation du contrat 37 238

d) Prise en charge en cas d'achèvement de la construction par un autre entrepreneur aux frais et aux risques du premier entrepreneur 38 238

2. Protocole de prise en charge 39 238

3. Prise en charge par l'entrepreneur 40-41 239

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3]

RÉPARTITION DU RISQUE DE PERTE OU DE DOMMAGES*

RÉSUMÉ 239

A. Remarques générales 1-10 239

B. Equipements et matériaux fournis par l'entrepreneur pour être incorporés dans l'installation 11-16 240

C. Equipements et matériaux fournis par l'acheteur pour être incorporés dans l'installation 17-19 241

D. Usine pendant la construction et installation achevée 20-22 242

E. Conséquences de la prise en charge du risque 23-24 242

F. Outils et machines de construction de l'entrepreneur à utiliser pour effectuer la construction 25 243

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4]

ASSURANCES

RÉSUMÉ 243

A. Remarques générales 1-8 243

B. Assurance sur les biens 9-23 244

1. Assurance de l'usine durant la construction et de l'installation achevée 11-18 245

2. Assurance des équipements et matériels devant être incorporés dans l'installation 19-22 246

3. Assurance des machines et outils de l'entrepreneur 23 246

C. Assurance responsabilité 24-32 246

D. Preuve de l'assurance 33 247

E. Défaut de souscription d'une assurance de la part de l'entrepreneur 34-35 248

*Ce chapitre était précédemment intitulé "Transfert des risques".

Paragraphes *Pages*

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5]

SOUS-TRAITANCE

RÉSUMÉ 248

A. Observations générales 1-6 249

B. Droit de l'entrepreneur de sous-traiter 7-8 249

C. Choix des sous-traitants 9-25 250

D. Possibilité pour l'acheteur de se retourner directement contre le sous-traitant 26 252

E. Paiement de l'exécution par le sous-traitant 27-31 253

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6]

GARANTIE DE BONNE EXÉCUTION

RÉSUMÉ 253

A. Remarques générales 1-3 254

B. Garantie de bonne exécution par l'entrepreneur 4-36 255

1. Sûretés ou garanties personnelles 4-32 255

a) Garanties de bonne exécution : fonction 6-8 255

b) Garanties de remboursement : fonction 9 256

c) Choix des garants 10-11 256

d) Nature de l'obligation du garant 12-18 256

e) Date de constitution de la garantie 19 257

f) Etendue de l'obligation créée par la garantie 20-23 257

g) Effet des modifications du contrat 24-27 258

h) Durée de la garantie 28-32 258

2. Garantie de bonne exécution résultant des conditions de paiement 33-36 259

C. Garantie de paiement par l'acheteur 37-42 259

D. Sûretés réelles 43 260

[A/CN.9/WG.V/WP.13]

Introduction

1. A sa deuxième session, le Groupe de travail du nouvel ordre économique international a décidé de prier le secrétariat de commencer à établir un guide juridique pour les contrats de fourniture et de construction d'ensembles industriels[1]. La Commission a approuvé, à sa quatorzième session, cette décision du Groupe de travail et décidé elle-même que le guide recenserait les problèmes juridiques que posent ces contrats et suggéré des solutions possibles en vue d'aider les parties, en particulier les pays en développement, dans leurs négociations[2].

2. Après avoir examiné à ses deuxième[3] et troisième[4] sessions une étude des clauses utilisées dans les contrats de fourniture et de construction de grands ensembles industriels présentée par le secrétariat[5], le Groupe de travail a prié, à sa troisième session, le secrétariat de lui soumettre une esquisse de la structure du guide et quelques projets de chapitres.

3. A sa quatrième session, le Groupe de travail a examiné cette esquisse et les projets de chapitres suivants. "Choix du type de contrat", "Exonérations" et "Clauses d'imprévision"[6]. Les membres du Groupe de travail se sont accordés à penser que la structure du guide était dans l'ensemble satisfaisante mais ils ont estimé qu'il pourrait s'avérer nécessaire de la modifier quelque peu à mesure que l'ouvrage progresserait, et ils ont donné au secrétariat toute latitude pour le faire. Ils ont été d'avis que le contenu des projets de chapitres était dans l'ensemble satisfaisant et ils ont présenté des suggestions en vue de leur amélioration.

4. A sa cinquième session, le Groupe de travail a examiné les projets de chapitres sur la résiliation[7], le

[1] A/CN.9/198, par. 92.

[2] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quatorzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17* (A/36/17), par. 84.

[3] A/CN.9/198.

[4] A/CN.9/217.

[5] A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8, A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6.

[6] A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 4.

[7] A/CN.9/WG.V/WP.9/Add.5.

contrôle et les essais, le défaut d'exécution[8], les modifications, la cession et la suspension de la construction ainsi qu'une note sur la présentation du guide[9]. Des suggestions ont été présentées en vue d'améliorer les projets de chapitres et les dispositions qui y figuraient à titre d'exemple. Quelques observations générales ont été présentées sur le projet de chapitre intitulé "Dommages-intérêts"[10] et l'examen de ce projet de chapitre ainsi que du projet de chapitre intitulé "Dommages-intérêts" libératoires et clauses pénales"[11] a été reporté à la sixième session.

5. Le secrétariat a établi les projets de chapitres suivants qui sont publiés sous la forme d'additifs au présent rapport : "Nature et qualité des travaux" (Add.1); "Achèvement, réception et prise en charge" (Add.2); "Répartition des risques de perte ou de détérioration" (question intitulée auparavant "Transfert des risques") (Add.3); "Assurances" (Add.4); "Sous-traitance" (Add.5) et "Garantie de bonne exécution" (Add.6).

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.1]

Nature et qualité des installations

Résumé

Le contrat devrait décrire avec précision et détail l'installation à construire, et indiquer en particulier sa nature et sa qualité. Il existe pour cela des documents spéciaux (par. 1), élaborés à partir de la pratique contractuelle. Les principaux documents décrivant la nature et la qualité de l'installation sont le document contractuel principal, les spécifications et les dessins. D'autres documents, comme ceux qui énumèrent les normes à appliquer lors de la construction, peuvent également être utilisés (par. 3). Les parties devraient déterminer ceux des documents relatifs à la nature et à la qualité de l'installation qui font partie du contrat (par. 4).

La description de base de la nature de la construction à effectuer devrait être exposée dans le document contractuel principal (par. 5). Celui-ci devrait également définir les principaux types de travaux attendus de l'entrepreneur (par exemple travaux de conception ou de génie civil), et les principaux éléments de construction à réaliser (par exemple fabrication de générateurs) (par. 5 et 6). Dans le cas d'un contrat clefs en main, l'entrepreneur peut être tenu d'effectuer tous les travaux de construction qui sont habituels ou nécessaires, compte tenu de la finalité de l'installation (par. 8).

Les spécifications et les dessins devraient, pris ensemble, contenir des informations complètes sur la qualité ainsi qu'une description technique complète de l'installation à constuire. Les meilleurs supports des informations seront, selon les cas, des spécifications ou des dessins (par. 10).

Les spécifications peuvent décrire d'un point de vue technique la qualité requise des équipements, matériaux et services à utiliser pour la construction (spécifications dites "nominales"). Mais elles peuvent aussi décrire d'un point de vue technique la performance requise du produit fini, sans indiquer de façon détaillée comment cette performance doit être obtenue (spécifications dites "opérationnelles") (par. 12). Les spécifications peuvent énumérer les parties des travaux auxquelles elles s'appliquent (par. 13). Elles pourront être plus ou moins détaillées. Par exemple, les spécifications "nominales" comporteront des descriptions détaillées (par. 14), de même que les spécifications concernant les travaux de construction (par. 15).

La rédaction des spécifications peut être facilitée par l'utilisation de normes élaborées par des organismes professionnels. De telles normes définissent les caractéristiques de certains équipements ou matériaux. Leur application donne une assurance de la qualité grâce à des procédures d'essai et d'inspection uniformes. Les normes à utiliser devraient être bien connues de l'acheteur (par. 17 à 19).

Les dessins indiquent sous forme de diagrammes les diverses parties composant l'installation. Ils peuvent être fournis par l'acheteur ou par son ingénieur-conseil (par. 20). Le contrat peut faire obligation à l'entrepreneur de porter à l'attention de l'acheteur toute non-concordance qu'il peut découvrir entre les spécifications et les dessins (par. 21). Lorsque le contrat prévoit que l'acheteur doit fournir les dessins de base et que l'entrepreneur doit, à partir de ceux-ci, préparer les dessins détaillés, le contrat devrait contenir un mécanisme destiné à assurer que les seconds concordent avec les premiers (par. 22).

Le contrat devrait aborder la question de la responsabilité en cas de spécifications et dessins inexacts ou insuffisants. En principe, c'est la partie qui fournit les spécifications et dessins inexacts ou insuffisants qui devrait être tenue responsable des données qui y sont contenues (par. 23 et 24). Dans certains cas, une partie accessoire de la construction peut être omise des spécifications et dessins fournis par l'acheteur. Si les obligations de construction de l'entrepreneur consistent à obtenir un certain résultat, et ne sont pas limitées par référence aux dessins et spécifications, l'entrepreneur sera responsable de l'obtention du résultat (par. 25).

Les parties devraient déterminer celui des différents documents relatifs à la nature et à la qualité de l'installation qui doit prévaloir en cas de non-concordance. En principe, le document contractuel principal devrait prévaloir sur les autres documents. Pour ce qui est des spécifications et dessins, celui des documents qui devrait prévaloir peut dépendre de l'aspect de la construction concernée (par. 27).

Le contrat déterminera la portée du caractère confidentiel des informations contenues dans les documents tech-

[8] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.1 à 3.

[9] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.6 à 9.

[10] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.4.

[11] A/CN.9/WG.V/WP.11/Add.5.

niques établis par une partie aux fins de la construction et fournis à l'autre partie. Les parties peuvent souhaiter que, d'une façon générale, celle d'entre elles qui prépare le document en demeure propriétaire. Les documents peuvent être utilisés pour les fins auxquelles ils sont destinés, mais ne devraient pas être divulgués à un tiers sans le consentement de l'autre partie. Dans certaines circonstances, toutefois, l'acheteur peut avoir intérêt à acquérir la propriété de documents techniques établis par l'entrepreneur (par. 28 et 29).

* * *

A. *Remarques générales*

1. Dans les contrats relatifs à la construction d'installations, il est très important de décrire avec précision le contenu du contrat, qui comporte généralement des travaux de génie civil et de construction, la fabrication, la livraison et le montage d'équipements, et la fourniture de matériaux. La description doit, d'une part, être assez vaste pour couvrir l'installation dans son ensemble (finalité, capacité et autres caractéristiques principales) et, d'autre part, assez détaillée pour indiquer la qualité requise et les autres caractéristiques techniques. Pour cela, la pratique contractuelle a mis au point des méthodes de description particulières ainsi qu'un système spécial de documents contractuels.

2. Ce sont les arrangements contractuels qui indiquent dans chaque cas quelles parties doivent fournir les divers documents. Si l'acheteur lance un appel d'offres pour la construction de l'installation, il doit joindre à son invitation à soumissionner des documents décrivant l'installation à construire. Si un bailleur de licences doit fournir un procédé à utiliser dans l'installation, il doit communiquer les documents permettant à l'entrepreneur de construire la partie de l'installation où sera utilisé le procédé. Dans le cas d'un contrat clefs en main, l'acheteur peut se contenter d'indiquer les caractéristiques principales et la capacité opérationnelle de l'installation qu'il souhaite voir construire, et l'entrepreneur sera tenu de fournir les spécifications et dessins définissant la qualité de l'installation.

B. *Détermination de la nature et de la qualité de l'installation dans les documents contractuels*

3. Il est généralement question de la nature et de la qualité de l'installation dans plusieurs types de documents. Le document contractuel principal contient une description de base de l'installation à construire, et peut contenir aussi des généralités sur la qualité requise. Les caractéristiques techniques de l'installation, sa qualité, et la façon exacte dont la construction doit être effectuée figurent dans des documents contractuels habituellement intitulés "spécifications" et "dessins". Les dispositions concernant la qualité des équipements, matériaux et services sont l'objet des spécifications, et les descriptions de leur utilisation prévue sont l'objet des dessins. Dans certains contrats, en particulier lorsque des travaux de génie civil et de construction sont à exécuter, il existe souvent une autre type de document (parfois appelé "devis"), qui contient d'autres précisions sur la nature des travaux à effectuer. D'autres documents peuvent également être utilisés pour déterminer la nature et la qualité des travaux, par exemple des listes de normes à observer lors de la construction.

4. Certains des documents susmentionnés mettent l'accent sur les obligations juridiques, d'autres sur les normes et caractéristiques techniques et les aspects de génie civil. Néanmoins, ils sont tous juridiquement importants car, pris ensemble, ils déterminent contractuellement la nature et la qualité de l'installation. Les parties devraient indiquer clairement ceux des documents portant sur la nature et la qualité de l'installation qui font partie intégrante du contrat. Cela peut être utile, car les règles du droit applicable en la matière peuvent être inappropriées dans le cas d'un contrat de construction d'une installation.

C. *Description de l'installation à construire*

1. *Nature de la construction*

5. La description de base de la construction à effectuer dans le cadre d'un contrat de construction d'une installation industrielle devrait figurer au début du document contractuel principal. Ce document devrait également définir les principaux types de tâches attendues de l'entrepreneur, telles que la fourniture d'équipements, la conception, la fabrication, l'installation, l'essai et la livraison de composants mécaniques et électriques, le transport, les travaux de génie civil, de construction et d'entretien.

6. Les parties devraient en outre inclure dans le document contractuel principal une énumération plus détaillée des principaux éléments de construction à effectuer, tels que la fabrication ou la fourniture de générateurs, de turbines, de structures destinées à recevoir des turbines, ou des fours, ou la construction de bâtiments administratifs. Cette énumération plus détaillée peut également indiquer les caractéristiques techniques fondamentales des articles énumérés.

7. Le document contractuel principal devrait comporter une description des conditions dans lesquelles la capacité nominale et la capacité opérationnelle de l'installation sont censées être atteintes. Il se peut que, dans certains contrats, la description précise de ces conditions (par exemple la charge électrique nécessaire, ou le dosage spécifique des matières premières à utiliser) soit très longue, et son inclusion intégrale dans le document contractuel principal malcommode. En pareil cas, elle devrait être faite dans d'autres documents et reliée de façon claire à la description de base contenue dans le document contractuel principal.

8. La description de base de l'installation peut être complétée, en particulier dans le cas d'un contrat clefs en main, par une disposition supplémentaire obligeant l'entrepreneur à effectuer toute construction qui, même si elle n'est pas décrite spécifiquement, est cependant habituelle ou nécessaire, compte tenu de la finalité pré-

vue de l'installation. Le simple emploi de l'expression "clefs en main" pour désigner le contrat risque de ne pas être suffisant pour imposer une telle obligation à l'entrepreneur, car cette expression peut, dans certains systèmes juridiques, ne pas avoir de signification bien établie. Une telle disposition évitera des conflits en ce qui concerne la détermination de celui qui devrait supporter les coûts de petits articles de matériel ou éléments de travaux qui ou bien auront été oubliés pendant les négociations ou n'auront pas été considérés comme justifiant une mention particulière.

9. La description des travaux à effectuer par l'entrepreneur peut être suivie par une énumération des équipements ou matériaux à fournir ou des travaux de construction ou de génie civil à effectuer par d'autres, dans les cas où l'acheteur ou d'autres entrepreneurs participent également à la construction. Bien que, sur le plan juridique, il ne soit pas nécessaire d'énumérer des tâches qu'un entrepreneur n'aura pas à réaliser, une telle énumération négative permet souvent d'éviter des ambiguïtés. Les parties peuvent également parfois souhaiter utiliser un modèle ou une partie de l'installation à réaliser pour définir la portée de la construction à effectuer.

2. *Qualité de l'installation*

10. Les parties devraient s'assurer que les spécifications et les dessins, pris ensemble, fournissent toutes les informations requises sur la qualité, toutes les instructions sur la façon dont les équipements, matériaux et services doivent être reliés, et toutes les exigences techniques à respecter. En cas d'appel d'offres, les spécifications et les dessins devraient être suffisamment détaillés pour permettre aux soumissionnaires de préparer une proposition chiffrée. Aucune règle précise ne peut être formulée en ce qui concerne les informations dont les dessins, d'une part, les spécifications, d'autre part, doivent être les supports. La nature de ces deux types de documents influe toutefois sur leur contenu. Les informations pour lesquelles ce sont des graphiques et des dessins qui conviennent le mieux ne devraient pa, les spécifications, d'autre part, doivent être les supports. La nature de ces deux types de documents influe toutefois sur leur contenu. Les informations pour lesquelles ce sont des graphiques et des dessins qui conviennent le mieux ne devraient pas être incluses dans les spécifications, qui consistent en une description écrite. C'est ainsi que des dessins peuvent représenter l'ensemble d'une structure sans essayer d'indiquer les différents matériaux à utiliser pour la construire; le détail des éléments qui la composent, et les propriétés des divers matériaux à utiliser peuvent être exposés dans les spécifications.

a) *Descriptions générales*

11. Les parties peuvent inclure dans le document contractuel principal une disposition fixant une norme générale de qualité pour les équipements, matériaux et services à utiliser dans la construction de l'installation. Une telle disposition peut indiquer que tous les équipements et matériaux à incorporer dans l'installation ainsi que tous les services à fournir devraient être "de premier ordre", "les plus appropriés" ou "de meilleure qualité". Une telle clause peut protéger l'acheteur lorsque le niveau de qualité n'est pas prévu dans les spécifications. De telles descriptions générales de la qualité sont toutefois sujettes à différentes interprétations, aussi est-il souhaitable que le contrat énonce également des exigences spécifiques pour la qualité des divers équipements, matériaux et services à utiliser dans la construction.

b) *Spécifications*

12. Les spécifications peuvent elle-mêmes contenir des données sur la qualité des matériaux et des services, ainsi que des instructions sur leur utilisation et leur combinaison pour obtenir les résultats indiqués par les dessins, ou bien elles peuvent simplement décrire en langage technique la performance que l'on attend du produit fini sans indiquer dans le détail comment cette performance peut être atteinte. Dans ce dernier cas, on parle souvent de spécifications "nominales", tandis que dans le premier, on parle de spécifications "opérationnelles". Les spécifications peuvent également comporter d'autres données relatives à l'installation (par exemple ses dimensions). Habituellement les spécifications comprennent des dispositions générales et des dispositions techniques particulières. Les parties devraient s'assurer que les documents contenant les spécifications font partie du contrat.

13. Les dispositions générales des spécifications, bien qu'analogues par leur contenu aux descriptions générales figurant dans le document contractuel principal, devraient être plus élaborées. On ne peut donner de lignes directrices applicables dans tous les cas à leur rédaction. Toutefois, étant donné le caractère généralement technique des spécifications, elles contiendront davantage de données techniques et seront techniquement plus précises et plus élaborées que les descriptions du document contractuel principal. Dans leurs dispositions générales, les spécifications devraient énumérer les sections des travaux sur lesquelles elles portent. Les parties peuvent juger utile dans certains cas d'y inclure des prescriptions quant aux méthodes spécifiques de travail que devra adopter l'entrepreneur, ou bien quant à une séquence particulière lors de la construction (justifiée, par exemple, par les conditions particulières d'un site). Dans la pratique, les spécifications fournissent parfois des informations sur des questions telles que l'existence d'espaces de stockage pour les équipements et matériaux de l'entrepreneur, ou bien la présence d'électricité, d'eau ou d'autres éléments de viabilité.

14. Les spécifications "nominales" devraient donner une description technique détaillée de chaque élément de l'installation, et indiquer les types et sortes de matériaux à fournir pour chaque élément, leurs propriétés physiques et opérationnelles, les dimensions de chaque élément, les techniques de fabrication à utiliser, et toute autre information de caractère technique relative à la qualité de la construction à effectuer.

15. Les spécifications diffèrent selon les types de travaux. Il faut peut-être qu'elles soient plus détaillées

pour les travaux de construction que pour les travaux de génie civil, étant donné la multitude de petits éléments que comportent les projets de construction. Mais qu'il s'agisse de construction ou de génie civil, les spécifications sont généralement "nominales". En revanche, dans le cas des équipements, où c'est plutôt la performance qui compte, les spécifications devront nécessairement laisser une grande latitude aux entrepreneurs pour ce qui est du choix de la conception, des techniques de fabrication et des matériaux à utiliser pour obtenir la performance voulue. Le type de contrat à conclure peut également influer sur le degré de détail requis. Si un appel d'offres demande des soumissions sur une base forfaitaire, il peut être nécessaire d'avoir des spécifications très détaillées.

16. Les parties devraient déterminer la manière dont les spécifications peuvent décrire avec le plus de précision la qualité des matériaux à utiliser. Dans certains cas, il faudra peut-être se référer à l'apparence extérieure, et dans d'autres, aux propriétés physiques ou chimiques. Le contrat peut prescrire diverses exigences en matière d'inspection, ainsi que des procédures d'essais ou d'approbation afin de garantir la qualité des matériaux indiqués (voir chap. XIII "Inspection et essais"). Quand l'une de ces procédures doit être effectuée dans les locaux de l'entrepreneur, le contrat devrait préciser quelles installations (par exemple des laboratoires) celui-ci doit fournir à cette fin.

c) *Normes*

17. La rédaction des spécifications peut être facilitée par l'application de normes diverses, par exemple pour les équipements et les matériaux. Les normes relatives aux équipements et matériaux sont régulièrement publiées et améliorées par divers organismes professionnels, associations industrielles et autorités gouvernementales. Lorsque le contrat prévoit l'application d'une norme, il faudrait préciser la source de cette norme, et les moyens d'en vérifier les exigences.

18. Certaines normes ont été acceptées internationalement et sont largement utilisées dans les soumissions et passations de marchés internationaux. Elles peuvent porter sur des questions comme la qualité, le contenu, les dimensions, la forme, le poids, la composition, l'emballage et l'essai de certains équipements ou matériaux. En règle générale, il est indiqué d'appliquer ces normes, car elles fournissent des critères éprouvés et vérifiés pour les questions qu'elles réglementent, et donnent une assurance de qualité grâce à des procédures d'essai et d'inspection uniformes. Les parties devraient vérifier, dans le cadre du droit applicable, si le respect de certaines normes est obligatoire.

19. Les parties devraient s'assurer que les normes sont appropriées pour le type d'installation faisant l'objet de la construction, l'application de normes inadéquates risquant d'être à l'origine de défauts dans l'installation. Les parties devraient également s'assurer que les normes à utiliser sont bien connues dans le pays de l'acheteur. L'application de normes peu connues risque de réduire la possibilité de faire appel à des sous-traitants dans ce pays, ou d'utiliser des matériaux locaux.

d) *Dessins*

20. Les dessins indiquent sous forme de diagrammes les diverses parties composant l'installation, et, dans certains cas, l'aspect de celle-ci dans son ensemble. Lorsque c'est l'acheteur ou son ingénieur-conseil qui est chargé de fournir les dessins, il arrive assez souvent que ceux qui sont fournis avant la soumission ne soient pas suffisants pour l'exécution de la construction, et qu'il faille des dessins complémentaires. En pareil cas, l'acheteur devrait, après la conclusion du contrat, fournir de temps à autre des dessins complémentaires plus détaillés. Ces dessins devraient concorder avec les dessins antérieurs faute de quoi l'entrepreneur peut faire valoir qu'on lui demande d'effectuer une construction non prévue dans le contrat.

21. Les parties peuvent souhaiter faire obligation à l'entrepreneur de porter à l'attention de l'acheteur toute non-concordance qu'il est susceptible de découvrir entre les dessins et les spécifications fournis par l'acheteur. L'objet d'une telle disposition est de donner à l'acheteur la possibilité de décider si l'entrepreneur doit suivre les dessins ou les spécifications. Le contrat devrait donc permettre à l'acheteur de trancher cette question et obliger l'entrepreneur à exécuter les travaux correspondant à cette décision.

22. Dans certains cas, bien que l'acheteur fournisse les dessins de base, l'entrepreneur est tenu de fournir des dessins détaillés ou "plans d'atelier". Ces derniers constituent une présentation plus précise des idées déjà contenues dans les dessins de base fournis par l'acheteur. Le contrat devrait stipuler que les dessins détaillés que procure l'entrepreneur ne devraient en rien s'écarter des dessins de base. Il devrait également stipuler, pour que soit assuré un contrôle approprié du travail de l'entrepreneur, que ce dernier est tenu de soumettre tous les dessins détaillés à l'approbation de l'acheteur. Il peut toutefois être précisé que cette approbation, explicite ou implicite, ne signifie par pour autant que l'acheteur consent à ce qu'il y ait des modifications par rapport aux dessins de base. Si le contrat prévoit une telle clause, il devrait permettre à l'acheteur d'exiger que des rectifications soient apportées à ces dessins détaillés pour qu'ils concordent avec les dessins de base, et de demander que tous travaux déjà effectués à partir de dessins détaillés inexacts soient réexécutés de façon à être conformes aux dessins de base.

3. *Responsabilité en cas de spécifications et dessins inexacts ou insuffisants*

23. Dans les cas où les spécifications et dessins doivent être fournis par l'acheteur, les entrepreneurs devraient être tenus d'analyser les informations qui y sont contenues, et s'ils considèrent qu'elles sont inexactes ou insuffisantes, de proposer des modifications. C'est toutefois l'acheteur qui devrait assumer la responsabilité de l'inexactitude ou de l'insuffisance, et toutes les rectifications et modifications requises par de telles erreurs pourront être considérées comme des corrections demandées par lui. Il devrait être tenu de payer toutes les dépenses encourues par l'entrepreneur à la

suite de telles corrections et modifications (voir le chapitre "Clauses de modification").

24. Si les spécifications et dessins doivent être fournis par l'entrepreneur, c'est ce dernier qui devrait supporter les dépenses occasionnées par toutes rectifications et modifications dues à des spécifications et dessins inexacts ou insuffisants. En outre, si ces rectifications et modifications entraînent un retard dans ses travaux, il devrait également être tenu pour responsable de ce retard.

25. Il peut arriver qu'une partie auxiliaire de la construction ait été omise des spécifications et dessins. Si l'erreur a été commise par l'entrepreneur, c'est lui qui devrait en être tenu pour responsable. Si elle a été commise par l'acheteur, les conséquences peuvent dépendre de la nature du contrat de construction. Si les obligations de construction assumées par l'entrepreneur ont été définies pour l'essentiel comme un résultat déterminé (par exemple dans le cas d'un contrat clefs en main) l'entrepreneur devrait être responsable s'il n'obtient pas ce résultat, même si une partie de la construction nécessaire pour l'atteindre avait été omise des spécifications et dessins. En revanche, si les obligations de construction ont été limitées pour l'essentiel aux spécifications et dessins (par exemple fournir et monter certains équipements décrits dans les spécifications et dessins), la responsabilité de l'entrepreneur sera limitée par ces documents, et les dépenses résultant de l'erreur devraient être à la charge de l'acheteur.

26. Des conflits peuvent également surgir lorsque l'utilisation d'équipements, matériaux ou services déterminés est requise par l'acheteur dans certaines spécifications et dessins fournis par lui et que l'on découvre plus tard que ces équipements, matériaux ou services sont inappropriés, compte tenu de l'objectif qu'ils devaient atteindre. Une solution analogue à celle qui est indiquée dans le paragraphe précédent peut être adoptée. Si l'entrepreneur a assumé la responsabilité de l'ensemble de la conception et de la construction de l'installation ou d'une partie de celle-ci, il devrait être tenu d'évaluer les équipements, matériels ou services prescrits avant de les utiliser. S'il découvre leur caractère inapproprié, il devrait être fondé à réclamer le montant des dépenses nécessaires pour modifier les spécifications et les dessins. S'il ne découvre pas le caractère inapproprié, il devrait être tenu pour responsable si l'installation est, de ce fait, défectueuse. En revanche s'il ne s'est engagé qu'à construire l'installation conformément aux spécifications et dessins fournis par l'acheteur, il ne devrait pas être tenu pour responsable, s'il utilise les équipements, matériaux ou services prescrits et si, de ce fait, l'installation est défectueuse.

D. *Hiérarchie des documents*

27. Les parties devraient envisager la possibilité de dispositions contradictoires dans les documents définissant la nature et la qualité de l'installation. Il serait souhaitable de prévoir une méthode permettant de déterminer quel document doit prévaloir en pareil cas. Les parties peuvent souhaiter stipuler que, lorsque le document contractuel principal ne concorde pas avec les autres documents, c'est toujours lui qui doit prévaloir. En particulier, le contrat devrait indiquer clairement que les obligations de l'entrepreneur en ce qui concerne le type requis d'installation et la capacité opérationnelle de cette dernière devraient, en cas de litige, prévaloir sur la nature de la construction telle qu'elle est indiquée dans les spécifications et dessins. Lorsque les spécifications et les dessins ne concordent pas, celui des documents qui doit prévaloir peut dépendre de l'aspect de la construction concernée. Par exemple, il est souvent stipulé que, pour des travaux de génie civil, les dessins doivent prévaloir sur les spécifications. Une approche possible pourrait être de disposer que, sauf indication contraire dans le contrat pour tel ou tel aspect particulier de la construction, les spécifications prévalent sur les dessins. Cette approche peut être justifiée par le fait que l'on peut considérer que le libellé d'un texte reflète plus fidèlement l'accord entre les parties que ne le font des dessins. En ce qui concerne les autres documents, les parties peuvent souhaiter, dans la mesure du possible, établir entre eux un ordre de priorité et le faire figurer dans le contrat. Si cela n'est pas possible, le contrat devrait stipuler que tout litige entre les parties sur les questions de priorité devrait être réglé conformément à la procédure prévue à cet effet (voir le chapitre "Règlement des litiges").

E. *Portée du caractère confidentiel des spécifications, dessins et autres documents techniques*

28. La portée du caractère confidentiel des informations contenues dans les spécifications, dessins et autres documents techniques est une question importante qui devrait être tranchée dans le contrat. Les parties peuvent souhaiter indiquer que celle d'entre elles qui prépare les spécifications et les dessins devrait également en demeurer propriétaire. Dans les contrats relatifs à la construction d'installations industrielles, il est habituellement stipulé que l'entrepreneur garde la propriété des documents techniques se rapportant à la construction livrée à l'acheteur. Ce dernier a le droit d'utiliser ces documents pour les fins auxquelles ils sont destinés (par exemple exécuter les obligations qui lui incombent dans le cadre de la construction), mais il n'est pas autorisé à divulguer les informations qui y sont contenues à un tiers sans le consentement préalable de l'entrepreneur. Le même principe devrait s'appliquer aux documents techniques que l'acheteur fournit à l'entrepreneur.

29. Dans certains cas, toutefois, les parties peuvent souhaiter stipuler que les documents techniques fournis par l'une d'entre elles deviendront la propriété de l'autre. Par exemple, si l'acheteur a l'intention de construire lui-même une deuxième installation identique ou similaire, il voudra peut-être acquérir la propriété, sans restriction d'usage, des documents techniques établis par l'entrepreneur. Le contrat stipule souvent que les documents techniques que reçoit l'acheteur à des fins d'entretien deviendront sa propriété. Il peut toutefois prévoir que tous les documents techniques de ce type, même lorsqu'ils sont propriétés de l'acheteur, restent confidentiels, et ne peuvent être divulgués à des tiers.

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.2]

Achèvement, réception et prise en charge

Résumé

Le contrat devrait contenir des dispositions relatives à l'achèvement de la construction, à la réception des installations et à la prise en charge des installations et autres biens. Ces dispositions devraient indiquer à quel moment ces faits se produisent et en définir les effets juridiques (par. 1 et 2).

D'une manière générale, l'achèvement de la construction devrait se produire lorsque les équipements, les matériaux et les services prévus au contrat ont été fournis par l'entrepreneur. Le contrat devrait indiquer une date ou un délai pour l'achèvement de la construction (par. 3 à 7). Le contrat peut contenir un calendrier fixant l'ordre dans lequel doivent se succéder les travaux de construction. Lorsque plusieurs entrepreneurs participent à la construction, chaque contrat devrait, dans la mesure du possible, contenir un calendrier et chaque entrepreneur devrait être tenu d'exécuter le contrat conformément à son calendrier (par. 8 à 11).

Le délai d'achèvement, ou le délai obligatoire prévu au calendrier pour la construction d'une portion des installations, devrait pouvoir être prolongé dans certains cas (par. 12 à 16). L'entrepreneur devrait être tenu de notifier à l'acheteur tout fait ouvrant droit à une prolongation des délais et dont l'acheteur peut ne pas avoir connaissance. Il devrait aussi être tenu de notifier à l'acheteur la durée de prolongation qu'il juge raisonnable dès qu'il a connaissance des faits permettant d'évaluer cette durée (par. 15).

L'achèvement de la construction devrait être prouvé au moyen d'essais d'achèvement des travaux mécaniques. Si ces essais d'achèvement des travaux mécaniques donnent satisfaction, la construction peut être considérée comme ayant été achevée à la date proposée par l'acheteur pour le commencement des essais ou, autre possibilité, à la date à laquelle les essais probants auront été achevés (par. 17 à 19).

Après l'achèvement, l'acheteur devrait procéder à la réception des installations si celles-ci ne présentent pas de défauts majeurs. D'une manière générale, l'absence de défauts majeurs devrait être prouvée au moyen d'essais de bon fonctionnement. Toutefois, l'acheteur devrait pouvoir, s'il le souhaite, accepter les installations, même si les essais de bon fonctionnement ne sont pas satisfaisants (par. 20 et 21).

La réception devrait être considérée comme se produisant au moment de l'achèvement des essais de bon fonctionnement satisfaisants. Si les essais de bon fonctionnement ne sont pas effectués au moment prévu au contrat, le contrat devrait contenir des dispositions appropriées permettant de déterminer le moment où la réception a lieu. Si les essais de bon fonctionnement ne sont pas nécessaires, la réception devrait être considérée comme ayant lieu lorsque l'achèvement de la construction est prouvé (par. 24 et 25). Il serait souhaitable que le contrat exige que soit appliqué un protocole de réception (par. 26 et 27).

Le contrat devrait énoncer les effets juridiques de la réception. Au moment de la réception, l'entrepreneur devrait être tenu de remettre à l'acheteur les installations que ce dernier devra prendre en charge, le risque de perte ou d'endommagement des installations qui n'incombe pas encore à l'acheteur devrait passer de l'entrepreneur à l'acheteur et la période de garantie de qualité devrait commencer à courir. La réception peut avoir d'autres effets juridiques (par. 28 à 31).

Le contrat devrait stipuler que la prise en charge a lieu lorsqu'une partie prend possession des équipements, des matériaux, de l'usine pendant la construction ou des installations achevées, selon le cas. En cas de prise en charge autre que la prise en charge des installations par l'acheteur après réception, le principal effet de la prise en charge devrait être que le risque de perte ou d'endommagement des biens passe à la partie les prenant en charge, sauf si ce risque lui incombe déjà (par. 32).

Le contrat peut stipuler que l'acheteur doit prendre en charge des biens avant la réception, par exemple, lorsqu'une portion des installations est achevée par un entrepreneur séparé, lorsque les installations doivent fonctionner pendant une période de rodage, lorsque le contrat est résilié ou lorsque la construction doit être achevée par un nouvel entrepreneur aux frais et aux risques de l'entrepreneur initial (par. 33 à 38). Le contrat peut prévoir l'application d'un protocole de prise en charge (par. 39). Le contrat peut aussi prévoir la prise en charge de certains biens par l'entrepreneur (par. 40 et 41).

* * *

A. *Remarques générales*

1. L'entrepreneur devrait avoir pour principale obligation d'achever la construction des installations conformément au contrat. La réception des installations par l'acheteur devrait alors avoir lieu et les installations devraient être remises à l'acheteur. Dans certains cas, l'acheteur peut prendre en charge les installations sans les recevoir. Les dispositions du contrat relatives à l'achèvement, la réception et la prise en charge devraient tenir compte d'autres dispositions contractuelles, en particulier les dispositions relatives au défaut d'exécution et au transfert des risques. La manière dont les questions relatives à la date d'achèvement, aux effets de l'achèvement, à la réception et à la prise en charge sont réglées peut dépendre du type de contrat de construction et de la nature des installations à construire.

2. Le contrat devrait indiquer clairement le moment auquel l'achèvement, la réception et la prise en charge se produisent et préciser quels en sont les effets juridiques. D'une manière générale, le contrat devrait stipuler que l'achèvement de la construction se produit lorsque les équipements, les matériaux et les services requis au contrat ont été fournis par l'entrepreneur. Le contrat

devrait également exiger que l'achèvement soit prouvé grâce à des essais d'achèvement des travaux mécaniques satisfaisants. D'une manière générale, la réception devrait être effectuée lorsque l'entrepreneur prouve au moyen d'essais de bon fonctionnement satisfaisants que les installations achevées fonctionnent, pour l'essentiel, conformément au contrat et ne présentent par conséquent aucun défaut majeur; la réception peut cependant être effectuée dans certains cas sans qu'il soit procédé à des essais de bon fonctionnement, ou même si les résultats de ces essais ne sont pas satisfaisants. Toutefois, le contrat devrait stipuler que même après réception des installations, l'acheteur dispose de recours pour les défauts décelés avant la réception ou notifiés pendant la période de garantie, à condition que la responsabilité de ces défauts incombe à l'entrepreneur (voir le chapitre "Défaut d'exécution"). La prise en charge par l'acheteur devrait avoir lieu lorsqu'il prend possession des équipements, des matériaux, de l'usine pendant la construction ou des installations achevées, selon le cas, et la prise en charge par l'entrepreneur devrait intervenir lorsque ce dernier prend possession des équipements ou des matériaux.

B. *Achèvement de la construction*

1. *Délai d'achèvement de la construction*

3. Le contrat devrait clairement indiquer le moment où la construction doit être achevée par l'entrepreneur. Le moment où la construction est achevée peut être indiqué soit par une date fixe, soit par référence à un délai. Si on choisit de fixer une date, le contrat devrait énoncer les cas dans lesquels cette date peut être reportée, ainsi que la durée de la prolongation. Si le contrat exige que la construction soit achevée dans un délai donné, le contrat devrait préciser à quel moment ce délai commence à courir, dans quelles circonstances il peut cesser de courir ou être prolongé et la durée autorisée de la prolongation.

4. Pour déterminer à partir de quel moment le délai d'achèvement de la construction commence à courir, on peut envisager les dates suivantes :

a) La date à laquelle le contrat entre en vigueur;

b) La date à laquelle l'entrepreneur est avisé par l'acheteur que toutes les licences d'importation d'équipement et de matériaux et toutes les autorisations officielles de construction des installations requises dans le pays de l'acheteur ont été accordées à l'acheteur, ou la date à laquelle l'entrepreneur est avisé par l'acheteur que la construction doit commencer;

c) La date à laquelle l'entrepreneur reçoit une avance sur le prix fixé au contrat;

d) La date à laquelle l'acheteur remet à l'entrepreneur la conception, les plans ou les documents descriptifs nécessaires au démarrage de la construction.

5. Dans le contrat peuvent figurer plus d'une des dates mentionnées au paragraphe précédent, auquel cas le délai devrait commencer à jouer à compter de celle de ces dates qui est la plus avancée.

6. Si un entrepreneur seulement participe à la construction des installations, il serait, d'une manière générale, dans l'intérêt de l'acheteur que la construction s'achève le plus rapidement possible et il serait bon que la date d'achèvement ou la fin du délai soit considérée comme la date définitive d'achèvement, un achèvement anticipé étant possible ou même encouragé. Dans certains cas, cependant, l'acheteur peut ne pas souhaiter que la construction s'achève de manière anticipée pour diverses raisons pratiques, liées notamment aux accords financiers qu'il a conclus.

7. Exceptionnellement, dans les cas où la construction est complexe et de longue haleine, il peut être difficile au moment de la conclusion du contrat de fixer une date ou un délai pour l'achèvement de la construction. Dans ce cas, le contrat peut provisoirement fixer une date ou un délai et stipuler que la date définitive d'achèvement devra être décidée ultérieurement par les parties, dans un délai qui devra être indiqué au contrat. Si les parties ne peuvent s'accorder, le délai d'achèvement devrait être déterminé au moyen d'une procédure de règlement des litiges (voir le chapitre XL "Règlement des litiges"). Le fait que cette procédure soit en cours ne devrait pas suspendre l'exécution du contrat.

2. *Calendrier de la construction et de son achèvement*

8. Le contrat peut contenir un calendrier fixant l'ordre dans lequel les travaux de construction doivent se succéder. Un calendrier est utile car il permet d'évaluer plus facilement l'avancement de la construction. Il peut également faciliter le choix d'une durée de prolongation pour l'achèvement en cas de modification de la construction ou en cas d'entrave à la construction. Le calendrier peut prévoir l'ordre dans lequel les divers travaux nécessaires à l'achèvement de la construction doivent se succéder et la date à laquelle ils doivent être effectués, sans toutefois imposer d'obligations juridiques. Il peut aussi fixer des dates ou des délais d'achèvement obligatoires intermédiaires pour les diverses phases de la construction ou pour des portions des installations. L'entrepreneur qui ne respecte pas ces dates ou délais obligatoires devrait être considéré comme étant en retard (voir le chapitre "Défaut d'exécution", par. 36 à 38). Outre les obligations de l'entrepreneur relatives à la construction des installations, le calendrier devrait énumérer toutes les obligations de l'acheteur relatives à la construction (par exemple fourniture du terrain ou des équipements ou des matériaux). Lorsqu'un calendrier figure au contrat, l'entrepreneur devrait être tenu, pendant la construction, de faire régulièrement rapport à l'acheteur (par exemple le 1er du mois) sur l'état d'avancement de la construction.

9. Le calendrier devrait être présenté d'une manière (par exemple sous forme de diagramme) qui permette d'enregistrer les progrès effectivement accomplis par comparaison. L'une des méthodes de conception du calendrier que les parties peuvent souhaiter adopter est la méthode dite du "chemin critique". Dans cette méthode, l'ensemble de la construction est divisé en tâches distinctes et à chaque tâche correspond une

période pendant laquelle elle doit être exécutée. Ces périodes figurent dans un diagramme qui décrit l'ordre dans lequel se succèdent les activités de construction et les relations qu'elles ont entre elles. Les activités critiques, c'est-à-dire les activités dont d'autres activités dépendent, forment une chaîne continue, appelée chemin critique, qui s'inscrit transversalement sur le diagramme. Cette méthode peut faciliter l'évaluation des conséquences qu'aurait un retard dans certaines activités de construction pour d'autres activités de construction.

10. Lorsque plusieurs entrepreneurs doivent participer à la construction (l'approche des contrats séparés : voir le chapitre "Choix des types de contrats"), un calendrier indiquant l'ordre dans lequel les phases de la construction doivent se succéder devrait figurer dans chaque contrat afin de permettre à l'acheteur de coordonner la construction de l'ensemble des installations. Chaque entrepreneur devrait être tenu de construire en respectant le calendrier. L'ordre dans lequel doivent se succéder les différentes phases de la construction dans chaque contrat et le calendrier général de construction de l'ensemble des installations devraient être harmonisés. Cependant, lorsqu'il est impossible de convenir d'un calendrier au moment de la conclusion du contrat, le contrat pourrait simplement indiquer le délai dans lequel la construction requise au contrat doit être achevée. Une date précise pour le commencement de la construction peut être déterminée ultérieurement par l'acheteur, compte tenu du calendrier de construction convenu avec les autres entrepreneurs participant à la construction. Cependant, le contrat peut stipuler que si l'acheteur exige que la construction commence avant ou après certaines dates indiquées au contrat, l'entrepreneur aura le droit d'exiger un certain ajustement du prix. Le contrat peut également stipuler que si l'acheteur n'exige pas le démarrage de la construction dans le délai indiqué au contrat, l'entrepreneur peut être autorisé à résilier le contrat.

11. Si le contrat stipule que les parties doivent convenir d'un calendrier ultérieurement, le contrat devrait, en outre, prévoir une procédure permettant d'arriver à cet accord. Si le délai d'achèvement est prolongé, le calendrier de construction devrait être adapté au nouveau délai d'achèvement. L'impossibilité de s'accorder sur le calendrier ou son adaptation devrait ouvrir à chacune des parties le droit de soumettre le litige à une procédure appropriée de règlement des litiges.

3. *Prolongation du délai d'achèvement*

12. Le délai d'achèvement de la construction indiqué au contrat, ou le délai obligatoire de construction d'une portion des installations prévu au calendrier, devrait pouvoir être prolongé dans certains cas. Les parties pourraient prévoir cette prolongation pour les cas suivants :

a) La construction a été suspendue par l'acheteur pour convenance personnelle ou par l'entrepreneur en raison de l'inexécution par l'acheteur d'une de ses obligations (voir le chapitre "Suspension de la construction", par. 6 et 17 et le chapitre "Défaut d'exécution", par. 16);

b) Des travaux supplémentaires doivent être effectués par l'entrepreneur en raison d'une modification de la construction exigée par l'acheteur (voir le chapitre "Modifications"), ou en raison de règlementations relatives à la sécurité, à la protection de l'environnement, ou autres réglementations administratives qu'est tenu de respecter l'entrepreneur et qui ont été promulguées après la conclusion du contrat;

c) Des travaux supplémentaires doivent être effectués par l'entrepreneur pour réparer la perte ou les dommages dont le risque incombe à l'acheteur, ou pour réparer la perte ou les dommages causés par l'acheteur ou une personne employée par l'acheteur pour la construction;

d) L'acheteur, ou une personne employée par lui pour la construction, empêche l'entrepreneur de construire les installations conformément au contrat;

e) La construction est entravée par suite d'un empêchement exonératoire (voir le chapitre "Exonérations").

13. Lorsque, dans des cas exceptionnels, le contrat stipule que des dommages-intérêts libératoires doivent être versés, même si le non-respect du délai d'achèvement est dû à un empêchement exonératoire, le délai d'achèvement ne devrait pas être prolongé pour cause d'empêchement exonératoire car, si le délai d'achèvement était prolongé, cette prolongation aboutirait à une incohérence juridique puisque le fait dont découle l'obligation de payer des dommages-intérêts libératoires (c'est-à-dire le non-achèvement à la date prévue au contrat) ne se produirait pas.

14. Le contrat devrait stipuler que si des motifs de prolongation pour achèvement existent, le délai d'achèvement de la construction est automatiquement prolongé d'une période suffisante pour l'achèvement de la construction, compte tenu des travaux supplémentaires de construction qui doivent être effectués, de la période pendant laquelle l'entrepreneur n'a pas été en mesure de poursuivre la construction, ou de la période pendant laquelle la construction a été suspendue. Si le délai de prolongation doit être raisonnablement proportionnel à la durée de la suspension ou à la période pendant laquelle la construction a été empêchée, il n'est toutefois pas nécessaire qu'il soit systématiquement de la même durée que la période de suspension ou d'empêchement. Dans certains cas, il peut être préférable de ne pas prolonger le délai d'achèvement du tout, en particulier si les activités de construction critiques ne sont pas menacées. Par exemple, un délai supplémentaire peut ne pas être nécessaire en cas d'interruption brève due à des conditions météorologiques défavorables intervenant au commencement d'une construction de longue haleine.

15. S'agissant de certains faits autorisant l'entrepreneur à demander une prolongation du délai d'achèvement, mais dont l'acheteur peut ne pas être informé (par exemple les faits mentionnés au *c* et au *e* du paragraphe 12 ci-dessus), l'entrepreneur devrait être tenu de notifier promptement à l'acheteur les faits en question.

Dans tous les cas, lorsque l'importance de la construction supplémentaire à effectuer par l'entrepreneur, ou la durée d'une suspension ou d'un empêchement sont connues de l'entrepreneur, celui-ci devrait être tenu de notifier à l'acheteur la durée de la prolongation qu'il considère comme étant raisonnable. Lorsque, dans un délai donné commençant à courir lorsque l'entrepreneur adresse à l'acheteur la notification susmentionnée, les parties ne peuvent s'accorder sur une prolongation, chacune des parties devrait être habilitée à demander que cette question soit réglée dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges. L'entrepreneur devrait être tenu de poursuivre toute construction qui n'est pas touchée par le fait lui donnant droit à une prolongation.

16. La question de la prolongation pour achèvement en cas de modification de la construction par l'acheteur et la procédure à suivre en la matière sont examinées au chapitre "Modifications".

4. *Preuve de l'achèvement de la construction : essais d'achèvement des travaux mécaniques*

17. Lorsque l'entrepreneur estime que la construction est achevée, il devrait en notifier l'acheteur et devrait être tenu de prouver l'achèvement de la construction au moyen d'essais d'achèvement des travaux mécaniques probants. L'objet de ces essais est de montrer par une inspection visuelle des installations et du fonctionnement mécanique des équipements que l'ensemble de la construction entreprise par l'entrepreneur a été achevé conformément au contrat (voir le chapitre "Contrôle et essais"). Si pendant ces essais, on constate l'absence de certains articles mais que cette absence n'empêche ni ne retarde le fonctionnement des installations, les essais devraient être considérés comme probants.

18. Si les essais d'achèvement des travaux mécaniques donnent satisfaction, la construction peut être considérée comme ayant été achevée à la date proposée par l'entrepreneur pour le commencement des essais, ou, à la date à laquelle les essais satisfaisants ont été achevés. Lorsque cette dernière date est retenue en tant que date d'achèvement, le contrat devrait stipuler que si, en raison d'obstacles dont l'entrepreneur n'est pas responsable, les essais ne peuvent être achevés à la date prévue au contrat pour l'achèvement de la construction, l'entrepreneur ne doit pas être considéré comme étant en retard.

19. Si les essais d'achèvement des travaux mécaniques ne sont pas effectués à la date prévue au calendrier ou si les essais ne donnent pas satisfaction, l'achèvement de la construction ne sera pas prouvé. Le contrat devrait stipuler à cet effet que les essais doivent être effectués à une date ultérieure ou être répétés. Si certaines formalités (par exemple la participation d'un organe d'inspection) sont nécessaires à la conduite des essais d'achèvement des travaux mécaniques, et si ces essais ne peuvent être effectués en raison de l'impossibilité de respecter ces formalités, impossibilité qui persiste au-delà du délai prévu au contrat pour la conduite des essais, le contrat devrait autoriser l'entrepreneur à prouver de la manière de son choix l'achèvement de la construction (voir le chapitre "Contrôle et essais").

C. *Réception*

20. Le contrat devrait stipuler qu'après l'achèvement, la réception des installations par l'acheteur doit intervenir si les installations ne présentent pas de défauts majeurs (voir le chapitre "Défaut d'exécution"). D'une manière générale, ceci devrait être prouvé au moyen d'essais de bon fonctionnement (voir le chapitre "Contrôle et essais"). Les essais de bon fonctionnement ne devraient être effectués que lorsque les essais d'achèvement des travaux mécaniques ont donné satisfaction, sauf si l'acheteur accepte que des essais de bon fonctionnement soient effectués sans essais d'achèvement des travaux mécaniques préalables. Dans certains cas, cependant, le contrat peut autoriser que soient réunis les essais d'achèvement des travaux mécaniques et les essais de bon fonctionnement au sein d'une même procédure. Dans d'autres cas, en raison de la nature de la construction, les essais de bon fonctionnement peuvent ne pas être nécessaires.

21. Même lorsque les essais de bon fonctionnement ne sont pas satisfaisants, l'acheteur devrait être autorisé, s'il en exprime le vœu, à effectuer la réception des installations. Cette réception peut être effectuée au moyen de l'application par les parties d'un protocole de réception (voir par. 26 et 27 ci-après).

22. Si certaines formalités (par exemple la participation d'un organe d'inspection) sont requises pour la conduite des essais de bon fonctionnement et si les essais ne peuvent être conduits du fait d'une impossibilité de se conformer à ces formalités, impossibilité qui persiste au-delà du délai prévu au contrat pour la conduite des essais, les installations devraient être mises en exploitation. L'exploitation des installations pendant un délai équivalant au délai spécifié au contrat pour la durée des essais de bon fonctionnement devrait être considérée comme constituant des essais de bon fonctionnement.

23. Si la construction de différentes portions des installations est achevée à des moments différents et que ces portions peuvent être essayées et utilisées indépendamment, chaque portion peut faire l'objet d'une réception séparée, si le contrat en dispose ainsi. Lorsque c'est le cas, les règles relatives à l'achèvement et à la réception de l'ensemble de la construction devraient être applicables à l'achèvement et à la réception de ces portions de la construction. Toutefois, dans certains cas où plusieurs entrepreneurs participent à la construction des installations, il peut se révéler impossible d'essayer ou de faire fonctionner les équipements fournis et installés par l'un de ces entrepreneurs avant l'achèvement de l'ensemble des installations. Les essais de bon fonctionnement et la réception ne peuvent alors avoir lieu qu'une fois achevée la construction par les autres entrepreneurs, et le contrat peut stipuler que la portion des installations achevée par l'entrepreneur doit être prise en charge par l'acheteur.

1. *Date de la réception*

24. La réception des installations ayant des effets juridiques importants, le contrat devrait énoncer clairement à quel moment la réception a lieu. Si les essais de bon fonctionnement donnent satisfaction, la réception devrait intervenir au moment de l'achèvement des essais, que l'acheteur signe ou non un protocole d'essais de bon fonctionnement (voir le chapitre "Contrôle et essais"), ou qu'il prenne ou non une mesure de réception, telle que la signature d'un protocole de réception. S'il y a litige entre les parties quant au résultat des essais de bon fonctionnement et qu'il apparaît ultérieurement que les essais étaient satisfaisants, la réception devrait être réputée effectuée au moment de l'achèvement des essais.

25. Si les essais de bon fonctionnement ne sont pas effectués à la date prévue au calendrier, ou si les essais ne donnent pas satisfaction, la réception ne doit normalement pas intervenir et le contrat devrait contenir des dispositions appropriées pour que les essais soient reportés à une date ultérieure ou soient répétés, selon le cas (voir le chapitre "Contrôle et essais"). Si les essais reportés ne sont pas effectués pour des raisons dont aucune des parties n'est responsable, la réception ne devrait intervenir qu'après des essais satisfaisants, sauf si l'acheteur décide de recevoir les installations alors même que les essais n'ont pas été effectués. Cependant, lorsque les essais reportés ne sont pas effectués pour des raisons dont l'acheteur est responsable, le contrat devrait stipuler que la réception n'intervient que lorsque l'entrepreneur notifie par écrit à l'acheteur que la réception est réputée avoir eu lieu. Si les essais reportés ne sont pas effectués pour des raisons imputables à l'entrepreneur, la réception ne devrait pas avoir lieu, sauf si l'acheteur décide de recevoir les installations alors même que les essais n'ont pas été effectués. Pour les cas où les essais de bon fonctionnement ne sont pas nécessaires, la réception devrait être réputée avoir lieu au moment où l'achèvement de la construction est prouvé. Les litiges quant au fait de savoir si les installations ont ou non été acceptées, et, si elles l'ont été, à quelle date, devraient être réglés dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges.

2. *Protocole de réception*

26. Il peut être souhaitable que le contrat prévoie l'application d'un protocole de réception, signé par les deux parties, par lequel la réception des installations par l'acheteur serait confirmée. Un protocole liant les deux parties est préférable à un acte unilatéral prouvant la réception. Un tel protocole permet de réduire les risques de litiges relatifs à la réception et à la date de réception des installations. En outre, grâce au protocole de réception, l'acheteur pourrait indiquer qu'il a accepté de recevoir les installations dans le cas où la réception ne se produirait pas autrement (voir par. 21 ci-dessus).

27. Le protocole de réception devrait évaluer les résultats des essais de bon fonctionnement, s'il s'est révélé impossible de faire figurer cette évaluation dans le protocole relatif aux essais de bon fonctionnement (voir le chapitre "Contrôle et essais") et devrait indiquer la date de réception. Normalement, celle-ci devrait être la date à laquelle les essais de bon fonctionnement ont été couronnés de succès. En outre, il peut être souhaitable que ce protocole comporte un calendrier pour la fourniture des articles dont les essais d'achèvement des travaux mécaniques ont révélé l'absence (si un tel calendrier ne figure pas déjà dans le protocole relatif aux essais d'achèvement des travaux mécaniques, voir le chapitre "Contrôle et essais") et pour l'élimination des défauts décelés pendant les essais de bon fonctionnement. Si un litige oppose les parties sur certains points, tels les délais dans lesquels il doit être remédié aux défauts décelés, le protocole devrait refléter les vues des deux parties. Ces litiges devraient être réglés dans le cadre d'une procédure de règlement des litiges.

3. *Effets juridiques de la réception*

28. Le contrat devrait énoncer clairement les effets juridiques de la réception. Les parties peuvent convenir que, au moment de la réception, l'entrepreneur est tenu de remettre les installations à l'acheteur et ce dernier est tenu de les prendre en charge, que le risque de perte ou d'endommagement des installations passe de l'entrepreneur à l'acheteur et que la période de garantie de qualité commence à courir. En outre, la réception peut avoir une incidence sur les recours ouverts à l'acheteur en ce qui concerne les défauts décelés dans les installations. Certains recours pour défauts dans les installations (par exemple la réduction du prix) peuvent n'être envisageables que si les installations ont été reçues par l'acheteur. Les conditions dans lesquelles d'autres recours (par exemple la résiliation du contrat) sont ouverts peuvent différer selon que la réception des installations a eu lieu ou non (voir le chapitre "Défaut d'exécution", par. 55 et 69). La date de la réception peut également avoir une incidence sur d'autres questions, par exemple, le paiement d'une fraction du prix (voir le chapitre "Prix").

29. Après réception par l'acheteur, l'entrepreneur devrait être tenu de remettre promptement à l'acheteur les installations que celui-ci doit prendre en charge, et l'entrepreneur devrait quitter le chantier.

30. Le contrat devrait stipuler que le risque de perte ou d'endommagement des installations qui n'est pas déjà supporté par l'acheteur devrait passer de l'entrepreneur à l'acheteur au moment de la réception des installations. Dans certains cas, le risque de perte ou d'endommagement de l'usine pendant la construction peut déjà incomber à l'acheteur avant la réception, notamment lorsque plusieurs entrepreneurs sont employés pour la construction des installations (voir le chapitre "Répartition des risques de perte ou de dommages"), ou lorsque les installations achevées sont prises en charge par l'acheteur pour une période de rodage avant les essais de bon fonctionnement et la réception (voir par. 35 et 36 ci-après).

31. La période de garantie de qualité pour l'installation devrait, d'une manière générale, commencer à cou-

rir au moment de la réception. Dans certains cas, cependant, il peut arriver qu'une portion des installations qui a déjà été achevée par l'entrepreneur et dont la réception a été faite par l'acheteur ne doive pas être mise en service avant l'achèvement de la construction et les essais de bonne exécution des autres portions des installations. La période de garantie peut alors commencer à courir à un moment autre que celui de la réception de cette portion des installations (voir le chapitre "Défaut d'exécution", par. 30 et 31).

D. *Prise en charge*

32. Le contrat devrait stipuler que la prise en charge a lieu lorsqu'une partie prend possession des équipements, des matériaux, de l'usine pendant la construction ou des installations achevées, selon le cas. En cas de prise en charge autre que la prise en charge des installations par l'acheteur après réception (voir par. 29 ci-dessus), le principal effet de la prise en charge devrait être que le risque de perte ou d'endommagement des biens pris en charge passe de la partie qui les livre à la partie qui les prend en charge, sauf si cette dernière supporte déjà le risque (par exemple lorsque le risque a été transféré au moment où les équipements ont été remis au premier transporteur pour transmission à l'acheteur). En outre, l'acheteur peut être tenu de payer une fraction du prix au moment de la prise en charge de certains biens (voir le chapitre "Prix").

1. *Prise en charge par l'acheteur*

33. Le contrat peut non seulement stipuler que l'acheteur doit prendre en charge les installations au moment de leur réception, mais aussi qu'il peut prendre en charge des biens avant réception des installations.

a) *Prise en charge après achèvement de la construction par un des entrepreneurs*

34. Cette prise en charge est examinée au paragraphe 23 ci-dessus.

b) *Prise en charge pour rodage*

35. Dans certains contrats de construction, il peut être convenu que les essais de bon fonctionnement doivent être effectués après une période de rodage des installations, le personnel de l'acheteur s'étant pleinement familiarisé avec le fonctionnement des installations et les installations étant exploitées dans des conditions normales. Grâce à cette approche, il est plus facile de garantir à l'acheteur que les installations, exploitées par son propre personnel, sont bien conformes aux normes de fonctionnement du contrat. Il s'agit là d'une pratique normale dans le cadre d'un contrat produit en main (voir le chapitre "Choix des types de contrat") qui peut en outre être conseillée dans tout autre type de contrat dans lequel il incombe à l'entrepreneur de former le personnel de l'acheteur à l'exploitation et à la maintenance des installations. Lorsque les parties choisissent cette approche, le contrat devrait stipuler que les installations seront prises en charge une fois l'achèvement de la construction prouvé et devrait indiquer la durée de la période de rodage. Cette période devrait commencer au moment de la prise en charge des installations. Le contrat devrait stipuler que la période de rodage cessera de courir lors de toute interruption du fonctionnement des installations dont la responsabilité incombe à l'entrepreneur. Normalement, les essais de bon fonctionnement devraient être effectués à l'issue de la période de rodage.

36. Pendant la période de rodage, les installations devraient être exploitées par le personnel de l'acheteur sous la direction et la supervision du personnel de l'entrepreneur. Les dépenses correspondant au personnel de l'entrepreneur devraient incomber à l'entrepreneur et les autres coûts liés à l'exploitation des installations devraient incomber à l'acheteur. Cependant, l'acheteur devrait être tenu de remédier à ses frais aux défauts découverts pendant la période de rodage, sauf s'ils résultent de faits couverts par le risque incombant à l'acheteur, ou du non-respect par le personnel de l'acheteur des instructions données par l'entrepreneur. La production des installations pendant la période de rodage devrait revenir à l'acheteur.

c) *Prise en charge en cas de résiliation du contrat*

37. Lorsque l'entrepreneur ne s'acquitte pas de ses obligations conformément au contrat, le droit qu'a l'acheteur de résilier le contrat est, d'une manière générale, limité aux portions inachevées ou défectueuses des installations (voir le chapitre "Résiliation", par. 6 à 10). Le cas échéant, l'acheteur devrait avoir le droit d'exiger que les portions des installations déjà construites lui soient remises de sorte que la construction puisse être achevée, ou qu'il puisse être remédié aux défauts découverts, par lui-même ou par un autre entrepreneur. La prise en charge des installations inachevées ou défectueuses devrait être effectuée dans un délai bref, à préciser au contrat, après la résiliation. La période de garantie couvrant la portion des installations prises en charge par l'acheteur devrait commencer à courir au moment où l'ensemble des installations est achevé et mis en service.

d) *Prise en charge en cas d'achèvement de la construction par un autre entrepreneur aux frais et aux risques du premier entrepreneur*

38. Si l'acheteur choisit le recours qui consiste à faire achever la construction par un nouvel entrepreneur aux frais et aux risques de l'entrepreneur (voir le chapitre "Défaut d'exécution", par. 38), l'entrepreneur devrait être tenu de remettre les installations inachevées à l'acheteur pour que celui-ci les prenne en charge. Le moment où a lieu cette prise en charge devrait coïncider avec le moment où l'entrepreneur est tenu d'arrêter la construction et de quitter le chantier (voir le chapitre "Défaut d'exécution", par. 65).

2. *Protocole de prise en charge*

39. Dans tous les cas de prise en charge, indiqués aux paragraphes 34 à 38 ci-dessus, il peut être souhaitable

que le contrat exige le recours à un protocole de prise en charge, signé par les deux parties et qui indiquerait que les installations ont été prises en charge par l'acheteur. Le protocole devrait également indiquer la date de la prise en charge et contenir une description de l'état des installations au moment de la prise en charge.

3. *Prise en charge par l'entrepreneur*

40. Lorsqu'il est nécessaire de remédier à certains défauts en remplaçant des équipements ou des matériaux défectueux, ou lorsque le contrat est résilié en raison de défauts des installations, l'entrepreneur peut être obligé de prendre en charge les équipements ou matériaux défectueux, s'ils sont en la possession de l'acheteur, et de les faire disparaître du chantier. Dans certains cas, cependant, l'entrepreneur peut être autorisé en vertu du contrat à ne les faire disparaître du chantier qu'après les avoir remplacés par de nouveaux équipements ou matériaux.

41. Si le contrat est résilié par l'entrepreneur pour défaut d'exécution de l'acheteur, l'entrepreneur peut avoir le droit de prendre en charge l'équipement ou les matériaux dont il a assuré la fourniture et qui sont en la possession de l'acheteur, s'ils n'ont pas été payés par l'acheteur. Les dépenses correspondant à la prise en charge des équipements ou matériaux devraient incomber à l'acheteur.

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.3]

Répartition du risque de perte ou de dommages*

Résumé

Le contrat devrait indiquer clairement qui assume le risque de perte ou d'endommagement des équipements et matériaux de l'usine pendant sa construction et de l'installation achevée et quelles peuvent être les conséquences de ce risque (par. 1 à 4).

Les parties peuvent parfois exclure du risque à assumer par l'entrepreneur certaines catégories d'événements accidentels ou certains actes de tiers (les "risques exclus"). Cette exclusion a pour effet, dans la pratique, de faire assumer ces "risques exclus" par l'acheteur (par. 8).

La détermination du moment où le risque de perte ou d'endommagement des équipements et matériaux fournis par l'entrepreneur pour être incorporés dans l'installation devrait être transféré de l'entrepreneur à l'acheteur peut dépendre de la personne qui sera en possession desdits équipements et matériaux et en aura la garde. En outre, la possibilité d'assurer les équipements et matériaux et le moment auquel leur état peut être vérifié, seraient pris en compte (par. 11 à 16). Si un seul entrepreneur est employé pour construire la totalité de l'installation, le risque de perte ou d'endommagement de l'usine pendant sa construction et de l'installation achevée devra être supporté par lui jusqu'à l'acceptation ou la prise en charge de ces biens par l'acheteur (par. 20 et 21). Si plusieurs entrepreneurs participent à la construction, le risque relatif à l'usine pendant sa construction et à l'installation achevée doit en règle générale être assumé par l'acheteur (par. 22).

Lorsque l'entrepreneur assume le risque, il doit être tenu de réparer à ses frais la perte ou les dommages aussi rapidement que possible. Si le risque est assumé par l'acheteur, l'entrepreneur devra être tenu, si l'acheteur l'exige, de réparer la perte ou les dommages aux frais de ce dernier dès qu'il est en mesure de le faire (par. 23 et 24).

Le contrat doit également prévoir le transfert du risque de perte ou d'endommagement des équipements et matériaux fournis par l'acheteur pour être incorporés dans l'installation (par. 17 et 19) et l'attribution du risque de perte ou d'endommagement des outils et machines de l'entrepreneur à utiliser pour la construction (par. 25).

* * *

A. *Remarques générales*

1. Pendant la construction de l'installation, les équipements ou matériaux à incorporer dans l'installation, l'usine pendant la construction, ou l'installation achevée, ainsi que les outils et machines de construction que doit utiliser l'entrepreneur pour effectuer les travaux peuvent subir des pertes ou des dommages matériels, pour lesquels aucune partie n'assume la responsabilité. Ces pertes ou dommages peuvent être causés par des événements accidentels, ou par les actes de tiers et pour lesquels aucune partie n'est responsable. La probabilité de tels pertes ou dommages est généralement plus grande dans le cas d'un contrat de construction que dans certains autres types de contrats, car les travaux à effectuer sont généralement longs et complexes. Il convient donc que le contrat répartisse clairement le risque de tels pertes ou dommages pendant la construction, c'est-à-dire qu'il détermine l'ampleur du risque que doit assumer chaque partie. Quand le risque est assumé par l'une des deux parties, celle-ci doit prendre en charge les conséquences financières de la perte ou des dommages résultant de ce risque, mais ne peut obtenir de compensation de l'autre partie.

2. L'événement fortuit ou l'acte d'un tiers causant la perte ou les dommages peut également causer la non-exécution de ses obligations par la partie assumant le risque. Par exemple, l'entrepreneur qui doit réparer une usine endommagée par une tempête peut être incapable de respecter ses délais, et il peut en résulter une perte pour l'acheteur. La partie qui ne s'acquitte pas de ses obligations sera ou non tenue de verser des dommages-intérêts pour cette perte selon que l'événement fortuit ou l'acte du tiers constituera ou non un empêchement exonératoire (voir le chapitre "Exonérations").

*Ce chapitre était précédemment intitulé "Transfert des risques".

3. La question de savoir qui assume le risque de la perte ou des dommages est tranchée diversement selon les systèmes juridiques, et certaines règles de droit, en vertu desquelles par exemple ce risque doit être assumé par le propriétaire des biens, peuvent être inapplicables dans le cas d'un contrat de construction d'installations industrielles. Dans certains systèmes, le risque de perte ou d'endommagement des biens peut être transféré à un acheteur avant la remise de ce bien, lorsque le marquage, l'expédition, la notification à l'acheteur ou d'autres moyens permettent d'attester qu'il s'agit des biens faisant l'objet du contrat. En outre, des textes juridiques peuvent stipuler que les équipements et matériaux, une fois incorporés dans une usine, font partie de celle-ci, et que les règles régissant la prise en charge du risque en ce qui concerne l'usine s'appliquent également aux équipements et matériaux ainsi incorporés. En principe, toutefois, de nombreux systèmes juridiques permettent aux parties de décider qui assumera le risque, sous réserve de certaines limitations.

4. En déterminant le mode de répartition entre elles de risque de perte ou de dommages, les parties peuvent souhaiter envisager l'interaction de divers facteurs. Ainsi, il peut être avantageux de faire assumer le risque à la partie qui doit prendre les biens en sa garde, ce qui évite des contestations pour ce qui est de l'attribution de la perte ou des dommages, à un manque de vigilance, à un événement fortuit ou à l'acte d'un tiers, qui n'ont pu être empêchés. Il peut également être indiqué de faire assumer le risque par la partie qui est en mesure d'assurer les biens au moindre coût ou qui, conformément à la pratique normale en matière de contrats de construction, fournira l'assurance couvrant la perte ou les dommages en question, ou qui est la mieux placée pour faire valoir ses droits auprès d'un assureur (voir le chapitre "Assurances"). Il peut aussi être avantageux de faire assumer le risque par la partie qui est la mieux placée pour récupérer et céder le bien endommagé.

5. En outre, il convient de noter qu'il n'est généralement pas indiqué de prévoir dans le contrat, pour un risque donné, plus d'un transfert entre les parties (par exemple de l'acheteur à l'entrepreneur, puis de l'entrepreneur à l'acheteur). La conséquence probable d'un transfert multiple est de créer des complications et d'introduire un élément d'incertitude quant à la partie qui assume le risque.

6. Les conséquences financières liées à la prise en charge d'un risque peuvent être considérablement atténuées si le risque est couvert par une assurance. Toutefois, comme certains riques liés à l'exécution d'un contrat de construction ne peuvent être couverts par une assurance à des conditions raisonnables, il faut rappeler qu'une partie peut être contrainte d'assumer certains risques pour lesquels elle ne s'est pas assurée (voir le chapitre "Assurances").

7. Le risque supporté par un entrepreneur peut porter sur la perte ou l'endommagement d'équipements et matériaux à incorporer dans l'installation, l'usine pendant sa construction et l'installation achevée jusqu'à son acceptation. Il peut dépendre du type de contrat de construction que l'entrepreneur ait à assumer le risque pour la totalité ou une partie seulement de ces éléments.

8. Les parties peuvent parfois exclure du risque que doit assumer l'entrepreneur la perte ou les dommages causés par certains événements. Dans la pratique, les pertes ou les dommages causés par une guerre, une révolte, ou d'autres actions militaires, des émeutes (à moins qu'elles soient exclusivement le fait des employés de l'entrepreneur ou de ses sous-traitants), un combustible ou des déchets nucléaires, des ondes de choc provoquées par les avions, des tremblements de terre, des inondations sont souvent exclus. Cette exclusion ne s'applique en général qu'aux cas où les pertes ou dommages sont causés par de tels événements survenant dans le pays où l'installation doit être construite. Mais si l'acheteur doit prendre en charge les risques résultant de tels événements même hors du pays où l'installation est construite, le contrat doit clairement stipuler le moment à partir duquel l'acheteur doit les assumer (par exemple au moment où les équipements ou matériaux sont remis au premier transporteur pour être acheminés au chantier).

9. Dans certains contrats de construction, le risque assumé par une partie est limité à la perte ou aux dommages causés par des événements fortuits naturels (comme des inondations ou des tempêtes), et la répartition des risques de perte ou de dommages causés par un tiers dont aucune partie n'est responsable se fait conformément au droit applicable. Cette approche est peut-être toutefois à déconseiller, car il peut être difficile, dans la pratique, de déterminer si la perte ou les dommages ont été causés par un événement fortuit ou par un tel tiers.

10. Dans les cas où les équipements, les matériaux, l'usine pendant sa construction ou l'installation achevée sont en la possession de l'entrepreneur, alors que le risque de perte ou d'endommagement de ces biens est assumé par l'acheteur, il peut être indiqué de stipuler que l'entrepreneur prend toutes les précautions raisonnables pour empêcher ou réduire au minimum de tels pertes ou dommages. L'entrepreneur doit également être tenu de signaler rapidement à l'acheteur toute perte ou tout dommage[1].

B. *Equipements et matériaux fournis par l'entrepreneur pour être incorporés dans l'installation*

11. Le moment où le risque doit passer de l'entrepreneur à l'acheteur peut dépendre de la partie qui est en possession des équipements et matériaux ou les a sous sa garde. En outre, le risque ne doit pas être transféré à

[1] *Exemple de disposition*

"En construisant l'installation et en exécutant toute autre obligation en vertu du contrat concernant tous équipements et matériaux, l'usine pendant sa construction ou l'installation achevée, l'entrepreneur prend toutes les précautions raisonnables pour prévenir toutes pertes ou dommages dont le risque est assumé par l'acheteur, et pour limiter au minimum l'importance de tels pertes ou dommages. L'entrepreneur signale rapidement à l'acheteur toutes pertes ou tous dommages après qu'il les a découverts ou aurait dû les découvrir."

un moment où il n'y a qu'une possibilité limitée de vérifier l'état des équipements et matériaux. Si ces équipements et matériaux ne sont pas vérifiés comme il convient au moment du transfert du risque, et que l'on constate plus tard qu'ils sont perdus ou endommagés, il peut être difficile de déterminer à quel moment la perte ou le dommage s'est produit et qui doit en assumer le risque.

12. Le type de contrat de construction peut également permettre de déterminer le moment où le risque doit être transféré. Si un seul entrepreneur assume la responsabilité de l'ensemble de la construction de l'installation (en particulier dans le cas d'un contrat clefs en main), le risque de perte ou d'endommagement des équipements et matériaux à incorporer doit, pendant la construction, être à la charge de l'entrepreneur. Si, en pareil cas, l'acheteur doit assumer le risque à un moment quelconque de la construction et que l'installation ne fonctionne pas conformément au contrat, la détermination de l'origine de cette défaillance, à savoir perte ou endommagement d'équipements ou matériaux pour lesquels le risque était assumé par l'acheteur ou faute de l'entrepreneur, peut donner lieu à des litiges.

13. Si toutefois les parties à un contrat clefs en main conviennent que le risque pendant la construction doit être à la charge de l'acheteur, elles peuvent atténuer la difficulté mentionnée au paragraphe ci-dessous en stipulant que l'entrepreneur est responsable de la défaillance de l'installation, à moins qu'il ne prouve que cette défaillance a été causée par une perte ou des dommages dont le risque était assumé par l'acheteur, et à moins qu'il n'ait signalé cette perte ou ces dommages à l'acheteur après qu'il les a découverts ou aurait dû les découvrir.

14. Si plusieurs entrepreneurs participent à la construction de l'installation, le moment où le risque de perte ou d'endommagement des équipements et matériaux doit passer d'un entrepreneur à l'acheteur peut dépendre de l'obligation ou de l'absence d'obligation pour le personnel de l'entrepreneur d'être présent sur le chantier au moment de la livraison. S'il faut que le personnel de l'entrepreneur soit présent et prenne en charge les équipements et matériaux qui doivent rester en possession de l'entrepreneur jusqu'à ce qu'ils soient incorporés dans l'installation, les parties peuvent convenir que l'entrepreneur doit assumer le risque jusqu'à cette incorporation[2].

15. Au contraire, si le personnel de l'entrepreneur n'a pas à être présent sur le chantier au moment de la livraison, et que les équipements et matériaux doivent être pris en charge et entreposés par l'acheteur jusqu'à ce qu'ils soient utilisés par l'entrepreneur pour la construction, le risque doit être transféré à l'acheteur à un moment approprié et rester à sa charge. Les parties peuvent examiner lequel des moments indiqués ci-dessous peut être retenu pour le transfert des risques à l'acheteur :

a) Moment où les équipements et matériaux sont remis au premier transporteur pour être transmis à l'acheteur conformément au contrat, ou ont effectivement passé le bastingage du navire au port d'embarquement convenu,

b) Moment où sont achevées les formalités douanières du poste frontière du pays d'où les équipements et matériaux sont exportés, ou

c) Moment où les équipements et matériaux sont pris en charge par l'acheteur ou mis à sa disposition sur le chantier[3].

16. Une autre solution consiste à stipuler que le risque doit être transféré conformément à celle des règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux (INCOTERMS), publiés par la Chambre de commerce internationale, qui s'applique à un terme commercial (par exemple c.a.f. ou f.o.b.) choisi dans le contrat par les parties[4].

C. *Equipements et matériaux fournis par l'acheteur pour être incorporés dans l'installation*

17. Dans certains contrats de construction, l'acheteur est tenu de fournir les matériaux et équipements qu'utilisera l'entrepreneur pour construire l'installation. En pareil cas, le contrat doit préciser la partie qui assume le risque de perte ou d'endommagement de ces équipements ou matériaux.

[2] *Exemples de dispositions*

"1) L'entrepreneur assume le risque de toute perte ou de tout endommagement, quelle qu'en soit la cause, des équipements et matériaux fournis par lui jusqu'à leur incorporation dans l'installation.

"2) Toutefois, le risque assumé par l'entrepreneur ne couvre aucune perte ou aucun dommage causés par l'acheteur ou une personne employée par lui [ou causés par ... (indiquer ici "risques exclus"; voir le paragraphe 8 ci-dessus) dans le pays où l'installation doit être construite]."

[3] *Exemples de dispositions*

"1) Le risque de toute perte ou de tout endommagement, quelle qu'en soit la cause, des équipements et matériaux devant être fournis par l'entrepreneur pour être incorporés dans l'installation est transféré de l'entrepreneur à l'acheteur au moment où [ces équipements et matériaux sont remis au premier transporteur pour être transmis à l'acheteur conformément au contrat] [ces équipements et matériaux passent effectivement le bastingage du navire au port d'embarquement convenu] [ces équipements et matériaux sont pris en charge par l'acheteur et mis à sa disposition sur le chantier]."

"2) Identique au par. 2 de la note 2 ci-dessus.

[4] *Exemple de disposition*

"Les équipements et matériaux que doit fournir l'entrepreneur pour qu'ils soient incorporés dans l'installation doivent être livrés [f.o.r. ... (point de départ convenu)] [f.o.t. ... (point de départ convenu)] [f.a.s. ... (port d'embarquement convenu)] [f.o.b. ... (port d'embarquement convenu)] [C & F ... (port de destination convenu)] [c.a.f. ... (port de destination convenu)] [fret/transport payé jusqu'à ... (point de destination convenu)] [fret/transport et assurance payés jusqu'à ... (point de destination convenu)] [Ex ship ... (port de destination convenu)] [à quai (droits acquittés ... port convenu)] [rendu frontière ... (lieu de livraison convenu à la frontière)] [rendu droits acquittés ... (lieu de destination convenu dans le pays d'importation)] et la date à laquelle le risque passe de l'entrepreneur à l'acheteur doit être déterminée conformément aux règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux (INCOTERMS) de la Chambre de commerce internationale en vigueur à la date de la conclusion du présent contrat." (Les INCOTERMS, tels qu'ils ont été révisés en 1980, figurent dans la brochure n° 350 de la CCI.)

18. Les parties peuvent stipuler que, si le personnel de l'entrepreneur doit être présent sur le chantier au moment de la livraison par l'acheteur et que l'entrepreneur assume le risque relatif à l'usine pendant sa construction et l'installation achevée jusqu'à la réception, le risque relatif aux équipements ou matériaux fournis doit passer de l'acheteur à l'entrepreneur au moment où celui-ci les prend en charge. S'il manque à son obligation de prise en charge, le risque peut lui incomber à partir du moment où il aurait dû assurer la prise en charge. L'avantage de cette méthode est que, s'il advient après l'achèvement de la construction que l'installation ne fonctionne pas conformément au contrat du fait de ces équipements ou matériaux, il peut y avoir moins de litiges portant sur la cause de cette défaillance. L'avantage est moindre lorsque l'acheteur assume le risque relatif à l'usine pendant la construction et à l'installation achevée. Dans ce cas, en effet, il y a un double transfert du risque (de l'acheteur à l'entrepreneur et de celui-ci à l'acheteur, lorsque les équipements et matériaux sont incorporés dans l'usine). En outre, les litiges portant sur la cause de la défaillance ne sont pas automatiquement réduits de façon substantielle, car l'acheteur assume le risque relatif à ces équipements et matériaux après leur incorporation dans l'usine. En conséquence, les parties doivent examiner si le risque continue d'être à la charge de l'acheteur ou s'il doit être transféré à l'entrepreneur.

19. Lorsque, le personnel de l'entrepreneur n'étant pas présent sur le chantier au moment de la livraison, les parties ont pour cette raison déterminé que le risque relatif aux équipements et matériaux à fournir par l'entrepreneur doit passer à l'acheteur au moment de la livraison ou avant cette livraison sur le chantier (voir par. 15, ci-dessus), il convient de stipuler que le risque relatif aux équipements et matériaux à fournir par l'acheteur devrait également continuer d'être assumé par lui.

D. *Usine pendant la construction et installation achevée*

20. Si un seul entrepreneur est employé pour construire l'ensemble de l'installation (en particulier dans le cas d'un contrat clefs en main), il est prudent de stipuler dans le contrat que cet entrepreneur assume le risque de perte ou d'endommagement de l'usine pendant la construction et de l'installation achevée jusqu'à sa réception (voir le chapitre "Achèvement, réception et prise en charge"). Comme l'indique le paragraphe 12 ci-dessus, on évite ainsi des différends lorsqu'il s'agit de déterminer si l'installation ne fonctionne pas conformément au contrat en raison d'un défaut dont l'entrepreneur est responsable, ou bien d'une perte ou de dommages dont le risque était à la charge de l'acheteur.

21. Le moment de la réception dépend des dispositions du contrat réglant cette question. Si le contrat ne prévoit pas une réception automatique dans certaines situations, mais au contraire exige un acte de réception de la part de l'acheteur, et si ce dernier n'effectue pas la réception, le risque peut lui incomber à partir du moment où il aurait dû prendre réception. Si des essais de bon fonctionnement doivent avoir lieu avant la réception, le contrat peut stipuler que le risque doit être transféré au moment de la prise en charge de l'installation par l'acheteur (voir le chapitre "Achèvement, réception et prise en charge").

22. Si deux entrepreneurs ou plus participent à la construction et que l'acheteur doit coordonner la construction de l'installation dans son ensemble (voir le chapitre "Choix du type de contrat"), il peut être bon de stipuler que l'acheteur assume le risque de perte ou d'endommagement de l'usine pendant la construction. Il peut être malcommode, voire impossible, que chaque entrepreneur assume le risque relatif à une partie de l'usine, car une partie donnée peut incorporer des équipements et matériaux fournis par plus d'un entrepreneur, ou peut être construite en utilisant des équipements et matériaux fournis par un entrepreneur et des services fournis par un autre entrepreneur. Toutefois, si c'est l'un des entrepreneurs qui doit coordonner la construction (par exemple dans le cas d'un contrat semi-clefs en main), le risque de perte ou d'endommagement de l'usine peut être assumé par lui, et non par l'acheteur.

E. *Conséquences de la prise en charge du risque*

23. Lorsque l'entrepreneur assume le risque de perte ou d'endommagement des équipements ou matériaux fournis par lui pour être incorporés dans l'installation de l'usine pendant sa construction ou de l'installation achevée jusqu'à sa réception, il doit être tenu de réparer à ses frais, aussi rapidement que possible, la perte ou les dommages couverts par le risque. A cette fin, il doit remplacer, à ses frais, les biens qui ont été perdus ou remettre en état ceux qui ont été endommagés. Lorsque l'entrepreneur assume le risque de perte ou d'endommagement des équipements ou matériaux fournis par l'acheteur, ce dernier doit être tenu, si l'entrepreneur l'exige, de réparer à ses frais, la perte ou les dommages dès qu'il est en mesure de le faire (compte tenu par exemple de ses autres engagements).

24. Lorsque l'acheteur assume le risque de perte ou d'endommagement de biens fournis par l'entrepreneur, la perte ou les dommages ne doivent pas le décharger de son obligation d'acquitter le prix à payer pour les biens perdus ou endommagés. Toutefois, si cette perte ou ces dommages se produisent pendant la construction, l'acheteur doit être tenu de les réparer aussi rapidement que possible. Toutefois, comme les biens ont été fournis par l'entrepreneur, l'acheteur peut préférer obliger l'entrepreneur à réparer, aux frais de l'acheteur, la perte ou les dommages. Cette obligation doit être limitée aux cas où l'acheteur demande à l'entrepreneur de réparer la perte ou les dommages avant l'expiration de la période de garantie. L'entrepreneur doit avoir droit à être indemnisé de toutes les dépenses raisonnables encourues par lui en vue de réparer la perte ou les dommages. Il doit être tenu de réparer la perte ou les dommages aussitôt qu'il est en mesure de le faire (compte tenu par exemple de ses autres engagements). Une autre solution peut être d'habiliter l'acheteur à enjoindre l'entrepreneur de

réparer la perte ou les dommages, ce qui constitue un ordre de modifications. Les dispositions relatives à l'ajustement du prix et au prolongement de la période de construction en cas de modifications s'appliquent à partir du moment où l'entrepreneur répare la perte ou les dommages (voir le chapitre "Clauses de modification").

F. *Outils et machines de construction de l'entrepreneur à utiliser pour effectuer la construction*

25. L'entrepreneur apporte sur le chantier les outils et machines à utiliser pour la construction. Le risque de perte ou d'endommagement de ces biens doit être assumé par lui et non être transféré à l'acheteur. Le contrat peut stipuler que les outils et machines peuvent, dans certaines circonstances, être utilisés par l'acheteur ou une personne employée par lui pour la construction. Toutefois, même en pareil cas, il peut être bon de faire assumer le risque par l'entrepreneur si les outils et machines sont utilisés dans les conditions prévues au contrat. En revanche, s'ils sont utilisés par l'acheteur sans le consentement de l'entrepreneur ou de façon inappropriée, ou bien si l'acheteur les restitue avec retard, le risque doit être supporté par l'acheteur. Ce dernier doit être tenu d'indemniser l'entrepreneur des conséquences financières de la perte ou de l'endommagement des outils et machines.

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.4]

Assurances

Résumé

Le contrat devrait stipuler qu'il faut souscrire une assurance sur les biens et une assurance responsabilité (par. 1 et 2). Il devrait spécifier les risques à assurer, la partie qui est tenue de souscrire l'assurance, les parties et autres entités devant être désignées comme assurés, le montant de l'assurance, la franchise applicable et la période de validité de l'assurance.

L'assurance sur les biens devrait couvrir les risques de perte ou d'endommagement de l'usine durant la construction et de l'installation achevée (par. 11 à 18), des équipements et matériels devant être incorporés dans l'ouvrage (par. 19 à 22) et des machines et outils de l'entrepreneur (par. 23). Lorsque les risques de perte ou d'endommagement de l'usine durant sa construction et de l'installation achevée sont supportés par l'entrepreneur, et dans certains cas où l'entrepreneur est chargé de coordonner la construction qui est confiée à d'autres entrepreneurs, celui-ci devrait être tenu de souscrire une assurance couvrant toutes les installations et ouvrages et de la maintenir en vigueur (par. 12). L'entrepreneur devrait être désigné comme l'assuré si les pertes ou dommages subis par l'installation et l'ouvrage sont à sa charge; l'acheteur devrait également être désigné comme assuré si le risque de perte ou de dommages peut lui être transféré avant l'acceptation (par. 13).

Pour ce qui est des risques à assurer, il peut être bon que le contrat prévoie une police d'assurance globale couvrant toutes les pertes ou dommages dus à quelque cause que ce soit, à l'exception de celles exclues par la police. Le contrat devrait également expressément prévoir une assurance contre les pertes ou dommages dus à des causes exclues, en fonction du type de contrat (par. 14 et 15). Le contrat peut spécifier que l'assurance indemnisera non seulement en cas de perte ou d'endommagement de l'usine et de l'installation, mais également en cas d'autres pertes, telles qu'une perte de profit et une augmentation du service des emprunts. Il devrait stipuler que l'assurance doit couvrir le coût de la réparation ou du remplacement de parties perdues ou endommagées de l'usine et de l'installation, ainsi que les honoraires connexes (par. 17 et 18).

Le contrat peut contenir des clauses analogues relatives à l'assurance des équipements et matériels devant être incorporés dans l'ouvrage (par. 19 à 22) et des machines et outils de l'entrepreneur (par. 23).

L'assurance responsabilité devrait couvrir la responsabilité de l'entrepreneur en cas de perte ou d'endommagement des biens de l'acheteur ou d'un tiers et en cas de préjudice corporel subi du fait de l'exécution du contrat par l'entrepreneur, y compris les actes ou omissions de ses employés et sous-traitants, ainsi que sa responsabilité concernant toute indemnité ou autre obligation à sa charge aux termes du contrat (par. 24 à 32).

Le contrat peut également exiger de l'entrepreneur qu'il souscrive différents types d'assurances responsabilité, telle qu'une assurance responsabilité du fait des produits (par. 25), une assurance responsabilité civile professionnelle (par. 26), une assurance responsabilité liée à l'utilisation de véhicules (par. 28) et une assurance visant à dédommager les employés en cas de préjudice corporel lié au travail effectué (par. 29). Le contrat devrait stipuler que l'assurance doit être en vigueur avant le début de la construction et couvrir les risques de perte, dommages ou préjudice corporel se produisant durant la phase de construction et la période de garantie (par. 31).

Aux termes du contrat, l'entrepreneur devrait être tenu de prouver à la satisfaction de l'acheteur que l'assurance qu'il est tenu de souscrire est valide (par. 33). Si l'entrepreneur ne peut souscrire l'assurance requise, l'acheteur devrait être habilité à le faire et à déduire les coûts y relatifs des sommes dues à l'entrepreneur ou à se faire rembourser ses dépenses par celui-ci (par. 34). Si, du fait de la non-coopération de l'entrepreneur, l'acheteur ne peut souscrire l'assurance que l'entrepreneur n'a pas souscrite, il devrait être habilité à résilier le contrat (par. 35).

* * *

A. *Remarques générales*

1. Du fait des risques de perte, de dommages et de préjudice corporel imputables à un grand nombre de causes durant la construction d'une installation industrielle et vu les conséquences financières possibles de

ces risques, il est usuel qu'un contrat de construction stipule qu'une assurance doit être souscrite contre ces risques. Lorsqu'ils sont acheteurs ou prêteurs, les gouvernements exigent souvent une telle assurance. Le présent chapitre ne traite que des assurances que le contrat peut ou doit obliger une partie à souscrire et non de celles qu'une partie pourra souhaiter contracter ou qui sont requises par la loi, mais qu'il n'est en général pas nécessaire de stipuler dans le contrat.

2. Les contrats de construction contiennent en général des dispositions relatives à deux types d'assurances :

a) Assurance sur les biens, protégeant l'installation achevée, l'usine durant sa construction, les équipements et matériels devant être incorporés dans l'installation et les machines et outils de l'entrepreneur contre les risques de perte ou de dommages. Cette assurance couvre les biens appartenant à la partie assurée ou ceux dans lesquels elle a un intérêt pouvant faire l'objet d'une assurance (par exemple un bien pour lequel elle supporte le risque de perte ou de dommage).

b) Assurance responsabilité, couvrant la responsabilité de l'entrepreneur en cas de perte, dommages ou préjudice corporel liés à l'éxécution par lui du contrat, ainsi que sa responsabilité en ce qui concerne les indemnités qu'il peut être tenu de verser à l'acheteur aux termes du contrat.

3. Le fait qu'une partie ait souscrit une assurance couvrant certains risques ne devrait pas constituer une limitation de ses responsabilités ou obligations contractuelles, même si le contrat l'oblige à prendre une assurance contre ces risques. Le contrat devrait contenir une disposition expresse à cet effet.

4. Les dispositions contractuelles relatives aux assurances devraient spécifier les risques devant être couverts, ainsi que la partie tenue de souscrire l'assurance, les parties ou autres entités devant être désignées comme assurées, le montant de l'assurance, la franchise éventuelle applicable à chaque risque (c'est-à-dire le montant du préjudice financier à la charge de l'assuré lui-même, l'assureur ne l'indemnisant que dans la mesure où la perte dépasse ce montant) et la période de couverture. Du fait du caractère complexe et souvent unique des projets de construction d'installations industrielles, la couverture de l'assurance devra être en général adaptée aux circonstances particulières du projet.

5. Les parties doivent être conscientes du fait que le type ou le montant de l'assurance est fonction de l'offre sur le marché des assurances. Une couverture qu'une partie pourra juger souhaitable risque d'être impossible à obtenir. Une autre ne pourra l'être qu'à un coût ne se justifiant pas dans un projet donné. Aussi, lors de la rédaction des dispositions relatives aux assurances, les parties devraient-elles déterminer s'il est possible d'obtenir l'assurance envisagée à un prix raisonnable.

6. Le montant de l'assurance requise par le contrat et les risques couverts ne devraient pas dépasser ce qui est nécessaire ou prudent vu les circonstances du projet. Les acheteurs devraient être conscients du fait que, même si l'entrepreneur fournit l'assurance et la paie, le coût de l'assurance est généralement en dernière analyse à la charge de l'acheteur. Par exemple, dans un contrat au forfait, il est tenu compte du coût de l'assurance fournie par l'entrepreneur dans le prix demandé par celui-ci; et dans un contrat en régie, ces frais sont directement à la charge de l'acheteur. En exigeant une assurance excessive, l'acheteur augmente inutilement le prix qu'il doit payer. En outre, dans un contrat au forfait, le fait d'imposer une assurance trop coûteuse à un entrepreneur risque de tenter ce dernier de réduire d'autres dépenses, afin que son offre ou sa marge bénéficiaire restent intéressantes, ce qui risque d'avoir des conséquences néfastes sur la qualité de l'ouvrage fourni à l'acheteur. Lorsqu'il est envisagé d'obliger l'entrepreneur à souscrire certains types d'assurances, l'acheteur souhaitera peut-être étudier s'il serait financièrement avantageux pour lui d'obtenir l'assurance lui-même et s'il serait bon de convenir que les divers types d'assurances seront assortis de franchises aussi élevées qu'il est prudent de le faire, compte tenu de la nature et de l'ampleur des risques encourus.

7. Il est recommandé de faire en sorte que le plan d'assurance pour la construction de l'usine et pour l'installation achevée soit coordonné dans toute la mesure possible. Si l'on souscrit un grand nombre de polices séparées, couvrant des risques différents et protégeant des parties différentes, fournies par des assureurs différents, peut-être dans des pays différents, on risque d'aboutir à des chevauchements ou à des lacunes. Il est souvent souhaitable de ne souscrire qu'une seule police couvrant autant de risques et de parties que possible. S'il est nécessaire de contracter des polices différentes, il sera peut-être bon de le faire auprès du même assureur. Il est en général beaucoup plus facile de coordonner le plan d'assurance dans un contrat clefs en main que lorsque plusieurs entrepreneurs sont en jeu.

8. Les parties devraient être conscientes des éventuelles règles de droit impératives concernant les assurances dans le cas de la construction d'installations industrielles. Par exemple, dans certains pays, la loi exige que l'assurance couvrant les pertes, dommages ou préjudices corporels se produisant dans le cadre de la construction de l'ouvrage dans le pays soit souscrite auprès d'un assureur du pays (voir également le paragraphe 27 ci-dessous).

B. *Assurance sur les biens*

9. Le contrat devrait exiger que soit contractée une assurance contre les risques de perte ou d'endommagement de l'installation achevée, de l'usine durant sa construction, des équipements et matériels devant être incorporés dans l'installation et des machines et outils de l'entrepreneur. Cette assurance devrait également englober les pertes ou dommages dus à des causes naturelles et à des actes ou omissions de personnes qui ne sont sous la responsabilité d'aucune des parties.

10. Sauf dans une mesure limitée, l'assurance contre les risques de perte ou d'endommagement de l'installa-

tion achevée, de l'usine durant la construction et des équipements et matériels ne dédommage pas du coût de la réparation ou du remplacement d'équipements ou matériels défectueux fournis par l'entrepreneur ou de parties de l'usine ou de l'ouvrage mal construites par lui. En outre, l'assurance ne couvre en général pas la perte ou l'endommagement de l'usine ou de l'installation du fait d'une conception défectueuse. Cependant, elle accorde souvent une indemnisation en cas de réparation et de remplacement de parties de l'usine et de l'installation et d'équipements et matériels, autres que ceux qui sont défectueux, ou ont été mal conçus ou construits. Les pertes ou dommages dus à une conception défectueuse peuvent être couverts par une assurance responsabilité civile professionnelle (voir le paragraphe 26 ci-dessous). On notera cependant que cette assurance ne couvre en général que les risques de perte ou de dommage dus à une conception fautive, alors que l'assurance sur les biens, qui exclut les pertes ou dommages dus à une conception défectueuse, peut même exclure ceux dus à des défauts non imputables à une faute. Ainsi, la couverture des risques de perte ou d'endommagement de l'usine ou de l'installation du fait d'une conception défectueuse sera souvent incomplète.

1. *Assurance de l'usine durant la construction et de l'installation achevée*

11. Il faudrait stipuler que l'assurance couvrant l'usine durant sa construction et l'installation achevée doit également englober les structures temporaires et les structures connexes, telles que les bâtiments administratifs et les installations d'entretien. Le contrat devrait exiger que cette assurance couvre l'usine et l'installation jusqu'à ce que l'installation ait été acceptée par l'acheteur. Après l'acceptation, l'installation devrait être protégée par une assurance souscrite par l'acheteur; cependant, le contrat n'a pas à contenir de dispositions à cet effet.

12. Dans un contrat clefs en main, et dans d'autres types de contrat dans lesquels l'entrepreneur supporte les risques de perte d'endommagement de toute l'usine durant la construction, ainsi que de l'installation achevée avant l'acceptation, le contrat devrait obliger l'entrepreneur à souscrire une assurance contre ces risques et à la maintenir en vigueur. Lorsque l'on recourt au contrat semi-clefs en main ou clefs en main partiel, ou à la méthode des contrats séparés pour la fourniture et la construction de l'installation (voir le chapitre "Choix du type de contrat"), il n'est pas souhaitable que chaque entrepreneur contracte une assurance ne portant que sur la partie de l'usine ou de l'installation fournie et construite par lui. Cela pourrait entraîner un chevauchement des assurances et présenter des problèmes en cas de sinistre mettant en jeu deux entrepreneurs ou plus. Dans de tels cas, l'acheteur devrait donc souscrire une assurance contre les risques de pertes ou d'endommagement de l'usine et de l'installation dans leur ensemble. Cependant, lorsqu'un entrepreneur doit coordonner la construction effectuée par d'autres entrepreneurs, il peut être tenu de souscrire et maintenir en vigueur une telle assurance, jusqu'à l'acceptation par l'acheteur.

13. Le contrat devrait stipuler qui doit être désigné comme assuré dans la police d'assurance. Si l'entrepreneur supporte les risques de perte ou d'endommagement de l'usine durant la construction et de l'installation achevée avant l'acceptation, il devrait être désigné comme assuré. Lorsque ce risque peut être transféré à l'acheteur avant l'acceptation (voir le chapitre XIV, "Achèvement, prise en charge et acceptation"), l'acheteur devrait également être désigné comme assuré. Lorsque l'acheteur doit supporter les risques de perte ou d'endommagement de l'ensemble de l'usine durant la construction (voir le chapitre "Transfert des risques"), il devrait être désigné comme assuré.

14. Différentes méthodes peuvent être adoptées pour ce qui est des risques qui, aux termes du contrat, doivent être couverts par l'assurance sur les biens. On peut par exemple stipuler dans le contrat que l'assurance doit couvrir tous les dommages dus à quelque cause que ce soit. Les parties devraient être conscientes du fait qu'une assurance satisfaisant à une telle condition sera sans doute difficile à trouver. Même les polices d'assurance qui sont supposées assurer contre tous les risques excluent en général les pertes ou dommages dus à certaines causes.

15. Certains assureurs offrent une police d'assurance globale qui couvre les risques de perte ou de dommages de toute origine, à l'exception de certaines causes expressément exclues, telles que l'usure, l'explosion ou des pannes mécaniques ou électriques (pour ce qui est de la partie de l'usine ou de l'installation directement soumise à de tels risques) et les ondes de choc causées par des avions. Les pertes ou dommages dus à certaines des causes exclues, telles que ceux imputables à l'installation et à l'utilisation d'équipements dans l'ouvrage (par exemple une explosion ou une panne électrique ou mécanique) peuvent être couverts par des avenants spéciaux ou par une police séparée pour un prix supplémentaire. Si le contrat exige une police d'assurance globale sur les biens, les parties devraient soigneusement étudier si la police n'exclut pas des risques qu'il faudrait assurer vu la nature de la construction. Il serait préférable que le contrat stipule une police d'assurance globale sur les biens et une assurance supplémentaire contre tout risque exclu de la police globale plutôt que de dresser la liste des risques particuliers devant être couverts par l'assurance.

16. Aux termes du contrat, les risques dus à certaines causes (ce qu'on appelle les risques exclus) peuvent être exclus de ceux supportés par l'entrepreneur (voir le chapitre XXIV, "Transfert des risques"). Si le contrat retient une telle méthode, il serait souhaitable, si possible, que l'assurance que l'entrepreneur est tenu de souscrire couvre même les risques dus à de telles causes exclues. Sinon, l'acheteur devra contracter une assurance séparée à ce titre, ce qui pourrait être cause de lacunes ou de chevauchements et entraîner une augmentation des coûts de l'assurance. En outre, en cas de perte ou de dommages, ce n'est parfois qu'après un conflit prolongé et onéreux que l'on peut déterminer si la perte ou le dommage sont couverts par l'assurance de l'entrepreneur ou par celle de l'acheteur.

17. L'assurance de l'usine durant la construction et de l'installation achevée indemnise normalement en cas de perte ou d'endommagement des biens. Elle ne dédommage en général pas pour d'autres types de perte — par exemple les pertes de profit ou une augmentation du service des emprunts — dus au fait qu'en raison des pertes ou dommages encourus, l'installation n'a pu être achevée à temps. Cependant, ces pertes peuvent être couvertes par un avenant ou une police particuliers et, si l'acheteur désire être ainsi protégé, il faudrait le stipuler expressément dans le contrat.

18. Le contrat devrait préciser que l'assurance sur les biens doit dédommager du coût de la réparation ou du remplacement des portions perdues ou endommagées de l'usine ou de l'installation. Il devrait également stipuler que l'assurance doit dédommager des coûts liés à la réparation ou au remplacement, tels que les honoraires d'architecte, de géomètre, d'avocat et d'ingénieur, ainsi que des coûts du démontage et de l'enlèvement des portions endommagées. Le montant de l'assurance requise devrait être suffisant pour couvrir tous les différents types de dédommagement envisagés par l'assurance. On pourra donc tenir compte dans le contrat des effets de l'inflation pour déterminer ce montant.

2. *Assurance des équipements et matériels devant être incorporés dans l'installation*

19. Le contrat devrait stipuler expressément qu'une assurance doit être souscrite contre les risques de perte ou d'endommagement des équipements et matériels devant être incorporés dans l'installation. Il devrait exiger que l'assurance soit en vigueur à partir du moment où les équipements et matériels sont expédiés au chantier, jusqu'à ce qu'ils soient incorporés dans l'installation. Après quoi, ceux-ci seront couverts par l'assurance de l'usine et de l'installation, traitée ci-dessus. Dans certains cas, il peut être bon que la couverture commence avant l'expédition (par exemple dès que les équipements ou matériels ont été affectés au contrat), notamment si la perte ou l'endommagement des équipements ou matériels dans les locaux de l'entrepreneur avant l'expédition risquent de réduire les ressources financières de l'entrepreneur et donc son aptitude à exécuter le contrat.

20. Il est souhaitable de ne contracter qu'une seule police d'assurance pour les équipements et matériels pendant toute la période mentionnée au paragraphe précédent. Si les équipements et matériels étaient assurés au moyen de polices séparées portant chacune sur une étape différente (par exemple le transit, le stockage hors du chantier et le stockage sur le chantier), il pourrait apparaître des lacunes ou des chevauchements. En outre, si chaque étape faisait l'objet d'une police d'assurance séparée, il pourrait être nécessaire, en cas de perte ou de dommage, de déterminer à quel moment ceux-ci se sont produits, ce qui, souvent, est difficile ou même impossible. Certaines des polices globales décrites au paragraphe 15 ci-dessus permettent d'assurer les équipements et matériels durant toute la période visée. Au cas où il ne serait pas possible d'obtenir une police unique pour toute cette période (par exemple si la police globale n'assure pas les équipements et matériels avant ou pendant le transit), le contrat devrait exiger que les polices séparées, portant sur les différentes étapes, soient souscrites auprès du même assureur.

21. Dans un contrat clefs en main, et dans d'autres types de contrats dans lesquels les risques de perte ou d'endommagement des équipements et matériels sont pris en charge par l'entrepreneur, jusqu'à ce que ces équipements et matériels soient incorporés dans l'installation, l'assurance ici décrite devrait être souscrite et maintenue en vigueur par l'entrepreneur, celui-ci étant désigné comme l'assuré. Dans les contrats dans lesquels le risque lié à certains équipements ou matériels doit être transféré à l'acheteur avant leur incorporation dans l'installation, l'entrepreneur et l'acheteur devraient être désignés comme assurés.

22. Les paragraphes 14 à 18 ci-dessus concernant les risques à couvrir et le montant requis de l'assurance s'appliquent également à l'assurance des équipements et matériels.

3. *Assurance des machines et outils de l'entrepreneur*

23. Dans certains projets, il peut être bon que l'entrepreneur soit tenu de s'assurer contre le risque de perte ou d'endommagement de ses machines et de ses outils durant leur expédition au chantier, pendant leur stockage hors du chantier et lorsqu'ils sont sur le chantier. Si ces machines et outils doivent être assurés, la couverture devra être identique à celle de l'installation de l'usine durant sa construction et des équipements et matériels devant être incorporés dans l'installation. Il peut être possible d'inclure cette assurance dans une police globale couvrant l'usine et l'installation.

C. *Assurance responsabilité*

24. Aux termes du contrat, l'entrepreneur devrait être tenu de contracter une assurance responsabilité couvrant les risques de perte ou d'endommagement des biens de l'acheteur ou d'un tiers et les risques de préjudice corporel imputables à l'exécution du contrat par l'entrepreneur, y compris les actes ou omissions de ses employés et sous-traitants. En outre, l'entrepreneur devrait contracter une assurance couvrant toutes indemnités ou autres obligations à sa charge aux termes du contrat (par exemple un engagement qu'il prendrait de dédommager l'acheteur au cas où la responsabilité de ce dernier serait engagée envers des tiers). L'entrepreneur dispose souvent d'une assurance globale couvrant certaines de ces responsabilités dans le cadre de ses activités ordinaires. Il n'a pas à souscrire une assurance qui ferait double emploi; il lui faudra plutôt souscrire une assurance supplémentaire pour couvrir intégralement les risques et les conditions énoncés dans le contrat et ce, pour le montant stipulé.

25. L'assurance responsabilité ne couvre en général pas la responsabilité de l'entrepreneur à l'égard de

l'acheteur pour des défauts de l'installation imputables à la non-exécution par l'entrepreneur de ses obligations contractuelles (par exemple, responsabilité en cas de fourniture d'équipements ou de matériaux défectueux, ou de construction défectueuse). Cependant, certaines polices d'assurance responsabilité peuvent couvrir la responsabilité de l'entrepreneur en cas de perte ou d'endommagement de portions de l'usine ne faisant pas l'objet de travaux, du fait d'actes ou d'omissions de sa part durant la construction. Le contrat peut exiger une telle assurance. Il devrait contraindre l'entrepreneur à prendre une assurance responsabilité couvrant tous les risques de perte ou d'endommagement des biens d'un tiers, ou de préjudice corporel, imputables à un défaut de l'installation construite par lui. Si l'assurance responsabilité couvre en général de tels risques, l'entrepreneur devra peut-être contracter une police distincte concernant sa responsabilité du fait des produits.

26. Si l'entrepreneur doit fournir des services d'architecture ou de conception, ou des services spécialisés similaires, le contrat devrait l'obliger à souscrire une assurance responsabilité civile professionnelle. Il s'agit d'une assurance responsabilité du fournisseur de tels services spécialisés couvrant les pertes ou dommages occasionnés à l'acheteur ou à des tiers, ou à leurs biens, du fait de fautes dans la fourniture de tels services.

27. Aux termes de la législation de certains pays, les entrepreneurs sont responsables en cas de défauts structurels de l'installation durant les dix premières années de sa vie utile et ils doivent contracter une assurance à ce titre. Cependant, s'il est sans doute possible de souscrire une assurance responsabilité à l'égard de tiers, couvrant les risques de perte et de dommages dus à de tels défauts, il est parfois difficile d'obtenir une assurance responsabilité à l'égard de l'acheteur, en cas de défaut ou d'effondrement de l'installation.

28. Il faut parfois souscrire une assurance responsabilité distincte pour les risques de perte ou d'endommagement de biens, ainsi que de préjudice corporel, imputables à l'utilisation de véhicules à moteur appartenant à l'entrepreneur et à ses sous-traitants, ou utilisés par eux. Le contrat devrait expressément exiger une telle assurance, qui est obligatoire dans de nombreux pays. Il faudrait faire de même pour la responsabilité liée à l'utilisation d'avions et de bateaux, si l'on a recours à ces moyens de transport dans la construction de l'installation.

29. De nombreux systèmes juridiques comportent des dispositions réglementaires relatives à l'indemnisation accordée en cas de blessure d'ouvriers sur le chantier et d'autres employés des parties et des sous-traitants. Certaines de ces dispositions stipulent que les employeurs doivent souscrire une assurance permettant d'indemniser les employés en cas de préjudice corporel lié au travail. Dans d'autres systèmes juridiques, ceux-ci peuvent ne disposer que des recours prévus par les principes juridiques généraux régissant les blessures et dommages. L'entrepreneur devrait être tenu de souscrire l'assurance requise par la législation applicable. Si cette assurance n'est pas obligatoire, l'entrepreneur devrait alors prendre une assurance responsabilité couvrant les préjudices corporels causés à ses employés et à ceux de ses sous-traitants. En outre, si, aux termes de la législation applicable, l'assurance visant à indemniser les employés en cas de préjudice corporel doit s'élever à un montant donné, mais qu'un employé peut obtenir une indemnisation supérieure à ce montant, il faudrait, outre l'assurance requise par la loi, souscrire une assurance pour ce supplément. Dans certains systèmes juridiques, un employé blessé de l'entrepreneur ou d'un sous-traitant peut obtenir une indemnité de l'acheteur. Aussi l'entrepreneur devrait-il désigner également l'acheteur comme assuré dans l'assurance décrite au présent paragraphe (voir également le paragraphe 32 ci-dessous).

30. Les montants stipulés dans les différentes assurances décrites dans la présente section sont fonction de l'ampleur des risques dans un projet donné, de la mesure dans laquelle il est prudent, du point de vue économique, de s'assurer contre ces risques, ainsi que d'autres facteurs, tels que le montant d'un type donné d'assurance stipulé par la loi.

31. Le contrat devrait exiger que l'entrepreneur fasse en sorte que l'assurance examinée dans la présente section soit en vigueur avant le moment où lui ou ses sous-traitants commencent les travaux de construction sur le chantier. L'assurance devrait couvrir les risques de perte, de dommages ou de préjudice corporel durant toute la phase de construction et durant la période de garantie.

32. Comme un seul incident entraînant pour un tiers une perte, des dommages ou un préjudice corporel peut faire l'objet d'une réclamation envers plusieurs ou la totalité des participants aux travaux de construction (par exemple, l'acheteur, l'entrepreneur et les sous-traitants), il est en général prudent que chacun de ces participants contracte une assurance responsabilité pour de telles pertes, dommages ou préjudices corporels. Le mieux à cette fin est que tous les participants soient désignés comme assurés dans une seule police d'assurance. S'ils sont assurés par des polices différentes et si la perte, les dommages ou le préjudice corporel subis par un tiers peuvent avoir été causés par plus d'un participant, les participants et leur compagnie d'assurance se trouveront sans doute mêlés à une action prolongée et coûteuse tendant à déterminer quel participant doit en dernière analyse supporter la perte, ou dans quelle mesure les participants doivent contribuer à l'indemnisation du requérant. S'il n'est pas possible que tous les participants soient assurés au moyen d'une seule police, toutes les polices devraient être souscrites auprès du même assureur. Ces conditions devraient être expressément stipulées dans le contrat.

D. *Preuve de l'assurance*

33. Afin que l'acheteur puisse constater que l'entrepreneur s'est acquitté de son obligation consistant à souscrire une assurance et à la maintenir en vigueur, le contrat devrait stipuler que l'entrepreneur doit fournir à l'acheteur, sur sa demande, des duplicata des polices

d'assurance ou certificats d'assurance indiquant toutes les conditions pertinentes des polices, ainsi que des quittances de paiement des primes.

E. *Défaut de souscription d'une assurance de la part de l'entrepreneur*

34. Le contrat devrait stipuler que, si l'entrepreneur ne souscrit pas ou ne maintient pas en vigueur l'assurance qu'il est tenu de souscrire, l'acheteur peut le faitre à sa place. Dans un contrat au forfait, l'acheteur devrait pouvoir déduire les montants qu'il aura ainsi payés des sommes dues à l'entrepreneur ou obtenir de l'entrepreneur remboursement de ces sommes. Dans un contrat en régie, il devrait pouvoir déduire des sommes dues à l'entrepreneur ou récupérer auprès de l'entrepreneur l'excédent qu'il aura dû payer pour l'assurance, par rapport au prix qu'elle aurait coûté si l'entrepreneur s'était acquitté de son obligation en la matière.

35. Le contrat devrait stipuler que si, du fait de la non-coopération de l'entrepreneur avec l'acheteur ou l'assureur, l'acheteur ne peut obtenir ou maintenir en vigueur certains types d'assurances que l'entrepreneur n'a pas souscrits ou n'a pas maintenus en vigueur alors qu'il était tenu de le faire, il peut résilier le contrat. En outre, il devrait stipuler que l'entrepreneur est responsable envers l'acheteur de toute perte ou dommage subi par l'acheteur du fait de cette défaillance de l'entrepreneur.

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.5]

Sous-traitance

Résumé

Le terme "sous-traitance", tel qu'il est utilisé dans le présent guide, désigne l'emploi par l'entrepreneur d'un tiers chargé d'exécuter certaines des obligations qu'a l'entrepreneur en vertu du contrat (par. 1). Il est souhaitable que le contrat contienne des dispositions fixant le cadre dans lequel la sous-traitance est possible et régissant le choix des sous-traitants et divers autres aspects de la sous-traitance.

La sous-traitance présente cette caractéristique générale dans les contrats de construction qu'aucune relation contractuelle ne doit y être créée entre l'acheteur et le sous-traitant, le contrat devant confirmer expressément ce principe. En outre, le contrat devrait stipuler que l'entrepreneur doit être considéré, vis-à-vis de l'acheteur, comme responsable de l'exécution par les sous-traitants des obligations de l'entrepreneur, de la même manière qu'il est en cas d'inexécution de ses obligations propres. Le contrat devrait également exiger de l'entrepreneur qu'il indemnise l'acheteur pour toute obligation que pourrait avoir à assumer l'acheteur vis-à-vis d'un tiers à la suite d'un acte ou d'une omission du sous-traitant, de la même manière que l'entrepreneur est tenu d'indemniser l'acheteur s'il est lui-même responsable de l'acte ou de l'omission (par. 5).

Dans certains cas, il est cependant souhaitable que le contrat autorise l'acheteur à traiter directement avec le sous-traitant. Le contrat peut alors obliger l'entrepreneur à autoriser un sous-traitant à agir en son nom en réglant avec l'acheteur certaines questions liées à l'exécution par le sous-traitant.

Dans certains cas, l'entrepreneur peut avoir à sous-traiter l'exécution de la plupart ou de la totalité de ses obligations. Dans d'autres cas, il peut être souhaitable que le contrat interdise à l'entrepreneur de sous-traiter l'exécution de tout ou partie de ses obligations (par. 7 et 8).

En ce qui concerne le choix des sous-traitants, les parties ont le choix entre trois approches fondamentales. Le choix d'une approche donnée dépend de l'intérêt qu'a l'acheteur à peser sur le choix du sous-traitant (par. 9 à 12). La première approche est celle du choix des sous-traitants par l'entrepreneur, sans aucune participation de l'acheteur au processus.

Dans la deuxième approche, avant de conclure le contrat, les parties peuvent soit convenir des sous-traitants qui seront employés par l'entrepreneur, soit convenir d'une liste de sous-traitants remplissant les conditions requises sur laquelle l'entrepreneur choisira ses sous-traitants (par. 13 et 14).

Dans la troisième approche, le contrat ne contient aucune indication relative aux sous-traitants susceptibles d'être engagés par l'entrepreneur, les sous-traitants pouvant être choisis par l'entrepreneur, sous réserve de l'accord ou du refus de l'acheteur (par. 15 à 19).

Le sous-traitant peut aussi être désigné par l'acheteur, sous réserve du droit qu'a l'entrepreneur de s'y opposer si le sous-traitant désigné ne répond pas aux exigences du contrat de sous-traitance protégeant de manière adéquate les intérêts de l'entrepreneur, ou si l'entrepreneur a d'autres motifs raisonnables de s'opposer à la désignation du sous-traitant (par. 20 à 23). Toutefois, ce système de désignation doit être utilisé avec prudence et il est nécessaire d'en comprendre pleinement les procédures et dispositions contractuelles, ainsi que leurs effets (par. 24 et 25).

Normalement, l'acheteur ne peut pas engager une action directe contre le sous-traitant pour non-exécution ou exécution défectueuse. Si l'acheteur souhaite que le sous-traitant assume des obligations particulières, telles la confidentialité ou les obligations de garantie, et s'il souhaite être en mesure d'engager directement la responsabilité du sous-traitant pour une violation de ces obligations, le contrat doit prévoir des mécanismes à cet effet (par. 26).

Le contrat peut autoriser l'acheteur à payer directement le sous-traitant si l'entrepreneur ne s'est pas acquitté de son obligation de payer les sommes dues à un sous-traitant. On peut faire dépendre ce paiement direct d'une demande écrite adressée par l'acheteur à l'entrepreneur visant à obtenir la preuve que les sommes dues à un sous-traitant ont été versées, et de l'incapacité de l'entrepreneur, dans un délai donné, soit de fournir cette preuve à l'acheteur, soit de fournir à l'acheteur une explication justifiant le non-paiement (par. 27 à 31).

* * *

A. *Observations générales*

1. Le terme "sous-traitance", tel qu'il est utilisé dans le présent guide, désigne l'emploi par l'entrepreneur d'un tiers chargé d'exécuter certaines des obligations qu'a l'entrepreneur en vertu du contrat. Ce terme comprend, par exemple, les tiers qui sont employés par l'entrepreneur pour la construction des installations ou la fourniture d'autres services sur le chantier, ainsi que ceux qui fabriquent pour l'entrepreneur du matériel destiné aux installations.

2. Il est courant pour un entrepreneur d'employer des sous-traitants pour exécuter certaines des obligations découlant d'un contrat de construction. L'entrepreneur peut ne pas avoir l'expérience, le personnel, l'équipement et les ressources financières lui permettant d'exécuter lui-même l'ensemble des tâches spécialisées dont il est responsable en vertu du contrat. Même si l'entrepreneur est en mesure de s'acquitter directement de toutes ses obligations contractuelles, il peut être tenu par la réglementation en vigueur dans le pays où les installations doivent être construites d'employer des sous-traitants locaux chargés d'exécuter certaines tâches. Dans certains pays, les contrats de construction d'installations industrielles sont conclus par un organisme de commerce extérieur ou une entité similaire, et ces entités sous-traitent l'exécution des obligations de construction issues du contrat.

3. Il est souhaitable qu'un contrat de construction contienne des dispositions fixant le cadre dans lequel la sous-traitance est possible et régissant le choix des sous-traitants et divers autres aspects de la sous-traitance. En l'absence de telles dispositions, dans certains systèmes juridiques, l'entrepreneur pourrait sous-traiter plus librement que ne l'exige l'intérêt de l'acheteur; dans d'autres systèmes juridiques, son droit de sous-traiter sans le consentement exprès de l'acheteur peut être limité. Lors de l'élaboration de ces dispositions, les parties devraient avoir présentes à l'esprit les règles impératives du droit applicable aux contrats et les lois en vigueur dans le pays où les installations doivent être construites.

4. Dans les contrats de construction, la sous-traitance devrait présenter cette caractéristique générale qu'aucune relation contractuelle ne doit y être créée entre l'acheteur et le sous-traitant. Le contrat devrait confirmer expressément ce principe pour tous les cas de sous-traitance. Le contrat devrait stipuler expressément et clairement que l'entrepreneur doit être considéré, vis-à-vis de l'acheteur, comme responsable de l'exécution d'une obligation de l'entrepreneur de la même manière que l'entrepreneur est responsable en cas d'inexécution de ses propres obligations. Le maintien de la responsabilité de l'entrepreneur pour l'exécution des obligations issues du contrat garantit le droit de l'acheteur d'exiger que soit remédié à l'exécution défectueuse ou à l'inexécution d'une obligation de l'entrepreneur. Cela empêche également que ce droit à réparation dont jouit l'acheteur ne soit limité par l'impossibilité de prouver que l'inexécution incombe à l'entrepreneur ou au sous-traitant.

5. En plus de stipuler que l'entrepreneur doit être considéré comme responsable vis-à-vis de l'acheteur pour le défaut d'exécution du sous-traitant, le contrat devrait exiger de l'entrepreneur qu'il indemnise l'acheteur pour toute responsabilité que pourrait avoir à assumer l'acheteur vis-à-vis d'un tiers à la suite d'un acte ou d'une omission du sous-traitant, de la même manière que l'entrepreneur est tenu d'indemniser l'acheteur lorsque l'on peut lui imputer directement l'acte ou l'omission[1].

6. Le fait d'isoler l'acheteur du sous-traitant ne signifie pas cependant que la communication est imposable entre ces deux entités. Dans certains cas, il peut être souhaitable que l'acheteur soit en mesure de traiter directement avec un sous-traitant, particulièrement lorsque des questions techniques sont en jeu, de manière à ce qu'elles puissent être pleinement examinées et comprises par l'acheteur et le sous-traitant. Le contrat peut, dès lors, obliger l'entrepreneur à autoriser un sous-traitant à agir en son nom en réglant avec l'acheteur certaines questions liées à l'exécution par le sous-traitant.

B. *Droit de l'entrepreneur de sous-traiter*

7. Dans certains cas, l'entrepreneur peut avoir à sous-traiter l'exécution de la plupart ou de la totalité de ses obligations, par exemple, lorsque l'entrepreneur fournit la technologie pour les installations et que l'acheteur s'appuie sur l'expérience de l'entrepreneur pour le choix et la supervision des sous-traitants chargés de construire des installations utilisant cette technologie. Dans d'autres cas, il peut être souhaitable que le contrat interdise à l'entrepreneur de sous-traiter l'exécution de la totalité de ses obligations contractuelles. L'ampleur et la nature des obligations que l'entrepreneur peut être autorisé à sous-traiter devraient dépendre de la mesure dans laquelle l'acheteur s'attend à ce que ces obligations soient exécutées par l'entrepreneur lui-même, soit parce que l'acheteur s'en remet à la compétence et à la réputation de l'entrepreneur, soit en raison de la nature des obligations. Par exemple, dans un contrat clefs en main, l'entrepreneur peut être choisi en raison de sa capacité à fournir un élément important des installations. Dans ce cas, l'entrepreneur ne devrait pas être autorisé à sous-

---

[1] *Dispositions données à titre d'exemple*

"1) Tous les sous-traitants employés par l'entrepreneur sont uniquement ceux de l'entrepreneur et aucune disposition du présent contrat ne sera interprétée ou appliquée de manière à créer ou à impliquer une relation contractuelle entre l'acheteur et tout sous-traitant, sauf disposition contraire expresse du contrat.

"2) L'entrepreneur est responsable vis-à-vis de l'acheteur pour toute exécution par un sous-traitant d'une obligation de l'entrepreneur issue du présent contrat de la même manière que l'entrepreneur serait responsable s'il exécutait lui-même cette obligation. Aucune sous-traitance par l'entrepreneur, ni aucun droit de l'entrepreneur à sous-traiter n'atténue ou n'élimine la responsabilité de l'entrepreneur pour la bonne exécution des obligations qui lui incombent en vertu du présent contrat.

"3) L'entrepreneur accepte d'indemniser l'acheteur et de le protéger pour toute obligation que l'acheteur pourrait avoir à assumer vis-à-vis d'un tiers à la suite d'un acte ou d'une omission d'un sous-traitant, de la même manière que l'entrepreneur serait tenu d'indemniser l'acheteur et de le protéger d'une telle responsabilité résultant de ses propres actes ou omissions."

traiter la fourniture de cet élément. En outre, l'acheteur peut souhaiter limiter ou supprimer le droit qu'a l'entrepreneur de sous-traiter si l'acheteur doit fournir la conception et s'il souhaite conserver à cette conception son caractère confidentiel.

8. Il existe deux approches différentes grâce auxquelles le contrat peut délimiter les possibilités de sous-traitance. Dans la première approche, le contrat peut indiquer celles des obligations que l'entrepreneur ne doit pas sous-traiter et stipuler que toutes les autres obligations peuvent être sous-traitées, sous réserve des autres dispositions du contrat (par exemple celles qui sont examinées dans la section suivante). Dans la deuxième approche, une clause du contrat pourrait interdire la sous-traitance de toutes les obligations de l'entrepreneur, à l'exception de celles des obligations indiquées dans la clause et que l'entrepreneur est libre de sous-traiter, toujours sous réserve des autres dispositions du contrat. Le choix de l'approche à adopter peut dépendre de la nature du contrat. Dans un contrat clefs en main, par exemple, dans lequel un nombre important des obligations de l'entrepreneur sont sous-traitées, par rapport à d'autres types de contrats, il peut être préférable d'indiquer, le cas échéant, quelles sont les obligations qui ne doivent pas être sous-traitées et d'autoriser la sous-traitance des autres obligations.

C. *Choix des sous-traitants*

9. Dans les cas où l'entrepreneur est autorisé à sous-traiter, les parties peuvent envisager trois approches fondamentales. Dans la première, les sous-traitants sont choisis par l'entrepreneur sans aucune participation de l'acheteur. Dans la deuxième, les sous-traitants sont choisis d'un commun accord par les parties avant la conclusion du contrat et ces sous-traitants sont indiqués au contrat. Dans la troisième approche, le contrat ne précise pas quels doivent être les sous-traitants mais laisse à l'entrepreneur le choix des sous-traitants, sous réserve de l'approbation de l'acheteur, ou confie à l'acheteur le choix des sous-traitants, sous réserve du droit de l'entrepreneur de s'opposer à ce choix. Le contrat peut prévoir des approches différentes pour le choix des sous-traitants en fonction des obligations différentes dont ils ont eu à s'acquitter.

10. Les parties peuvent souhaiter adopter la première approche pour les cas où le choix du sous-traitant n'intéresse que peu, voire pas du tout, l'acheteur, comme c'est le cas du choix des sous-traitants devant fournir certains services mineurs et habituels.

11. Dans de nombreux cas, cependant, le choix des sous-traitants intéresse directement l'acheteur. Tout d'abord, il peut avoir intérêt à ce que les obligations sous-traitées soient exécutées par une firme qui possède les compétences et les ressources nécessaires à la bonne exécution de ces obligations. Deuxièmement, dans les contrats dans lesquels le prix demandé par un sous-traitant joue directement sur le prix payable par l'acheteur à l'entrepreneur, comme pour les contrats en régie, l'acheteur a intérêt à ce que les obligations sous-traitées soient exécutées au prix le plus raisonnable possible. Troisièmement, l'acheteur peut vouloir s'assurer que certains équipements devant être installés seront conformes à certaines normes que seuls certains sous-traitants peuvent garantir. Quatrièmement, l'acheteur peut souhaiter obliger l'entrepreneur à n'employer que des sous-traitants locaux ou il peut même y être tenu par la loi en vigueur. Cinquièmement, dans le cadre d'accords conclus avec des organismes de financement étrangers, l'acheteur peut être tenu de conclure certains contrats de sous-traitance avec des sous-traitants du pays de l'organisme assurant le financement.

12. Pour qu'il soit tenu compte de ces considérations, le contrat peut stipuler que l'acheteur participera au choix des sous-traitants. Le degré et la nature de cette participation de l'acheteur peuvent varier, selon le type de contrat conclu entre l'entrepreneur et l'acheteur et en fonction de l'intérêt de l'acheteur à pouvoir exercer un contrôle sur les coûts et la qualité de l'exécution de l'obligation devant être sous-traitée, ainsi que de l'identité du sous-traitant. Les acheteurs devraient, cependant, savoir que le droit d'obliger l'entrepreneur à sous-traiter avec un sous-traitant donné peut se révéler coûteux pour l'acheteur car l'entrepreneur devra inclure dans son prix le coût de la supervision accrue qu'il devra exercer sur un sous-traitant qu'il risque de ne pas connaître, ainsi que le surcoût justifié par le risque accru qu'entraîne sa responsabilité vis-à-vis de l'acheteur pour ce sous-traitant.

13. Lorsque cela est possible, et en particulier lorsque l'élément ou le service que doit fournir le sous-traitant est d'une importance critique pour les installations, il est souhaitable que les sous-traitants soient choisis d'un commun accord par les parties avant la conclusion du contrat et qu'ils soient indiqués au contrat (il s'agit là de la deuxième approche préconisée au paragraphe 9 ci-dessus). Ceci évite les litiges relatifs au choix des sous-traitants dans certains cas. Cela évite également des interruptions des travaux et les inconvénients financiers qui peuvent résulter du refus par l'une des parties du sous-traitant proposé par l'autre partie. En outre, cette approche peut permettre d'éviter que l'entrepreneur ne se livre à une "course au moins-disant" après que le contrat lui a été adjugé. Dans cette pratique, l'entrepreneur utilise une soumission obtenue auprès d'un sous-traitant, sur laquelle le prix de son propre marché est fondé, en vue d'obtenir des soumissions plus compétitives d'autres sous-traitants et, éventuellement, d'obtenir une meilleure offre du premier sous-traitant. Si l'entrepreneur réussit à obtenir un prix inférieur du sous-traitant ce qui, dans la plupart des contrats au forfait, ne profite pas à l'acheteur, le sous-traitant sera alors incité à s'acquitter de manière moins satisfaisante de ses obligations en vue de préserver sa marge bénéficiaire.

14. Dans la deuxième approche, le contrat peut stipuler qu'un sous-traitant donné exécutera une obligation donnée. Inversement, le contrat peut comporter une liste de sous-traitants possibles établie d'un commun accord par l'acheteur et l'entrepreneur avant la conclusion du contrat, et le sous-traitant sera choisi par l'en-

trepreneur à partir de cette liste. La décision de l'acheteur sur le choix d'un sous-traitant ou d'une liste de sous-traitants pourrait être facilitée si l'entrepreneur obtenait des soumissions des sous-traitants proposés et les présentait à l'acheteur accompagnées de renseignements sur leur expérience professionnelle. Cependant, l'appel d'offres par l'entrepreneur pourrait lui faire encourir les dépenses supplémentaires qui, en dernière analyse, seraient à la charge de l'acheteur. En outre, dans les contrats autres que les contrats en régie, l'entrepreneur peut ne pas souhaiter informer l'acheteur sur les soumissions présentées par les sous-traitants.

15. Lorsque le contrat ne précise pas quels sont les sous-traitants que peut engager l'entrepreneur, il existe divers mécanismes permettant de faire participer l'acheteur au choix des sous-traitants (voir la troisième approche préconisée au paragraphe 9 ci-dessus). L'un de ces mécanismes consiste à stipuler au contrat que l'entrepreneur ne peut pas sous-traiter sans le consentement de l'acheteur. Il est possible soit d'exiger que ce consentement soit donné par écrit par l'acheteur à l'entrepreneur, soit de considérer que l'acheteur a donné son accord si l'entrepreneur lui demande par écrit l'autorisation de sous-traiter avec un sous-traitant donné et que l'acheteur ne s'oppose pas par écrit à ce contrat de sous-traitance dans un délai donné après réception de la demande. Dans l'une ou l'autre de ces approches, la notification écrite émanant de l'entrepreneur doit comporter le nom et l'adresse du sous-traitant proposé et détailler les travaux qu'il doit exécuter. Dans les contrats dans lesquels le prix demandé par le sous-traitant influe directement sur le prix que doit payer l'acheteur (par exemple les contrats en régie et les contrats au forfait), cette demande écrite devrait également comporter le prix exigé par le sous-traitant. Le contrat peut également stipuler que tout refus par l'acheteur du contrat de sous-traitance proposé par l'entrepreneur doit s'appuyer sur des motifs raisonnables[2].

16. L'un des problèmes susceptibles de se poser avec les approches mentionnées au paragraphe précédent est que, si un entrepreneur propose un sous-traitant dont la désignation n'est pas approuvée ou est refusée par l'acheteur et que l'entrepreneur doit trouver et proposer un nouveau sous-traitant, les travaux risquent d'être interrompus, d'où d'éventuelles conséquences financières pour les deux parties. On peut noter, toutefois, qu'en pratique les cas dans lesquels l'entrepreneur propose un sous-traitant qui ne rencontre pas l'agrément de l'acheteur ne sont pas très fréquents.

17. Si un litige survient sur le bien-fondé des motifs invoqués par l'acheteur pour refuser le sous-traitant proposé par l'entrepreneur, on peut envisager deux approches. Dans la première, le litige pourrait être soumis à une procédure de règlement des litiges, aucun sous-traitant ne devant être employé jusqu'au règlement dudit litige. La construction ne serait interrompue que dans la mesure où elle ne peut être effectuée sans le concours d'un sous-traitant. Si le refus de l'acheteur est jugé raisonnable, l'entrepreneur devra choisir un autre sous-traitant et prendre à sa charge les conséquences financières de l'interruption de la construction. Si le refus de l'acheteur n'est pas fondé sur des motifs jugés raisonnables, l'entrepreneur peut être autorisé à sous-traiter conformément à la notification adressée à l'acheteur et l'acheteur pourra être tenu de supporter les conséquences financières de l'interruption de la construction.

18. Les parties peuvent, cependant, envisager une autre approche qui minimiserait les risques d'interruption de la construction. Dans cette approche, l'entrepreneur serait tenu d'adresser immédiatement à l'acheteur une nouvelle notification de sous-traitance, tenant compte des vœux de l'acheteur. Le différend concernant le bien-fondé du refus de l'acheteur d'accepter le contrat de sous-traitance proposé dans la première notification pourrait être soumis à une procédure de règlement des litiges immédiatement ou ultérieurement. Le fait que cette procédure soit en attente ne retarderait pas l'emploi d'un sous-traitant agréé par l'acheteur. S'il ressort de la procédure de règlement du litige que le refus de l'acheteur n'est pas fondé sur des motifs raisonnables, l'acheteur pourra être tenu de prendre à sa charge les conséquences financières de toute interruption de la construction ou autres conséquences financières liées, par exemple à l'exécution défectueuse par le sous-traitant et résultant du fait que l'entrepreneur s'est conformé aux vœux de l'acheteur. Si le refus de l'acheteur est jugé raisonnable, l'entrepreneur peut être tenu d'assumer les conséquences susmentionnées.

19. Dans certains types de contrats, par exemple les contrats en régie, l'entrepreneur peut être tenu de solliciter des soumissions d'un certain nombre de sous-traitants pour l'exécution des obligations à sous-traiter et de présenter à l'acheteur les soumissions qu'il se dispose à accepter. Le sous-traitant peut être choisi parmi ces soumissionnaires, soit par l'acheteur, soit l'entrepreneur sous réserve de l'accord de l'acheteur. Ce mécanisme devrait être mieux adapté au choix des sous-traitants devant fournir des équipements ou des services relativement habituels ou ne jouant pas un rôle fondamental par rapport à une conception donnée ou à d'autres services. Pour les éléments hautement spécialisés ou intégrés, la gamme des sous-traitants susceptibles de soumissionner risque d'être peu étendue.

20. Une participation encore plus active de l'acheteur à la sélection des sous-traitants est possible si l'on confie à l'acheteur le choix des sous-traitants et qu'on exige de l'entrepreneur qu'il conclue un contrat de sous-traitance avec eux. Il s'agit ici, fondamentalement, du système de "désignation" qui est très répandu dans certaines parties du globe et qu'on trouve également dans certains contrats internationaux de construction d'installations industrielles.

[2] *Dispositions donnée à titre d'exemple*

"L'entrepreneur adresse à l'acheteur une notification écrite de son intention de sous-traiter, dans laquelle figurent le nom et l'adresse du sous-traitant proposé, [et] une description précise des travaux qu'il devra exécuter [et le prix qu'il demande]. L'entrepreneur est autorisé à sous-traiter conformément à cette notification après l'expiration d'un délai de ... jours suivant réception de cette notification par l'acheteur sauf si, pendant ledit délai, l'acheteur notifie par écrit l'entrepreneur de son opposition, dûment motivée, au sous-traitant proposé, aux obligations à sous-traiter ou au prix demandé par le sous-traitant."

21. En vertu de cette procédure de désignation, l'acheteur sélectionne un certain nombre de sous-traitants possibles et négocie avec eux celles des obligations à exécuter dont le contrat stipule qu'elles relèvent de la procédure de désignation. Ces négociations peuvent avoir lieu avant la conclusion du contrat. Dans ce cas, on peut faire figurer au contrat les principales conditions du contrat de sous-traitance que devra conclure l'entrepreneur, y compris le prix. Dans un contrat au forfait, si le prix d'un ouvrage sous-traité n'est pas fixé au moment de la conclusion du contrat, un prix estimatif pour cet ouvrage peut être stipulé au contrat et le prix du contrat peut être augmenté ou diminué de la différence entre le prix estimatif et le prix réel de l'ouvrage sous-traité. Dans tous les cas, le contrat devrait obliger l'entrepreneur à ne sous-traiter qu'avec le sous-traitant désigné par l'acheteur.

22. Dans ces systèmes, afin de protéger l'entrepreneur de l'obligation de conclure un contrat avec un sous-traitant indûment préjudiciable à ses intérêts, le contrat peut autoriser l'entrepreneur à refuser de conclure un contrat de sous-traitance pour certains motifs. Ces motifs peuvent être les suivants :

a) S'agissant des matériaux, équipements ou services devant être fournis par le sous-traitant, le sous-traitant ne s'acquitte pas vis-à-vis de l'entrepreneur des obligations et responsabilités de même nature et de même étendue que celles qu'a l'entrepreneur vis-à-vis de l'acheteur, y compris les obligations et les responsabilités en matière de qualité, de calendrier des travaux, de garanties et de montants financiers de responsabilité;

b) Le sous-traitant refuse d'indemniser l'entrepreneur et de le protéger vis-à-vis de toute obligation vis-à-vis de l'acheteur ou d'un tiers à la suite d'actes ou d'omissions du sous-traitant;

c) L'entrepreneur a tout autre motif raisonnable de refuser de sous-traiter avec le sous-traitant. Par exemple, lorsque l'entrepreneur a eu une expérience défavorable avec le sous-traitant ou que la situation financière du sous-traitant l'empêche de s'acquitter de manière satisfaisante de ses obligations. Ce type de motif pourrait être prévu au contrat en plus, ou au lieu, des motifs plus concrets mentionnés aux *a* et *b* ci-dessus.

23. Si le système de désignation est adopté, les parties devraient envisager ce qui peut se produire si l'entrepreneur refuse en invoquant un motif raisonnable, de conclure un contrat avec un sous-traitant désigné par l'acheteur. L'acheteur peut être tenu de redésigner un sous-traitant, ou l'entrepreneur peut se voir confier la tâche de trouver un nouveau sous-traitant sous réserve du consentement de l'acheteur, lequel doit être obtenu conformément à une procédure devant figurer au contrat. Dans les deux cas, l'acheteur devra assumer les conséquences financières de l'interruption des travaux pouvant résulter de ces procédures. Pour les cas où l'entrepreneur refuse de conclure un contrat de sous-traitance au motif que le sous-traitant refuse d'inclure dans le contrat de sous-traitance des conditions visant à protéger l'entrepreneur vis-à-vis de l'acheteur, le contrat peut obliger l'entrepreneur à conclure le contrat de sous-traitance si l'acheteur accepte que soient limitées les obligations de l'entrepreneur vis-à-vis de l'acheteur, de sorte qu'elles correspondent aux obligations du sous-traitant vis-à-vis de l'entrepreneur.

24. Le mécanisme de la désignation présente divers avantages pour l'acheteur. Il permet à l'acheteur de choisir un sous-traitant et lui donne un contrôle assez étendu sur le prix et les autres conditions dans lesquelles les obligations sous-traitées sont exécutées. Il permet également à l'acheteur d'utiliser une conception, des équipements ou des services particuliers fournis par un sous-traitant donné. En outre, il permet à l'acheteur de s'assurer que les contrats de sous-traitance sont confiés à des firmes locales. L'acheteur peut bénéficier de ces avantages sans avoir à établir une relation contractuelle avec le sous-traitant. Cependant, ce mécanisme devrait être utilisé avec prudence, les procédures ainsi que les dispositions contractuelles et leurs conséquences devant être pleinement comprises. Le système de la désignation présente divers écueils qui peuvent être évités par le biais de dispositions contractuelles appropriées. Par exemple, sauf lorsque cela est expressément interdit par le contrat, on pourrait, en fonction du degré de participation de l'acheteur dans la sélection des sous-traitants, faire valoir que des droits et obligations contractuels existent entre le sous-traitant et l'acheteur, ou que la responsabilité de l'entrepreneur pour l'exécution par le sous-traitant est limitée. Aussi le contrat devrait-il énoncer clairement que le sous-traitant n'a de relation contractuelle qu'avec l'entrepreneur et que l'entrepreneur est responsable, vis-à-vis de l'acheteur, de l'exécution par le sous-traitant (voir par. 4 ci-dessus).

25. Autre problème qu'est susceptible de poser le système de la désignation : si le sous-traitant cesse d'exécuter le contrat de sous-traitance, ou si le contrat de sous-traitance est résilié, la question risque de se poser de savoir à quelle partie incombe la charge de recruter un nouveau sous-traitant pour achever l'ouvrage commencé. Le contrat devrait énoncer clairement que l'entrepreneur est tenu de trouver à ses propres frais un nouveau sous-traitant chargé d'achever l'ouvrage, sous réserve de l'approbation de l'acheteur, obtenue conformément à une procédure devant figurer au contrat. L'entrepreneur devrait également être tenu pour responsable des conséquences financières résultant de l'interruption des travaux et de la procédure de recrutement d'un nouveau sous-traitant.

D. *Possibilité pour l'acheteur de se retourner directement contre le sous-traitant*

26. Le sous-traitant, qui n'est pas partie au contrat entre l'entrepreneur et l'acheteur, n'a aucune obligation contractuelle vis-à-vis de l'acheteur. Cependant, dans certaines situations, l'acheteur peut souhaiter que le sous-traitant s'acquitte de certaines obligations (par exemple qu'il préserve le caractère confidentiel de la conception ou qu'il garantisse sa prestation) et peut vouloir être à même de se retourner directement contre le sous-traitant pour tout non-respect de ces obligations. L'acheteur peut obtenir du sous-traitant que celui-ci assume de telles obligations et peut se retourner

directement contre le sous-traitant pour qu'il s'en acquitte en procédant de la manière suivante : premièrement, le contrat devrait imposer ces obligations à l'entrepreneur; en outre, l'entrepreneur serait tenu d'obtenir les mêmes obligations du sous-traitant, soit par une disposition du contrat l'y obligeant, soit parce que l'acheteur a fait dépendre son agrément d'un sous-traitant proposé par l'entrepreneur de l'obtention par l'entrepreneur de telles obligations de la part du sous-traitant. Une disposition supplémentaire devrait figurer au contrat par laquelle l'entrepreneur céderait à l'acheteur les droits de l'entrepreneur vis-à-vis du sous-traitant pour toute violation desdites obligations, sous réserve que cette cession soit autorisée par la loi applicable.

E. *Paiement de l'exécution par le sous-traitant*

27. Le contrat ne devrait pas faire obligation à l'acheteur de payer le sous-traitant directement. Aucune relation contractuelle n'existant entre l'acheteur et le sous-traitant, le sous-traitant devra obtenir le paiement de son cocontractant, à savoir l'entrepreneur. Selon les dispositions du contrat régissant le prix, soit le coût pour l'entrepreneur des services de ses sous-traitants sera prévu dans le prix du marché (comme c'est le cas dans la plupart des contrats au forfait), soit le coût effectif de ces services sera payable par l'acheteur à l'entrepreneur (comme c'est le cas dans un contrat en régie ou dans un contrat au forfait lorsque le prix du contrat peut être augmenté de la différence entre le coût effectif de ces services et le coût estimatif prévu au contrat).

28. Il peut, cependant, y avoir des cas où l'acheteur souhaite payer directement le sous-traitant, comme lorsque l'entrepreneur ne s'est pas acquitté du paiement d'une somme due au sous-traitant et que la bonne exécution du programme du contrat est menacée par le peu d'enthousiasme du sous-traitant à continuer les travaux. Le contrat peut dès lors autoriser l'acheteur à payer directement le sous-traitant et à se faire rembourser par l'entrepreneur ou à être crédité pour ces paiements. Sauf dans les cas où cette autorisation est expressément prévue au contrat, l'acheteur qui paie directement un sous-traitant se place dans une position périlleuse car il demeure redevable de cette somme à l'entrepreneur. Le contrat devrait également énoncer clairement que ces paiements directs par l'acheteur sont faits au nom de l'entrepreneur afin qu'il soit impossible d'invoquer l'existence d'une relation contractuelle entre l'acheteur et le sous-traitant.

29. Le contrat devrait autoriser l'acheteur à exiger de l'entrepreneur qu'il fournisse la preuve qu'un paiement dû au sous-traitant a bien été effectué. Si, pendant un délai donné après qu'une demande à cet effet a été adressée à l'entrepreneur, celui-ci ne fournit pas cette preuve à l'acheteur, ou notifie par écrit à l'acheteur les motifs qui l'ont conduit à ne pas effectuer ce paiement, l'acheteur peut être autorisé à effectuer le paiement dû au sous-traitant si les motifs invoqués par l'entrepreneur pour le non-paiement ne sont pas suffisants, et à se faire rembourser par l'entrepreneur les sommes correspondant au paiement ou à en être crédité.

30. La méthode par laquelle l'acheteur se fait rembourser par l'entrepreneur ou est crédité du montant de son paiement direct au sous-traitant peut dépendre de la procédure de paiement prévue au contrat. Dans un contrat au forfait, l'acheteur devrait pouvoir déduire le montant de son paiement du prix du contrat qu'il doit verser à l'entrepreneur. Toutefois, si un contrat au forfait prévoit un prix estimatif pour l'ouvrage sous-traité mais stipule que le prix du contrat pourra être ajusté conformément au prix effectif de l'ouvrage sous-traité (voir par. 21 ci-dessus), l'acheteur devrait pouvoir déduire une somme correspondant au moins au prix estimatif prévu au contrat. Lorsque le prix du contrat a déjà été payé intégralement à l'entrepreneur par l'acheteur, l'acheteur devrait alors être en droit d'exiger le remboursement de l'entrepreneur.

31. Dans un contrat en régie, lorsque l'acheteur paie directement le sous-traitant au nom de l'entrepreneur pour l'ouvrage sous-traité, aucun ajustement n'est nécessaire entre l'entrepreneur et l'acheteur car l'entrepreneur n'aura encouru aucun frais pour l'ouvrage sous-traité qui doit être remboursé par l'acheteur. Cependant, dans certains contrats de sous-traitance, l'obligation qu'a l'entrepreneur de payer un sous-traitant n'est créée que lorsque l'entrepreneur a reçu paiement de l'acheteur. En pareil cas, l'acheteur devrait être autorisé, s'il le juge nécessaire, à payer directement le sous-traitant lorsqu'il a payé l'entrepreneur pour des travaux effectués par le sous-traitant et que l'entrepreneur n'a pas payé le sous-traitant. L'acheteur devrait alors avoir le droit de déduire le montant de son paiement direct au sous-traitant des sommes dont il sera ultérieurement redevable à l'entrepreneur, ou exiger de l'entrepreneur qu'il le rembourse.

[A/CN.9/WG.V/WP.13/Add.6]

Garantie de bonne exécution

Résumé

Chaque partie à un contrat de travaux peut chercher à se garantir contre la défaillance de son cocontractant. Les formes de sûreté que l'acheteur obtient habituellement sont les sûretés ou garanties personnelles (par. 4 à 32), le droit de ne pas payer la totalité du prix dû à l'entrepreneur avant d'avoir la preuve qu'ils ont été correctement exécutés par lui (par. 33 à 36) et les sûretés réelles (par. 43).

Une garantie personnelle est un arrangement aux termes duquel, en cas de défaut d'exécution par l'entrepreneur, un tiers (le garant) répondra de cette défaillance dans les conditions fixées par la garantie (par. 4). Deux sortes de garanties personnelles peuvent être exigées par l'acheteur — garanties de bonne exécution (par. 5 à 8) et garanties de remboursement (par. 5 et 9). Les garanties de bonne exécution, qui visent à garantir contre l'inexécution par l'entrepreneur de ses obliga-

tions, ont habituellement deux formes. Dans la première, dite garantie à première demande, le garant s'engage à payer à l'acheteur une certaine somme à titre de dédommagement sur simple affirmation de sa part que l'entrepreneur n'a pas exécuté le contrat (par. 7 et 14). Dans l'autre forme, dite cautionnement de bonne fin, le garant s'engage, si l'acheteur prouve que l'entrepreneur a failli à l'exécution, soit à remédier lui-même au manquement, soit à faire appel à un autre entrepreneur pour y remédier, soit à payer une somme d'argent à titre de dédommagement, au choix du garant (par. 7 et 15).

Une garantie de remboursement donne l'assurance à l'entrepreneur qu'un versement anticipé effectué à l'entrepreneur lui sera remboursé. Cette garantie prend habituellement la forme d'un engagement pris par le garant de payer à l'acheteur une certaine somme si l'entrepreneur ne rembourse pas le montant du versement anticipé (par. 9).

Pour ce qui est des garanties personnelles qu'il demande, l'acheteur doit examiner l'opportunité de préciser quels garants il considère comme acceptables. L'acheteur exige souvent que les garants soient des institutions de son pays, puisqu'il lui est alors plus facile de faire jouer les garanties. Fréquemment aussi, une clause prévoit que si une garantie peut être accordée par une institution du pays de l'entrepreneur, cette garantie doit être confirmée par une institution du pays de l'acheteur (par. 10 et 11).

Le lien entre l'acheteur et le garant est défini par la garantie. Cependant, le contrat doit stipuler la nature et les conditions de la garantie que l'entrepreneur est obligé de fournir (par. 12). Celle-ci peut être indépendante ou accessoire. Des exemples caractéristiques de garantie indépendante et de garantie accessoire sont respectivement la garantie à première demande et le cautionnement de bonne fin (par. 13 à 15). Chaque type a ses avantages et ses inconvénients (par. 16 à 18).

Les garanties peuvent être fournies par l'entrepreneur au moment de la conclusion du contrat, à moins que celui-ci ne prévoie que la garantie sera constituée dans un bref délai après la conclusion du contrat. Dans ce dernier cas, le contrat doit définir les recours de l'acheteur si la garantie n'est pas fournie (par. 19).

L'obligation du garant est normalement limitée à une certaine valeur. Si le contrat de construction contient certaines limitations de la responsabilité incombant à l'entrepreneur en cas de défaut d'exécution, les parties peuvent souhaiter inclure ces limites dans la garantie (par. 20 et 21). Les parties doivent aussi déterminer la monnaie dans laquelle la garantie sera réalisée. Elles peuvent examiner s'il y a lieu de réduire le montant de la garantie dans certaines circonstances. Dans le cas d'une garantie de bonne exécution, une réduction peut être justifiée lorsque l'acquéreur est assuré de l'achèvement satisfaisant de la construction (par. 22).

Dans de nombreux systèmes juridiques, les modifications au contrat dégagent le garant de son obligation. Il s'ensuit que le contrat règle généralement l'effet des modifications sur la garantie (par. 24 à 27). Le contrat doit aussi déterminer la durée de la garantie. L'intérêt de l'acheteur est que la garantie soit maintenue jusqu'à ce que l'entrepreneur ait exécuté ses obligations. Tant le garant que l'entrepreneur ont intérêt à ce que la date de validité de la garantie soit clairement fixée (par. 28 à 31).

Le contrat peut, dans l'énoncé des conditions de paiement, stipuler que le prix ne sera intégralement versé qu'à l'achèvement satisfaisant de la construction par l'entrepreneur (par. 33 à 36).

Les moyens dont dispose l'entrepreneur pour s'assurer du paiement des sommes qui lui sont dues sont la lettre de crédit irrévocable (par. 37 à 42) et les sûretés réelles (par. 43). Les parties doivent se mettre d'accord sur certaines modalités relatives à la lettre de crédit (par exemple monnaie de paiement et documents à présenter à la banque pour obtenir le paiement) (par. 41 et 42).

Il est fréquent que chacune des parties veuille se constituer contractuellement des sûretés réelles sur les biens de l'autre. Mais ces sûretés présentent certains inconvénients (par. 43).

* * *

A. *Remarques générales*

1. Chaque partie à un contrat de travaux sait que la défaillance de son cocontractant peut lui causer un préjudice considérable. Si dans ce cas, la partie concernée dispose des recours contractuels contre l'autre pour obtenir un dédommagement, elle peut aussi souhaiter se ménager d'autres moyens de protection contre l'inexécution du contrat. A cet effet, elle peut se constituer une sûreté qu'elle pourra faire jouer au lieu ou en plus de ses recours contractuels ouverts par le marché. Cette sûreté peut prendre différentes formes. Ce peut être la promesse faite par un tiers ayant une solide position financière de verser une certaine somme en cas de défaut d'exécution. Ce peut être l'engagement d'un tel tiers de remédier aux vices de construction ou d'achever l'ouvrage. L'un et l'autre de ces arrangements s'intitulent des garanties. Il peut aussi s'agir d'un droit ouvert sur certains fonds, ou sur des biens appartenant à l'autre partie, droit qui peut être exercé à titre de dédommagement.

2. Les parties doivent définir dans leur contrat les formes de sûreté à fournir par chacune d'elles et les conséquences d'un manquement à cette obligation. La constitution d'une sûreté est source de frais pour la partie qui la fournit. Le coût varie selon la valeur et la forme de la sûreté. Les parties doivent par conséquent déterminer le degré de sécurité qu'elles peuvent raisonnablement exiger et éviter une protection superflue. Lorsqu'une garantie personnelle doit être fournie, le contrat et la garantie feront l'objet d'instruments juridiques distincts. Toutefois, leurs dispositions devront être harmonisées et les termes du contrat ne devront pas déroger aux droits conférés à une partie par la garantie.

3. La loi applicable à la sûreté peut ne pas être la même que celle régissant le contrat. La première réglementera impérativement certains aspects de la sûreté, comme sa forme, sa durée de validité et, lorsqu'il s'agit d'une garantie personnelle, les droits découlant de la possession du document de garantie. Elle déterminera aussi les relations entre la sûreté et le contrat de

construction. Les parties doivent tenir compte de la loi applicable à la sûreté pour déterminer la nature de la sûreté à fournir. S'il s'agit d'une garantie personnelle, il faudra aussi prendre en considération la loi du pays du garant, qui peut réglementer de façon impérative l'activité de celui-ci, en ce qui concerne par exemple une éventuelle inscription et l'imposition de plafonds aux montants qui peuvent être garantis.

B. *Garantie de bonne exécution par l'entrepreneur*

1. *Sûretés ou garanties personnelles*

4. Une garantie personnelle est un arrangement aux termes duquel si l'entrepreneur manque de façon précise à son obligation d'exécution, un tiers (le garant) doit répondre de cette défaillance dans les conditions fixées par la garantie. Le terme "garantie" n'est pas universellement employé pour décrire ce type de convention et est souvent remplacé par ceux de "cautionnement" ou "engagement de caution". Dans certains pays, il est interdit aux banques d'émettre des garanties. Elles peuvent néanmoins ouvrir des "lettres de crédit stand-by" qui jouent le même rôle qu'une garantie. Il s'agit d'une lettre de crédit émise par une banque à la demande de l'entrepreneur au profit de l'acheteur, aux termes de laquelle l'acheteur est habilité à demander à la banque le paiement d'une certaine somme en cas de défaillance de l'entrepreneur[1]. Les garanties qui font l'objet de ce chapitre diffèrent des garanties de qualité qui consistent en une obligation contractuelle de qualité de la part d'une partie, en ce qui concerne par exemple les équipements ou matériaux fournis.

5. Les garanties en tant que sûretés constituées au bénéfice de l'acheteur sont fréquemment employées dans les cas suivants :

a) Assurer qu'un entrepreneur qui a soumis une offre ne la retirera pas avant la date fixée dans l'appel d'offres pour l'adjudication et garantir, si le marché lui est adjugé, qu'il conclura le contrat et présentera la garantie de bonne exécution spécifiée dans l'appel d'offres. Ces garanties dites garanties de soumission sont traitées au chapitre "Appel d'offres et processus de négociations";

b) Protéger l'acheteur d'un préjudice éventuel si l'entrepreneur qui a conclu le contrat ne l'exécute pas selon ses termes. Ces garanties sont dites garanties de bonne exécution;

c) Garantir le remboursement à l'acheteur d'un versement anticipé fait à l'entrepreneur. On parle alors de garanties de remboursement.

a) *Garanties de bonne exécution : fonction*

6. Un acheteur qui conclut un contrat de travaux cherchera un entrepreneur possédant l'assise financière et les moyens techniques et opérationnels nécessaires pour mener à bien l'ouvrage. Fréquemment cependant, l'acheteur ne dispose pas de renseignements complets sur la situation financière d'un entrepreneur étranger pressenti, l'importance de ses autres marchés (qui peuvent avoir une incidence sur l'exécution), ses références professionnelles, ou d'autres facteurs influant sur son aptitude à mener à bien le projet. En outre, des éléments imprévus survenant après la conclusion du contrat peuvent affecter la capacité de l'entrepreneur à exécuter celui-ci. C'est pourquoi les appels d'offres et contrats de travaux obligent souvent l'entrepreneur à fournir des garanties de bonne exécution pour qu'en cas de défaillance de sa part, l'acheteur dispose de recours permettant l'exécution de ses obligations. L'exigence d'une garantie de bonne exécution tend peut-être aussi à prévenir les offres d'entrepreneurs peu fiables ou insolvables car les institutions de cautionnement font généralement des enquêtes minutieuses sur les entrepreneurs qui demandent leur garantie et, normalement, elles ne l'accordent que si elles ont de bonnes raisons de croire que l'entrepreneur peut exécuter correctement le contrat.

7. Les garanties de bonne exécution sont généralement de deux types. Dans celle dite ci-après garantie financière de bonne exécution, le garant s'oblige seulement à payer à l'acheteur une somme à concurrence d'un certain montant pour garantir les responsabilités de l'entrepreneur en cas de défaut d'exécution de la part de celui-ci. Ces garants sont souvent des banques commerciales. Dans l'autre type de garantie, le garant, à sa discrétion, s'engage soit à remédier personnellement aux vices de la construction effectuée par l'entrepreneur ou à achever lui-même l'ouvrage, soit à avoir recours à un autre entrepreneur pour le faire et, par ailleurs, à indemniser l'acheteur des autres préjudices imputables au défaut d'exécution. La valeur de ces engagements est limitée à un certain montant. Le garant se réserve aussi généralement le choix d'exécuter son obligation par un versement à l'acheteur à concurrence d'une somme donnée. Ce type de garantie est généralement consenti par des institutions spécialisées comme les sociétés de cautionnement et d'assurance, elles sont dites ci-après cautionnements de bonne fin. L'acheteur peut estimer judicieux d'autoriser un entrepreneur soumissionnaire à choisir entre les deux formes de garantie, considérant que des relations d'affaires avec une institution de cautionnement lui permettront peut-être d'obtenir un taux avantageux sur l'une d'entre elles. Du point de vue de l'acheteur, chaque type de garantie présente certains avantages et inconvénients (voir par. 16 à 18 ci-dessous).

8. Dans tous les contrats de travaux, l'entrepreneur s'engage non seulement à achever la construction, mais aussi à remédier aux défauts qui lui sont notifiés par l'acheteur avant l'expiration de la période de garantie (voir le chapitre "Défaut d'exécution"). L'accomplissement des obligations de l'entrepreneur pendant cette période de garantie peut être assuré soit par la garantie de bonne exécution couvrant la construction jusqu'à l'achèvement, soit par une garantie distincte parfois appelée garantie d'entretien. Dans l'exposé qui suit, on présumera que l'intention des parties est de constituer une garantie unique de bonne exécution. Mais les considérations ci-dessous relatives à la garantie de

[1] La nature des lettres de crédit "stand-by" a fait l'objet d'un rapport du Secrétaire général : "Lettres de crédit 'stand-by'" (A/CN.9/163) (Annuaire . . . 1979, deuxième partie, II, B).

bonne exécution s'appliqueraient également à une garantie distincte d'entretien.

b) *Garanties de remboursement : fonction*

9. Pour aider l'entrepreneur à acheter des matériaux et équipements et faciliter sa trésorerie, il est fréquent que l'acheteur lui verse une avance sur le prix. Ce paiement anticipé est habituellement déduit des sommes dues à l'entrepreneur en contrepartie de la fourniture de services, matériaux et équipements. Pour protéger l'acheteur contre le refus de remboursement ou la faillite de l'entrepreneur, le contrat peut prévoir que ce dernier doit fournir une garantie de remboursement au cas où ces éventualités se réaliseraient.

c) *Choix des garants*

10. L'acheteur peut s'interroger sur l'opportunité de préciser les garants qu'il est disposé à accepter. L'avantage dans ce cas est de permettre de choisir des garants d'une surface financière avérée et de bonne réputation quant au règlement des demandes. L'inconvénient est qu'une telle spécification peut exclure des entrepreneurs n'ayant pas accès aux garants énoncés ou empêcher les soumissionnaires de s'adresser à des garants avec lesquels ils sont en relations étroites et qui sont disposés à leur consentir des taux avantageux.

11. Une solution possible est de prévoir que dans un premier temps, l'entrepreneur peut proposer un garant de son choix. Si l'acheteur considère néanmoins que le garant proposé ne lui convient pas, l'entrepreneur est obligé d'en présenter un autre qui soit acceptable. A cet égard, l'acheteur doit également examiner s'il doit stipuler que seules les garanties fournies par des institutions financières de son propre pays sont acceptables. Dans certains pays, la réglementation peut prévoir que sont seules admissibles les garanties fournies par des institutions financières nationales. L'avantage d'une clause stipulant que les garanties doivent être consenties par des institutions du pays de l'acheteur est que ces garanties peuvent être plus facilement réalisées et les sommes dues plus facilement recouvrées. En revanche, les institutions nationales peuvent faire payer plus cher leur couverture et ne pas être prêtes à accorder certaines formes de garanties comme un cautionnement de bonne fin. En outre, les établissements nationaux peuvent être réticents à accorder des garanties pour le compte d'entrepreneurs étrangers qui leur sont inconnus. Une solution possible est d'autoriser l'entrepreneur à faire appel à des garants étrangers mais à exiger que la garantie soit confirmée par un établissement financier national. Dans certains pays, l'assise financière des institutions qui accordent des garanties est contrôlée et approuvée par l'administration et des limites sont fixées aux sommes qu'elles peuvent garantir. L'acheteur peut stipuler que s'il est proposé un garant d'un tel pays, le garant doit être un établissement approuvé.

d) *Nature de l'obligation du garant*

12. Si le contrat conclu entre l'entrepreneur et l'acheteur peut prescrire la nature et les conditions de la garantie que l'entrepreneur doit fournir, c'est la garantie elle-même qui crée le lien entre le garant et l'acheteur. Il s'ensuit que le rapport juridique entre l'acheteur et le garant est régi par les dispositions de la garantie et par la loi applicable en la matière. Le contrat entre l'acheteur et l'entrepreneur doit expressément stipuler que l'acheteur ne peut faire jouer la garantie que s'il y a effectivement défaut d'exécution de la part de l'entrepreneur. Le contrat peut cependant aussi imposer certaines restrictions au droit de l'acheteur de recourir à la garantie (par exemple en l'obligeant d'abord à mettre en demeure l'entrepreneur et à observer ensuite un certain délai avant de demander la réalisation de la garantie).

13. Formellement, la garantie de bonne exécution est étroitement liée au contrat de construction de base en ce sens que le garant doit payer, ou assurer l'exécution, en cas de manquement de l'entrepreneur aux obligations du marché. Les termes de la garantie peuvent cependant en pratique la rendre indépendante du contrat de construction ou accessoire à celui-ci.

14. Un exemple caractéristique de garantie en pratique indépendante des obligations prévues au contrat de base est la garantie à première demande qui oblige le garant à procéder au paiement à la demande de l'acheteur. Celui-ci a le droit de réaliser la garantie sur simple affirmation de sa part que l'entrepreneur n'a pas exécuté le contrat. La question de savoir s'il y a eu en fait inexécution des clauses du contrat de travaux ou si la responsabilité de ce manquement incombe à l'entrepreneur est sans effet sur l'obligation du garant.

15. La garantie est accessoire lorsque l'obligation du garant est plus étroitement liée à la responsabilité de l'entrepreneur en cas de défaut d'exécution du contrat de travaux. La nature du lien peut varier selon les garanties, par exemple l'acheteur peut devoir établir la responsabilité de l'entrepreneur en produisant une sentence arbitrale dans ce sens, ou le garant peut être habilité à faire valoir certains moyens de défense éventuels de l'entrepreneur pour contester sa défaillance. Les cautionnements de bonne fin ont habituellement ce caractère accessoire.

16. L'avantage pour l'acheteur d'une garantie à première demande est qu'il est assuré d'obtenir rapidement le paiement de la garantie sans avoir à prouver le défaut d'exécution de l'entrepreneur ni l'étendue du préjudice subi. Il est fréquent que l'acheteur n'ait pas les compétences nécessaires pour démontrer que l'entrepreneur a manqué au contrat. De plus, certains garants, notamment les banques commerciales, préfèrent les garanties à première demande qui fixent clairement les conditions de leur obligation de paiement et qui les dispensent d'intervenir dans des litiges entre l'acheteur et l'entrepreneur pour déterminer s'il y a eu ou non défaut d'exécution selon les clauses du marché. Cependant, les frais que l'acheteur assume pour obtenir une telle garantie peuvent être supérieurs aux frais liés à la fourniture d'une garantie accessoire, puisque l'entrepreneur peut être tenté d'inclure dans le prix le coût de l'assurance

qu'il pourra souscrire contre le risque de réalisation de la garantie lorsqu'il n'y a pas eu en fait défaut d'exécution de sa part, ou les frais éventuels d'une action en dommages et intérêts contre l'acheteur dans la même hypothèse. De plus, en contrepartie de l'augmentation des risques de paiement assumés par le garant dans le cadre d'une garantie à première demande, le montant de la garantie n'excède normalement pas un pourcentage très limité du prix du contrat. Un inconvénient pour l'entrepreneur d'une garantie à première demande est que si l'acheteur obtient paiement de la garantie en violation des clauses du contrat de travaux, une action en dommages et intérêts contre l'acheteur sera longue et difficile alors que son préjudice propre sera peut-être immédiat puisque le garant a le droit, dès qu'il a payé, de se rembourser sur les actifs de l'entrepreneur.

17. En vertu d'un cautionnement de bonne fin, l'acheteur doit prouver le manquement au contrat de la part de l'entrepreneur et l'étendue du préjudice subi. En outre, le garant peut lui opposer tous les moyens de défense dont disposerait l'entrepreneur s'il était attaqué pour défaut d'exécution. L'acheteur court donc le risque de faire face à un litige prolongé lorsqu'il demandera la réalisation de la garantie. Toutefois, le plafond de la responsabilité du garant peut être bien supérieur en valeur à celui d'une garantie à première demande puisque le risque de paiement encouru par le garant est moindre. Un cautionnement de bonne fin peut aussi présenter un avantage dans le cas où l'acheteur peut difficilement remédier lui-même aux défauts de construction ou achever l'ouvrage et ne peut le faire qu'avec le concours d'un tiers. Si toutefois le contrat implique l'utilisation ou le transfert d'une technique que l'entrepreneur est seul à connaître, le recours à un tiers pour remédier aux défauts ou achever la construction ne sera pas possible. Dans ce cas, un cautionnement de bonne fin prévoyant la possibilité pour le garant de faire appel à un tiers pour remédier aux vices de la construction ou achever l'ouvrage peut n'avoir aucun avantage par rapport à une garantie financière de bonne exécution.

18. On peut cependant noter que la formulation des garanties est un point à convenir entre l'acheteur, l'entrepreneur et le garant. Les parties peuvent stipuler une garantie ni totalement accessoire ni à première demande pure et simple. Elles peuvent ainsi opter pour une garantie prévoyant que le paiement sera subordonné à la présentation d'une demande écrite accompagnée d'une déclaration écrite également exposant avec précision le défaut d'exécution motivant la demande. Le garant n'aura cependant aucune obligation d'enquêter sur l'exactitude des affirmations relatives au défaut d'exécution. Il est aussi possible, là encore, de prévoir une garantie en vertu de laquelle un paiement ne pourra être effectué que si la demande de l'acheteur est accompagnée d'un certificat de l'ingénieur ou d'un tiers indépendant saisi dans le cadre d'une procédure de règlement accéléré des différends confirmant la défaillance de l'entrepreneur. En outre, l'intérêt commun des deux parties à ce que le contrat soit exécuté correctement permet de décourager d'éventuels abus de droits dans le cadre des garanties.

e) *Date de constitution de la garantie*

19. Les litiges entre parties quant à la formulation et la nature des garanties à fournir peuvent être réduits au minimum si l'entrée en vigueur de la garantie et la conclusion du contrat sont concomitantes. Pour qu'il en soit ainsi, l'acheteur peut stipuler dans son appel d'offres les garants qu'il est disposé à accepter et énoncer la forme de garantie qu'il exige. Ou bien, les parties peuvent convenir que la garantie sera fournie dans un bref délai après la conclusion du contrat (par exemple parce que cette formule est moins onéreuse). Pour que l'acheteur soit assuré que l'entrepreneur à qui le marché est adjugé fournira la garantie de bonne exécution requise, il peut être indiqué dans la garantie de soumission que celle-ci restera valable jusqu'à la fourniture de la garantie de bonne exécution (voir le chapitre "Appel d'offres et processus de négociation"). Une autre solution consiste à exiger dans l'appel d'offres que les soumissions soient accompagnées d'un certificat émanant d'une institution habilitée à se porter garant et attestant que, si le marché est adjugé au soumissionnaire, elle sera disposée à accorder une garantie de bonne exécution du type décrit dans l'appel d'offres. S'il est convenu que la garantie devra être fournie après la conclusion du contrat, les parties doivent s'entendre dans le contrat sur les droits de l'acheteur en cas de manquement à cette obligation (par exemple droit de résilier le contrat et d'obtenir des dommages et intérêts).

f) *Etendue de l'obligation créée par la garantie*

20. L'obligation du garant est normalement limitée à une certaine valeur qui peut être déterminée par un pourcentage du prix du contrat ou des paiements anticipés. Le pourcentage exact peut être fixé par une évaluation des risques d'inexécution encourus et en tenant compte des limites habituellement observées par les garants lorsqu'ils consentent des garanties pour le type de travaux envisagés. Exiger une valeur de garantie très élevée peut dissuader les petites entreprises de soumissionner puisqu'elles risquent de ne pas pouvoir obtenir de tels montants de garantie. Les parties doivent aussi déclarer la monnaie dans laquelle la garantie sera réalisée. Dans le cas d'une garantie de remboursement, ce pourra être la monnaie du versement anticipé et, pour une garantie de bonne exécution, la monnaie de règlement du prix du contrat. Si plusieurs monnaies de règlement sont prévues, il faudra en choisir une.

21. Il se peut que le contrat de travaux prévoie certaines limitations de la responsabilité de l'entrepreneur en cas de défaut d'exécution, ainsi une exclusion de responsabilité pour les préjudices "indirects". Dans ce cas, les parties peuvent souhaiter inclure dans la garantie une limitation de responsabilité calquée sur celle du contrat de construction. Cependant, lorsqu'il s'agit d'une garantie accessoire (par exemple dans le cas d'un cautionnement de bonne fin), la loi applicable à la garantie peut disposer que la responsabilité du garant est coextensive à celle de l'entrepreneur. Si par conséquent, en vertu de la loi applicable, la responsabilité de l'entrepreneur est limitée, les obligations du garant le seront pareillement. Si toutefois la loi applicable ne contient pas de dispositions claires à cet égard, il serait

préférable que la question soit réglée dans le contrat de garantie.

22. Les parties peuvent par ailleurs envisager de réduire le montant de la garantie après un certain stade d'exécution du contrat. En ce qui concerne les garanties de bonne exécution, on peut ne prévoir aucune réduction en considérant qu'un défaut d'exécution peut se produire dans la phase finale de la construction et nécessiter la réalisation de l'intégralité de la garantie. Selon une autre conception, on peut prévoir une réduction à la réception des travaux par l'acheteur, puisque les essais d'achèvement mécanique et les essais de bon fonctionnement pratiqués préalablement (voir le chapitre "Achèvement, prise en charge et réception des travaux") auront montré que l'exécution a été conforme au contrat. Cependant, une réduction uniquement basée sur la réception d'une tranche des travaux peut être injustifiée puisque des défaillances ultérieures pourront nécessiter la réalisation de la totalité de la garantie. De surcroît, certaines formes de défaut d'exécution comme les retards tendent à se produire non pas dans la phase initiale mais lorsque la construction est bien avancée.

23. Pour assurer à l'acheteur une totale sécurité, il est généralement prudent de prévoir que l'obligation de garantie naît de toute forme de défaut d'exécution envisagé par la garantie. Ainsi, en ce qui concerne une garantie de bonne exécution, l'obligation de garantie doit jouer en cas d'inexécution, exécution défectueuse et retard d'exécution. Le garant doit en outre régler les frais et préjudices résultant du défaut d'exécution.

g) *Effet des modifications du contrat*

24. Une question importante à propos des garanties concerne l'effet d'une modification de l'étendue des obligations fixées par le contrat (voir le chapitre "Modifications") sur les engagements du garant. Etant donné que ces modifications affecteront les obligations contractuelles de l'entrepreneur, elles intéresseront aussi le garant. Une extension ou une augmentation substantielle des responsabilités de l'entrepreneur pourra accroître le risque assumé par le garant et, dans le cas d'un cautionnement de bonne fin, affecter sa capacité à remédier aux défauts de construction ou achever l'ouvrage. Dans certains systèmes juridiques, sauf s'il en est autrement disposé dans la garantie, une modification du contrat de base peut dégager le garant de ses obligations; ou bien celui-ci ne reste engagé que dans la mesure des obligations de l'entrepreneur à la date de constitution de la garantie. Etant donné la fréquence des modifications apportées aux contrats de travaux, les parties devraient expressément traiter cette question dans la garantie.

25. Différentes solutions peuvent être envisagées. Puisque la responsabilité du garant est limitée à un certain montant et que la durée de la garantie est également limitée (voir par. 28 à 32 ci-dessous), le garant peut être prêt à assumer le risque ainsi défini même si des amendements au contrat sont susceptibles dans une certaine mesure de modifier le risque. Si cette conception est adoptée, la garantie doit expressément énoncer qu'elle reste valable dans les limites fixées à l'origine nonobstant toute modification du contrat. Une autre solution consiste à stipuler que la garantie reste valable telle que limitée à l'origine nonobstant toute modification, sous réserve que par l'effet cumulé des amendements, le prix du contrat ne soit pas accru de plus d'un pourcentage déterminé. Si ce pourcentage est dépassé, l'accord du garant est nécessaire pour que la garantie reste valable. Selon une troisième formule, les parties peuvent convenir que si le contrat est modifié, la garantie ne restera valable qu'en ce qui concerne les obligations contractuelles qui n'ont pas été modifiées. Pour ce qui est des obligations modifiées, le maintien de la garantie sera subordonné au consentement du garant.

26. Les clauses du marché relatives aux modifications et les clauses de la garantie concernant l'effet de ces modifications sur la garantie doivent être en harmonie. Ainsi, si le marché accorde à l'acheteur le droit unilatéral d'ordonner certains amendements, l'énoncé de la garantie ne doit pas être tel qu'en cas de modification, la garantie cesse d'être valable ou ne couvre pas l'inexécution des obligations modifiées. Une telle discordance dissuaderait l'acheteur d'exercer son droit d'amendement.

27. Une clause prévoyant le maintien de la validité de la garantie conformément à ses conditions d'origine peut être une protection insuffisante pour l'acheteur. Les amendements au contrat peuvent prolonger le délai d'exécution, ou accroître les responsabilités de l'entrepreneur en cas de défaut d'exécution. Les parties peuvent donc stipuler que dans de telles hypothèses, l'entrepreneur est obligé d'obtenir du garant les modifications appropriées quant à la date de validité, au montant et aux autres clauses pertinentes de la garantie. Les frais afférents à ces amendements devraient être à la charge de la partie qui assume les frais de modifications de la construction (voir le chapitre "Modifications").

h) *Durée de la garantie*

28. Il est de l'intérêt de l'acheteur que la garantie couvre la totalité de la période pendant laquelle peut subsister une éventuelle obligation à garantir. En ce qui concerne une garantie de bonne exécution, elle doit couvrir non seulement le déroulement de la construction mais également la période de garantie (voir le paragraphe 8 ci-dessus et le chapitre "Défaut d'exécution").

29. Il est de l'intérêt du garant que la garantie énonce clairement la date de validité à laquelle il cessera d'assumer les risques couverts par la garantie. Les banques, notamment, exigent généralement qu'une date ferme soit indiquée dans les garanties financières de bonne exécution qu'elles consentent. Un procédé employé pour délimiter la période de garantie consiste à stipuler dans la garantie qu'aucune demande de réalisation ne pourra être présentée après une date déterminée. Dans ce cas les parties pourront, au moment de la conclusion du contrat, inclure dans la garantie une date ferme calculée sur la base d'une estimation du délai nécessaire pour exécuter intégralement les obligations à garantir. Cependant, si une date ferme peut satisfaire les intérêts

du garant, elle risque de créer des difficultés à l'acheteur et à l'entrepreneur puisque pour diverses raisons, une prorogation de la période de garantie au-delà de la date fixée pourra être nécessaire (retard d'exécution de l'entrepreneur ou applications de clauses relatives aux empêchements exonératoires par exemple). Par conséquent, lorsque l'entrepreneur n'a pas complètement satisfait à ses obligations contractuelles à la date d'expiration de la garantie, le contrat devra obliger l'entrepreneur, à la demande de l'acheteur, à obtenir une prorogation de validité de la garantie pour la durée nécessaire à l'exécution satisfaisante de ses engagements.

30. Dans le cadre d'un cautionnement de bonne fin, le garant peut ne pas exiger une date ferme de validité. Cependant, en raison du caractère accessoire du cautionnement, le garant sera dégagé lorsque l'entrepreneur aura satisfait à ses obligations même si aucune date limite de validité précise n'a été stipulée dans le cautionnement de bonne fin. On peut aussi envisager d'inclure dans le cautionnement une clause interdisant toute demande après la date du dernier paiement à l'entrepreneur en application du contrat. Ce dernier paiement n'étant effectué habituellement que lorsque l'acheteur est certain que l'entrepreneur a exécuté ses obligations, il est raisonnable d'exclure les demandes présentées au garant après cette date.

31. En ce qui concerne une garantie de remboursement, stipuler une date de validité précise peut présenter les mêmes difficultés que pour une garantie de bonne exécution. Lorsque le garant n'exige pas une date ferme, une solution possible consiste à prévoir que la garantie expirera lorsque l'entrepreneur aura fourni des services et des équipements à concurrence de la valeur de la garantie. Cela pourra être attesté soit par un certificat délivré par l'ingénieur ou par l'acheteur à cet effet, soit par des documents prouvant la livraison (par exemple factures ou documents de transports certifiés par l'acheteur ou reçus de chantier signés par les représentants de l'acheteur).

32. Les parties peuvent aussi envisager le cas où le contrat a pris fin avant la date limite de présentation des demandes de garantie et décider que celles-ci seront recevables après l'achèvement, sous réserve qu'elles soient la conséquence de défauts d'exécution de l'entrepreneur.

2. *Garantie de bonne exécution résultant des conditions de paiement*

33. Les conditions de paiement du contrat peuvent être formulées de telle sorte qu'elles constituent pour l'acheteur une sûreté contre le défaut d'exécution de l'entrepreneur. Un contrat de travaux prévoit généralement un paiement échelonné au prorata de l'avancement des travaux. Pour définir l'échéancier des paiements, le contrat peut prévoir qu'un ingénieur ou un autre tiers indépendant sera chargé d'évaluer la valeur des travaux exécutés par l'entrepreneur à des stades déterminés de la construction mais que le paiement effectué à l'entrepreneur portera sur cette valeur estimée diminuée d'un certain pourcentage. De la sorte, même à l'achèvement de la construction (voir le chapitre "Achèvement, prise en charge et réception des travaux"), l'entrepreneur ne recevra pas le prix intégral du contrat. Ce prix ne sera habituellement payable que lorsque l'acheteur sera assuré que l'ouvrage ne comporte aucun vice et fonctionne conformément au contrat.

34. L'avantage pour l'acheteur d'une sûreté constituée de cette façon est qu'en cas de défaillance de l'entrepreneur, il peut utiliser les sommes retenues sans recourir à un tiers. L'inconvénient est que, la somme retenue n'augmentant qu'avec l'avancement des travaux, c'est une garantie insuffisante aux premiers stades de la construction. Il peut aussi arriver que certains entrepreneurs connaissent des difficultés de trésorerie pour financer la construction du fait qu'ils ne reçoivent pas l'intégralité de la valeur estimée des travaux exécutés et qu'ils soient par suite contraints d'emprunter. Dans de tels cas, les frais de ces emprunts peuvent être incorporés par l'entrepreneur dans le prix indiqué.

35. Pour fixer le pourcentage à déduire de la valeur estimée et déterminer la somme payable à chaque stade, les parties doivent prendre en considération plusieurs facteurs, par exemple les autres sûretés dont dispose l'acheteur, le montant de la valeur estimée et les frais causés à l'entrepreneur par la déduction. Les parties peuvent considérer que lorsque la différence entre la valeur estimée et la somme payable effectivement atteint un certain montant, l'acheteur est suffisamment protégé. Elles peuvent alors stipuler que lorsque la retenue atteint ce montant, l'intégralité de la valeur estimée des travaux exécutés doit être payée. Une autre méthode consiste à prévoir une réduction du pourcentage déduit lorsque cette différence atteint un montant donné.

36. Le contrat doit prévoir les procédures par lesquelles l'entrepreneur démontrera à l'acheteur que l'ouvrage ne comporte aucun vice et fonctionne conformément au contrat (voir le chapitre "Contrôle et essais" et le chapitre "Achèvement, prise en charge et réception des travaux"). Le paiement du solde du prix intégral du contrat après achèvement devra être lié à la mise en œuvre de ces procédures. Ainsi, le contrat peut prévoir qu'une certaine partie du solde sera payable à la réception, le reste pouvant l'être au terme d'un certain délai après l'expiration de la période de garantie, sous réserve que l'acheteur n'ait alors aucun grief contre l'entrepreneur. Les parties peuvent aussi stipuler qu'à la réception, l'intégralité du solde est dû à l'entrepreneur, sous réserve qu'il fournisse une garantie de bonne exécution à première demande permettant éventuellement à l'acheteur de recouvrer ce solde.

C. *Garantie de paiement par l'acheteur*

37. Les parties peuvent examiner l'opportunité de dispositions garantissant l'exécution de la principale obligation de l'acheteur, celle de payer le prix du

marché. Lorsque la construction de l'ouvrage est commanditée par un organisme de financement international ou toute autre institution bien établie, l'entrepreneur peut être suffisamment assuré de recevoir le paiement des travaux exécutés. En outre, étant donné que les conditions de paiement d'un marché prévoient habituellement des versements échelonnés au prorata de l'avancement des travaux, l'entrepreneur a la possibilité de suspendre la construction si une tranche n'est pas payée. Si toutefois l'entrepreneur tient à avoir une sûreté, les parties peuvent prévoir de garantir le paiement par une lettre de crédit irrévocable.

38. Une telle lettre de crédit consiste en un engagement écrit irrévocable donné par une banque (banque émettrice) à l'entrepreneur, à la demande de l'acheteur, d'effectuer un paiement à concurrence d'une certaine somme, dans un délai prescrit et contre remise des documents stipulés[2].

39. Les parties peuvent déterminer quelle banque émettra la lettre de crédit. Un engagement de paiement de toute banque établie pourra normalement être considéré comme une sûreté suffisante. L'entrepreneur disposera cependant d'une sûreté renforcée s'il exige dans le contrat que la lettre de crédit soit confirmée par une banque de son propre pays. Par cette confirmation, la banque dont émane la confirmation accepte une responsabilité équivalente à celle de la banque émettrice, ce qui permet à l'entrepreneur de recouvrer le paiement sans s'exposer aux difficultés dues au contrôle des changes dans le pays de l'acheteur. Cependant, une telle condition de confirmation accroît les frais de l'acheteur. Les parties doivent aussi convenir de la date d'ouverture de la lettre de crédit. La garantie de l'entrepreneur sera renforcée si l'émission est concomitante à la conclusion du contrat.

40. Les conditions de paiement stipulées par le contrat (par exemple monnaie de règlement, montant des paiements échelonnés et date de paiement) doivent s'accorder avec les conditions de paiement prévues par la lettre de crédit. Les parties doivent examiner comment spécifier le montant payable en vertu de la lettre de crédit (décider par exemple qu'un seul crédit suffira pour le paiement de l'un quelconque des versements dus selon l'échéancier, ce crédit étant automatiquement ajusté à sa valeur d'origine après chaque paiement, jusqu'au règlement de l'intégralité du prix du marché — lettre de crédit "revolving"). Les conditions de paiement de la lettre de crédit doivent être convenues en tenant compte des pratiques commerciales des banques en la matière et des coûts des différentes modalités possibles. Dans tous les cas, la lettre de crédit comportera un plafond de paiement.

[2]Ces crédits sont habituellement régis par les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, de la Chambre de commerce internationale. Ce document fixe un certain nombre de règles concernant l'ouverture et le fonctionnement des lettres de crédit. La dernière version révisée des Règles et usances (document CCI n° 400) doit entrer en vigueur le 1er octobre 1984.

41. Dans leur contrat, les parties doivent clairement s'entendre sur les documents sur présentation desquels la banque effectuera le paiement, ainsi que sur leur libellé et leur contenu. Ces documents attestent normalement la fourniture des services, équipements ou matériaux auxquels le paiement est afférent et peuvent par conséquent être de différents types (par exemple certificat délivré par l'ingénieur attestant l'avancement de la construction, documents de transport ou reçus de chantier signés par les représentants de l'acheteur concernant la livraison d'équipements ou matériaux).

42. L'entrepreneur a intérêt à ce que la lettre de crédit couvre la totalité de la période pendant laquelle l'acheteur pourra rester redevable d'une quelconque obligation de paiement. Les banques exigent généralement qu'une lettre de crédit ait une date ferme de validité. La détermination de cette date peut présenter des difficultés. Si l'échéancier du contrat spécifie habituellement une date pour le dernier paiement, cette date peut être reportée pour diverses raisons (par exemple retard d'exécution de l'entrepreneur ou empêchement exonératoire à la construction ou au paiement). Une solution possible consiste à fixer la date de validité en ajoutant à celle du dernier paiement spécifiée au contrat un délai raisonnable pour tenir compte d'ajournements éventuels.

D. *Sûretés réelles*

43. Outre les moyens visant à garantir l'exécution qui viennent d'être examinés, les parties peuvent envisager les possibilités offertes par la création de sûretés réelles. Celles-ci peuvent être constituées indépendamment de l'accord des parties par l'effet de dispositions impératives de la loi applicable en la matière (par exemple l'octroi à l'entrepreneur qui fournit la main-d'œuvre et les matériaux nécessaires à la construction d'une sûreté réelle sur l'ouvrage construit, en garantie des sommes qui lui sont dues). Les parties peuvent s'assurer de la mesure dans laquelle ces sûretés réelles peuvent être constituées dans le cadre de la loi et des droits qu'elles leur confèrent. Elles peuvent en outre se protéger par des sûretés réelles contractuelles. Il se peut que des dispositions législatives impératives fixent les conditions et modes de création de ces sûretés réelles. Dans de nombreux systèmes juridiques, ces sûretés présentent certains inconvénients (par exemple lenteur des procédures de réalisation de la garantie, obscurité des règles fixant l'ordre des différents créanciers et effet dérogatoire de la législation sur la faillite si le débiteur cesse ses paiements). De plus, dans le contexte d'un contrat de travaux, il se peut que certaines formes de sûretés n'assurent pas un degré élevé de protection. Ainsi, un acheteur pourvu d'une sûreté réelle sur le matériel de construction de l'entrepreneur pourra découvrir qu'après une certaine période d'utilisation, les machines n'ont plus guère de valeur, de même, un entrepreneur qui obtient le droit de vendre des équipements livrés par lui et devenus la propriété de l'acheteur se rendra compte que la somme susceptible d'être tirée de leur vente dans le pays de l'acheteur est faible.

B. Septième session du Groupe de travail du nouvel ordre économique international

1. Rapport du Groupe de travail du nouvel ordre économique international sur les travaux de sa septième session (New York, 8-19 avril 1985) (A/CN.9/262)[a]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
INTRODUCTION	1-11
INGÉNIEUR-CONSEIL	12-24
TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ DES BIENS	25-27
LÉGISLATION APPLICABLE	28-37
PRIX	38-56
TRANSFERT DE TECHNIQUES	57-77
CONSTRUCTION SUR LE CHANTIER	78-94
PROJET DE STRUCTURE RÉVISÉ	95-99
CHOIX DE LA FORMULE CONTRACTUELLE	100-121
ACHÈVEMENT, PRISE EN CHARGE ET RÉCEPTION	122-146
PROCÉDURE DE CONCLUSION DU CONTRAT	147-160
QUESTIONS DIVERSES ET TRAVAUX FUTURS	161

Introduction

1. A sa onzième session, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a décidé d'inclure dans son programme de travail une question intitulée "Les incidences juridiques du nouvel ordre économique international" et a créé un groupe de travail pour examiner ce sujet[1]. A sa douzième session, la Commission a désigné les Etats membres du Groupe de travail[2]. A sa treizième session, la Commission a décidé que le Groupe de travail serait composé de tous les Etats membres de la Commission[3]. Le Groupe de travail est donc composé des Etats ci-après : Algérie, Allemagne, République fédérale d', Australie, Autriche, Brésil, Chine, Chypre, Cuba, Egypte, Espagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Guatemala, Hongrie, Inde, Iraq, Italie, Japon, Kenya, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pérou, Philippines, République centrafricaine, République démocratique allemande, République-Unie de Tanzanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Sierra Leone, Singapour, Suède, Tchécoslovaquie, Trinité-et-Tobago, Union des Républiques socialistes soviétiques et Yougoslavie.

2. A sa première session, le Groupe de travail a recommandé à la Commission d'inclure éventuellement dans son programme, entre autres, l'harmonisation, l'unification, et l'examen des dispositions contractuelles qui se retrouvent fréquemment dans les contrats internationaux conclus dans le domaine du développement industriel[4]. A sa treizième session, la Commission a décidé d'accorder la priorité aux travaux relatifs à ces contrats et prié le Secrétaire général d'entreprendre une étude concernant les contrats relatifs à la fourniture et la construction de grands complexes industriels[5].

[a] Pour l'examen par la Commission, voir le *Rapport*, chap. IV, (première partie, A, plus haut).

[1] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa onzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session, Supplément n° 17* (A/33/17), par. 71.

[2] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa douzième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-quatrième session, Supplément n° 17* (A/34/17), par. 100.

[3] Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa treizième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), par. 143.

[4] A/CN.9/176, par. 31.

[5] Voir note de bas de page 3.